



REVISTA EL FORO

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

EDICIÓN NÚMERO 21
II CUATRIMESTRE 2022



REVISTA EL FORO

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

**EDICIÓN NÚMERO 21
II CUATRIMESTRE 2022**

Diseño y Diagramación:
Ofiprinte Comercial MB S.A.

REVISTA EL FORO
Edición Número 21
COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA
Sitio Web Oficial: <https://www.abogados.or.cr/revista-el-foro/>

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



REVISTA **EL FORO**

Edición No. 21
Revista del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica
San José, Costa Rica
Mayo 2022



DIRECTORA

Abril Villegas Pérez

CONSEJO EDITORIAL

Álvaro Burgos Mata*
Mauricio París Cruz*
Olman Ulate Calderón*
Rodrigo Barahona Israel*
Rolando Vega Robert*
Rosibel Jara Velásquez*
Sandra Arauz Chacón*

Asesoría Editorial

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

*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Dedicatoria

*En memoria del Dr. Álvaro Burgos Mata
Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica*

SEMBLANZA POR DR. CARLOS TIFFER SOTOMAYOR

DR. ÁLVARO BURGOS MATA: ABOGADO, CRIMINÓLOGO Y PSICÓLOGO FORENSE

Estimadas y estimados colegas, en primer lugar, mi agradecimiento al Consejo Editorial y la directora de la Revista El Foro, por la oportunidad de permitirme presentar y publicar en esta revista una breve semblanza de nuestro querido Álvaro Burgos, quien fue abogado, criminólogo y psicólogo forense.

Hace apenas unos días, cesó la vida terrenal de uno de mis más queridos amigos y juristas, el Dr. Álvaro Burgos Mata. Hemos perdido a un académico brillante, a un ilustre profesor, un investigador constante, un prolifero escritor, un juez probo e independiente, pero, sobre todo, a un ser humano excepcional.

El Dr. Álvaro Burgos tenía diversas facetas. La faceta de hijo, de padre, esposo y hermano. En todas sus facetas denota enormes cualidades como ser humano. Podría citar muchas otras de sus publicaciones, sin embargo, esta refleja no solo su calidad humana, sino también su faceta de buen hijo. Se trata de una dedicatoria que Álvaro hizo a su señora madre en un libro sumamente interesante y que recomiendo su lectura: **“Sabiduría y Derecho Penal” (2015):**

“A mi madre Aracelly Mata Corrales, un verdadero ejemplo de Sabiduría, a 10 años de tu viaje para reunirse con el Señor, como símbolo de Amor y Agradecimiento por amarme y enseñarme todos los días desde nuestro primer encuentro en tu vientre hasta tu partida de este mundo, y por haberme iniciado como Docente a los 10 años cuando me hiciste el Honor de pedirme ser tu Asistente en la clase de la Escuela Bíblica Dominical... Tu hijo, Álvaro”.

Álvaro fue miembro de una Iglesia cristiana evangélica situada en su vecindario. Ahí, sirvió desde joven como maestro de Escuela Dominical y Música, lo cual evidencia su vocación docente, que se inició a la temprana edad de 10 años. También, Álvaro fue un enamorado de su esposa y sus hijas, en especial de su hija menor, Sophya. Para esto, **me gustaría leer la dedicatoria del libro “La penitencia de lo penitenciario” (2019):**

“A mis amadas Ana Cristina Lizano y Sophya Burgos: Esposa querida, compañera de aventuras y cómplice de mis anhelos, la primera de ellas, y mi mayor orgullo, y mejor producción, en carácter de coautor al lado de su madre, de esta maravillosa “obra colectiva” nacida del corazón hace 11 años atrás, y todavía en constante y fascinante evolución, la segunda. Dr. Álvaro Burgos”.

Deja claro el gran ser humano que fue nuestro querido Álvaro y, aunque queriendo podría continuar refiriéndome a sus admirables aspectos personales, en la presente semblanza voy a referirme especialmente a la faceta profesional y académica del Dr. Álvaro Burgos Mata:

2. LOGROS PROFESIONALES

Los éxitos profesionales alcanzados por el Dr. Álvaro Burgos son el ideal de cualquier abogado o jurista. Los obtuvo gracias a su dedicación y esfuerzo. Probablemente son más los logros y éxitos de Álvaro, pero me gustaría resaltar los siguientes:

- Profesor catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, donde impartió en grado Derecho Penal Especial y en posgrado Derecho Penal Juvenil, Criminología y Psicología Criminológica.
- Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, UCR, donde ocupó el cargo de subdirector del Instituto.
- Universitario distinguido de la UCR 2011, 2012 y 2013.
- Galardonado como el mejor profesor de la Facultad de Derecho en el 2002.
- Profesor con la más alta calificación académica en Régimen Académico de la Facultad de Derecho y de todas las Escuelas y Facultades del Área de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica. Esto me lo compartió Álvaro recientemente, en el mes de febrero de este año 2022.
- Se le confirieron cuatro doctorados *Honoris Causa* por diversas universidades que he identificado, pero probablemente sean más; uno, en la Universidad Contemporánea de las Américas (UCLA), Morelia, México y otro por la Federación Iberoamericana de Abogados (FIA).

Además de múltiples premios, dentro de los que me gustaría destacar:

- ☐ Premio Alberto Brenes Córdoba a la mejor obra jurídica, del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, por su obra: “La Penitencia de lo Penitenciario en la Jurisdicción Penal Juvenil en CR” (no se había conferido por espacio de 12 años) (2019).

- ☐ Premio Ulises Odio del Poder Judicial de Costa Rica (2011).
- ☐ Premio Enrique Benavidez de la UACA, por su obra: “Niñez, Locura y Delito en el campo Penal Juvenil en CR” (2011).
- ☐ Premio a la excelencia académica por la ULACIT (2012).
- ☐ Premio a la excelencia en la Administración de Justicia de la ACOJUD.
- ☐ Designado como hijo predilecto del cantón de Goicoechea (2017).
- ☐ Premio al abogado insigne del año del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2017).
- ☐ Miembro fundador de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.
- ☐ Representante ante el Colegio Penal Internacional (CAPI) (fue miembro de su Consejo en representación de las asociaciones gremiales de América y fue su vicepresidente).

PUBLICACIONES

El Dr. Álvaro Burgos fue prolifero en las publicaciones, autor y coautor de más de 50 libros y 150 artículos, publicados nacional e internacionalmente en revistas especializadas, en los temas de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Derecho Penal Juvenil, Derecho de Familia, Derecho de la Niñez, Derecho Penitenciario y Psicología Forense. Habrá que organizar sus publicaciones ante tan abundante producción jurídica.

HISTORIA LABORAL

- Trabajó en el Ministerio de Justicia de Costa Rica y en la Asociación Costarricense de Ayuda al Preso.
- Funcionario judicial y se destacó como juez de Instrucción, defensor público, alcalde de faltas y contravenciones, juez tutelar de menores, juez penal de juicio, juez penal juvenil, juez del Primer Tribunal Superior Penal Juvenil y juez del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil.
- Magistrado de la Sala III Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica desde diciembre del 2019 hasta su fallecimiento.
- Coordinador de la Comisión Penal Juvenil del Poder Judicial de Costa Rica.
- Director de la Revista IUDEX de la Asociación Costarricense de la Judicatura (ACOJUD). Nueve números/agosto 2021, con el apoyo del Colegio de

Abogados y Abogadas. El último ejemplar fue una monografía sobre Derecho Penal Juvenil.

- Ex-vicepresidente del Colegio de Abogados Penal Internacional (CAPI) 2015-2019.
- Miembro del Colegio de Abogados y Abogadas, del Colegio Profesional de Psicólogos y Colegio de Criminólogos, todos de Costa Rica.
- Miembro del Consejo Editorial de la revista El Foro, revista oficial del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.
- Conferencista invitado en múltiples universidades y congresos en más de 25 países. Fue un digno y ejemplar representante de nuestro país.

Consultor y conferencista de Organismos de Naciones Unidas: ILANUD, UNOCD, UNICEF. Y organismos nacionales como CONAMAC.

FORMACIÓN ACADÉMICA

Ante tanta producción jurídica y logros profesionales, no es de extrañar una sólida formación académica, de la cual me gustaría destacar los siguientes títulos:

- Doctorado en Derecho del Programa Interuniversitario de las Universidades de Cádiz, Málaga, Huelva y Sevilla.
- Doctorado en Derecho Penal de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Maestría en Psicología Forense del John Jay College of Criminal Justice de la City University of New York, USA.
- Maestría en Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Barcelona (UBA), España.
- Maestría en Criminología de la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).
- Especialidad y Maestría en Ciencias Penales del Sistema de Estudios de Posgrado (SEP) de la Universidad de Costa Rica.
- Especialidad en Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia.
- Especialidad en Perfiles y Tratamiento a Jóvenes Violentos de UNAFEI, Fushu, Japón.
- Bachillerato en Ciencias Criminológicas de la UNED.

LOGRO DESTACADO

Quisiera resaltar como un logro destacado del profesor Álvaro Burgos, el Decreto Ejecutivo del 25 de mayo de 2021, que fue su iniciativa para promover lo que él denominó “Día de la Alfabetización Preventiva en Materia Penal Juvenil”, para que todos los 25 de mayo se incluyan actividades educativas y preventivas de sensibilización en el calendario escolar, a fin de prevenir la violencia y el delito juvenil.

Este decreto fue firmado por el actual presidente de la República, la ministra de Educación y la ministra de Justicia. Estuvieron como testigos de honor: el Dr. Fernando Cruz, presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Dr. Álvaro Burgos, como coordinador de la Comisión Penal Juvenil del Poder Judicial. Una de nuestras primeras actividades en la Comisión de Derecho Penal, de la cual Álvaro no solamente fue miembro hasta su fallecimiento, sino, además, fundador, será la celebración del Día de la Alfabetización Preventiva en Materia Penal Juvenil, en homenaje a Álvaro.

A manera de cierre de esta breve semblanza de Álvaro Burgos, les decía al inicio que hemos perdido a un gran amigo, con quien me unía una amistad verdadera, concepto utópico y en crisis actualmente, sobre todo, bajo el concepto de “amigos” con el que se estila en las redes sociales de hoy día. Pero con Álvaro me unía una relación de amistad que puedo con toda franqueza llamar como una amistad verdadera. Fundada en valores en los cuales no solo creía, sino, sobre todo, practicaba en su vida cotidiana, tanto personal como profesional. Me refiero a la solidaridad, la incondicionalidad, el compromiso, el interés recíproco y, principalmente, con algo muy escaso hoy: la sinceridad. Por eso, como dice la letra de la muy conocida canción: *“cuando un amigo se va una estrella se ha perdido, la que ilumina el lugar donde hay un niño dormido”*. Muchas gracias.

HOMENAJE POR OLMAN ULATE CALDERÓN

“La presente Edición número 21 de nuestra Revista El Foro se publica en honor a un ser humano excepcional, que el tiempo mantendrá siempre en la memoria de la Patria, la Justicia y los amigos que tuvimos la dicha de conocerlo. Sus aportes como juez, jurista, docente y criminólogo resultan incuestionables. Sus roles de padre, esposo, hijo, hermano y amigo los cumplió cabalmente, por ello, mencionar el nombre de ÁLVARO BURGOS MATA es referirse a una persona a la que Dios le permitió cumplir sus anhelos sin perder nunca su esencia y humildad. Vuela alto, querido y distinguido abogado”.

Sumario

4. **Dedicatoria**
Semblanza por Dr. Carlos TIFFER SOTOMAYOR
10. **Presentación**
por: Abril VILLEGAS PÉREZ – Directora Revista EL FORO
17. **Las fuentes de interpretación e integración en la legislación cooperativa costarricense.**
por: Dra. Ligia Roxana SÁNCHEZ BOZA
29. **La participación de fondos de pensiones como inversores institucionales en el financiamiento de proyectos de obra pública desde una perspectiva legal. Análisis comparativo Costa Rica—El Salvador.**
por: Alejandro MUÑOZ THUEL
41. **La voz como mandato de imputación.**
por: Silvia Helena CALVO VARGAS
50. **El Derecho Administrativo sancionador en materia de residuos.**
por: Carlos MATA COTO
61. **Tratamiento jurídico de los créditos laborales en el proceso concursal conforme a la nueva legislación concursal.**
por: Daniel JIMÉNEZ MEDRANO
69. **Los desafíos del procedimiento abreviado en el 2022: a las puertas de una crisis institucional en el Poder Judicial.**
por: Sergio TREJOS ROBERT
86. **Diligencia debida en materia de Derechos Humanos en Arbitraje Internacional de Inversión.**
por: María Camila RINCÓN y Santiago ZULETA
102. **LA NECESIDAD DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA.**
por: Noelia Antonella BARRIOS COLMAN y María Florencia CLÉMENT
111. **Responsabilidad del Estado por omisión en la protección a las mujeres. Debida diligencia.**
por: Marissa Adriana EIZAGUIRRE

Presentación



Abril Villegas Pérez
Directora–Revista El Foro

No es ningún secreto que la situación mundial, en los últimos dos años, ha generado considerables cambios en el gremio del Derecho. Ante la adversidad vivida y los grandes retos enfrentados, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (el “Colegio”) ha trabajado arduamente por ser versátil en sus labores. Por esto, hoy expone a sus agremiados una versión renovada de la Revista El Foro. Con mucho orgullo me complace presentar la edición número 21, la cual me atrevo a decir que no solo representa un resurgimiento, sino también una transformación de esta publicación. Este es el primer paso de una nueva trayectoria en el mundo de la comunicación de investigaciones jurídicas que tendrá nuestro Colegio.

Previo a la crisis mundial enfrentada desde 2020, no se aprovechaban igual las herramientas tecnológicas que se utilizan hoy en la práctica del Derecho. El mejor aprovechamiento de la tecnología en el día a día ha provocado un giro trascendental en la práctica, de forma tal que ha demostrado que los abogados y las abogadas tenemos la habilidad de emplear nuevas formas de trabajo y desarrollar una mayor creatividad en el ámbito laboral. Además, ha permitido cambiar la noción de la distancia y estrechar relaciones internacionales con mayor facilidad y rapidez. Por esta razón, como parte de la transformación y mejora de esta publicación, me complace informales las dos principales novedades de la Revista El Foro:

Primero, gracias a distintos convenios internacionales que se han celebrado con Colegios de Abogados de otros países, se han abierto las puertas a colegas abogados en Latinoamérica y España, para que publiquen sus investigaciones en nuestra revista. En esta edición, podrán encontrar la nueva sección de **Autores Internacionales**. Si bien la sección que aquí se dispone es, como su nombre lo dice, para autores internacionales, igualmente, se invita a los **autores costarricenses** a publicar en el exterior por medio del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, aprovechando dichos convenios. Estaremos atentos a recibir sus investigaciones para que puedan alcanzar una proyección internacional.

Segundo, con mucho entusiasmo se hace de su conocimiento el cambio de periodicidad que tendrá la Revista El Foro, siendo que ahora su publicación se realizará de forma cuatrimestral. Actualmente, un hecho incuestionable del uso de la tecnología en el Derecho es la velocidad con la que avanzan las conductas sociales y el desarrollo de las prácticas legales. Por lo tanto, si el Derecho evoluciona constantemente, la investigación jurídica debe mantenerse actualizada y ser publicada a tiempo para llegar a sus lectores de forma más eficiente. Por lo que, como reflejo de la necesidad del Derecho de evolucionar conforme avanza la sociedad, queremos ser una fuente de información jurídica actualizada y de relevancia para la práctica actual de nuestros agremiados.

Finalmente, en esta **Edición Número 21** se presentan temas de muy diversa índole, redactados por autores tanto nacionales como internacionales. En cuanto a las investigaciones realizadas por los autores nacionales, presentamos temas relacionados con las áreas de Derecho Administrativo, Ambiental, Laboral, Penal y Cooperativo. En cuanto a los ensayos por parte de los autores internacionales, contamos con temas de Derechos Humanos, Arbitraje de Inversión, Violencia de Género, responsabilidad del Estado en la protección de las mujeres y Derecho Comparado en Derecho de Familia.

Primero, la abogada **Ligia Roxana Sánchez Boza**, egresada de la Universidad de Costa Rica, quien posee una Maestría en Sociología y un Doctorado en Derecho Civil, ambos de la Universidad Complutense de Madrid, así como estudios de perfeccionamiento en Derecho Civil de la Universidad de Camerino, Italia. Es profesora universitaria de la Universidad de Costa Rica desde 1980 y, actualmente, es la coordinadora de la Comisión de Derecho Cooperativo del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Sánchez Boza expone sobre el desarrollo del Derecho Cooperativo desde la existencia de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI). A su vez, realiza un análisis de derecho comparado en el derecho internacional cooperativo y, finalmente, estudia la Reforma a la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor e incorporación de la Recomendación 193 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Segundo, el abogado costarricense **Alejandro Muñoz Thuel**, egresado de la Universidad Libre de Derecho, máster en Derecho de Sectores Regulados de la Universidad Carlos III de Madrid, explora el panorama actual de Costa Rica, en cuanto a las limitaciones presupuestarias para construir proyectos de obra pública. Asimismo, por medio de un análisis jurídico, relaciona esta problemática con el importante reto nacional de proveer una pensión digna a los afiliados de los fondos de pensiones. Su investigación, a la vez, contiene un análisis de Derecho Comparado con la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones de El Salvador.

De seguido, la abogada costarricense **Silvia Calvo Vargas**, egresada de la Universidad de Costa Rica, máster en Derechos Humanos de la Universidad Estatal

a Distancia (UNED), quien anteriormente fue Fiscal del Ministerio Público de Costa Rica y actualmente, es juez penal del Poder Judicial de Costa Rica, presenta un estudio respecto a la dificultad de identificación de imputados por la utilización de mascarillas durante la pandemia de COVID-19 y expone la posibilidad de utilizar la voz como característica única que individualiza al ser humano. Con su investigación, propone el uso de la voz como prueba legal y ordinaria para las investigaciones penales.

Continuando con autores nacionales, contamos con la investigación del abogado costarricense **Carlos Mata Coto**, egresado de la Universidad Libre de Derecho, quien posee un doctorado en Derecho Público en la Universidad Carlos III de Madrid, así como una variedad de diplomas en Derecho Público, especialmente, constitucional y ambiental, realizó una investigación jurídica sobre las distintas reformas que enfrenta el régimen jurídico sancionatorio en materia de residuos. Asimismo, analiza las funciones y las competencias institucionales relacionadas y de interés con dichas modificaciones legales. Con esto, Mata Coto expone una metodología jurídica para confrontar la reforma establecida con los principios regulatorios del régimen sancionador del derecho administrativo y los principios del derecho ambiental.

Por su parte, el abogado, también costarricense, **Daniel Jiménez Medrano**, egresado de la Universidad Hispanoamericana, máster en Derecho Comercial de la Universidad Latina, quien posee una especialización en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca, España, anteriormente, fue juez concursal y, actualmente, es juez civil en el Poder Judicial de Costa Rica, así como docente universitario en materia concursal; expone un análisis jurídico sobre los créditos laborales dentro de la aplicación de la nueva Ley Concursal que entró a regir en nuestro país el 1 de diciembre de 2021.

Finalmente, el abogado costarricense **Sergio Trejos Robert**, quien es actualmente técnico jurídico en la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Poder Judicial de la República de Costa Rica, expone un tema de índole penal respecto a la aplicación del procedimiento abreviado en la legislación costarricense. Adicionalmente, realiza un análisis jurídico en el que estudia la mora judicial relacionada con la implementación de penas sustitutivas y sugiere una solución a la crisis institucional que se espera producto de esta problemática.

Por otra parte, en cuanto a los autores internacionales, presentamos a los abogados de la República de Colombia, **María Camila Rincón**, quien concentra su práctica en derecho internacional público, derecho internacional de las inversiones y arbitraje internacional, y **Santiago Zuleta**, quien es abogado e historiador y centra su práctica en el arbitraje internacional, derecho público y los derechos humanos. Los licenciados Rincón y Zuleta exploran en su artículo la figura jurídica de diligencia debida y la forma en que dicho concepto ha sido definido y aplicado por los tribunales arbitrales de inversión para evaluar la conducta del inversor en el territorio del Estado receptor de la inversión, particularmente, en lo que se refiere al cumplimiento de las

obligaciones en materia de derechos humanos y medioambiente, tanto nacionales como internacionales.

De seguido, contamos con la investigación de las abogadas de la República Argentina, **Noelia Antonella Barrios Colman**, especialista en Derecho Procesal Civil y actual directora del Colegio de Abogados de Santa Fe y, **María Florencia Clement**, diplomada en Género desde la perspectiva de los Derechos Humanos, actual socia fundadora de Clément & Barrios Colman Asociadas. Su investigación se avoca al análisis de la violencia de género de tipo psicológica y física; en esta, analizan la aplicación de la prueba de un modo acorde a estándares nacionales e internacionales en materia de género, libre de estereotipos de género sexistas y detectando los existentes.

Por último, también argentina, la autora **María Adriana Eisaguirre**, abogada de Ministerios de la Mujer y Políticas de Género de la provincia de Buenos Aires, expone el ensayo sobre la responsabilidad del Estado en casos de omisión a la protección a las mujeres y con esto, analiza la figura jurídica de debida diligencia, además, hace un estudio del caso internacional “Campo Algodonero”, precedente de la CIDH.

Se le agradece a los autores por sus valiosas contribuciones a la revista, al Consejo Editorial y al Grupo de Comunicación del Colegio por su apoyo incondicional para llevar a cabo la presente publicación. Igualmente, estaremos siempre agradecidos con nuestro querido compañero **Álvaro Burgos Mata**, quien colaboró en todo el proceso editorial de esta edición, previo a su dolorosa partida, que en paz descanse.



CAM

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Colegio de Abogados y Abogadas CR

**CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
CAM-CR**

**CENTRO IBEROAMERICANO
DE ARBITRAJE CIAR**



En el **Centro de Arbitraje y Mediación (CAM)** del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica usted podrá resolver sus conflictos de manera profesional, ágil y eficiente de la mano de un intermediario.

El CAM cuenta con una lista de neutrales del más alto nivel profesional y capacitación técnica continua para dirigir los procesos de forma imparcial, confidencial y diligente.

Para esto ofrece los servicios de:

- Arbitraje nacional e internacional
- Mediación
- Mediación laboral
- Comité de disputas
- Dictamen técnico neutral
- Cursos de capacitación en resolución alterna de conflictos
- Alquiler de oficinas.

Contáctenos en la Sede Central del Colegio de Abogados y Abogadas ubicada en Zapote, al teléfono: **(506) 2202-3699** o al correo electrónico: **cam@colabogados.cr**



El Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

ofrece los servicios de alquiler de:

Áreas deportivas:

Contamos con canchas de fútbol 11 y 5 y de tenis. También, tenemos piscina y gimnasio biomecánico.

Salones:

Disponemos de tres salones con capacidades para 90, 60 y 50 personas.

Ranchos:

Con capacidad para 15 personas.

Auditorios:

En la Sede Central en Zapote tenemos el auditorio Dr. Pablo Casafont con una capacidad para **382** y el Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, para **80** personas.

Aulas



Lo invitamos a consultar por la disponibilidad, horarios y precios en:

@colabogados



2202-3600

Para el alquiler de los **espacios deportivos** lo invitamos a comunicarse con la Oficina del Promotor Deportivo al teléfono: **2202-3651** o al correo electrónico: **deportes@abogados.or.cr**

ARTÍCULOS NACIONALES



Las fuentes de interpretación e integración en la legislación cooperativa costarricense.

Por: Dra. Ligia Roxana SÁNCHEZ BOZA¹

Resumen: El desarrollo del Derecho Cooperativo en el mundo ha tenido como fundamento la evolución de los Principios Cooperativos, cuyo contenido se enriqueció con las diferentes revisiones que la Alianza Cooperativa Internacional realizó en el Siglo XX. El fruto más importante que define el Derecho Cooperativo Internacional es la Declaración de Identidad Cooperativa, la cual fue incluida en la Recomendación de la OIT N. 193. Tanto la Declaración como la Recomendación forman parte de la normativa costarricense gracias a la flexibilidad de la redacción del artículo 131 de la Ley de Asociaciones Cooperativas que permite la actualización de los Principios Cooperativos incluidos en esa ley sin necesidad de reformas posteriores.

Palabras clave: Cooperativas, Derecho Cooperativo. Identidad cooperativa. integración e interpretación jurídica

Abstract:

The development of Cooperative Law in the world has been based on the evolution of the Cooperative Principles whose content was enriched by the different revisions that the International Cooperative Alliance carried out in the 20th century. The most important fruit that defines International Cooperative Law is the Declaration of Cooperative Identity, which was included in ILO Recommendation No. 193. Both the Declaration and the Recommendation are part of Costa Rican regulations thanks to the flexibility of the wording of article 131 of the Law of Cooperative Associations that allows the updating of the Cooperative Principles included in that law without the need for subsequent reforms.

Key words: Cooperatives, Cooperative Law. cooperative identity. integration and legal interpretation

¹ Miembro de la Comisión de Derecho Cooperativo, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Contents: 1. Development of Cooperative Law since the existence of the ACI. The role of Comparative Law in Cooperative Law. Cooperative International Law. 2. The Declaration on the Cooperative Identity and the Recommendation n. 193 of the ILO. 3. The legal nature of Costa Rican cooperatives. legal concept reiterated by the Constitutional Chamber. 4. The specificity of the interpretation and integration in the Costa Rican cooperative norm. 5. Reform of the Law for the promotion of competition and effective defense of the consumer and incorporation of Recommendation 193 of the ILO. Conclusions. References

Sumario: 1. Desarrollo del Derecho Cooperativo desde la existencia de la ACI. El papel del Derecho Comparado en el Derecho Cooperativo. Derecho Internacional Cooperativo. 2. La Declaración sobre la Identidad Cooperativa y la Recomendación N. 193 de la OIT. 3. La naturaleza jurídica de las cooperativas costarricenses. concepto legal reiterado por la Sala Constitucional. 4. La especificidad de la interpretación e integración en la norma cooperativa costarricense. 5. Reforma a la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor e incorporación de la Recomendación 193 de la OIT. Conclusiones. Referencias

INTRODUCCIÓN

Los antecedentes del Cooperativismo costarricense datan de principios de Siglo XX según refieren Aguilar y Fallas (1990, p. 363), en actividades como la agricultura, la comercialización del café, el ahorro y para combatir la carestía habitacional. El primer cuerpo normativo dedicado a la regulación legal del Cooperativismo se incluyó en el Capítulo III del Código de Trabajo de 1943, sin los Principios Cooperativos. Ese Capítulo fue derogado con la promulgación de la ley especial denominada Ley de Asociaciones Cooperativas y creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, Ley nº4179 de 1968 que incluyó los Principios Cooperativos aprobados por la ACI en 1937- artículo 3-. Esa ley se mantiene vigente hasta el momento, ha sido parcialmente reformada por Ley No. 6756. en 1982 para introducir dos modelos de propiedad cooperativa que responden a las cooperativas de autogestión y de cogestión, como una de las reformas más sobresalientes a ese cuerpo normativo.

La tarea de aclarar el contenido de la norma legal cooperativa ha sido asumida por

la Sala Constitucional y en la vida cotidiana de las cooperativas y los cooperativistas ha correspondido al Instituto Nacional de Fomento Cooperativo (INFOCOOP), el cual por mandato legal se ocupa de llevar luz a los conflictos nacidos entre los cooperativistas, o bien de éstos con sus cooperativas o entre entes cooperativos. El Instituto siempre ha guardado distancia en los criterios jurídicos emitidos como soluciones hipotéticas dado que no puede resolver casos concretos.

Este ensayo considera la importancia del artículo 131 de la LAC incluido desde la promulgación de esa Ley y el servicio que ha prestado en relación con los parámetros a seguir en la interpretación e integración de la norma cooperativa costarricense, dentro de los cuales un aspecto fundamental es el desarrollo del Derecho Cooperativo.

El desarrollo del Derecho Cooperativo se ha fundado en la evolución de los Principios Cooperativos en un periodo que inició en 1844 hasta el presente, con el nacimiento del Cooperativismo

Moderno, gracias a la fundación de la Cooperativa denominada Sociedad equitativa de los Pioneros de Rochadle, Manchester, Inglaterra, (Cracogna, 1992, pag.5) ². Esa Cooperativa fue la primera experiencia exitosa del Cooperativismo actual y gran parte de sus fundamentos socio-económicos dieron lugar al nacimiento de los Principios Cooperativos asumidos en 1895 por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI). Los Principios Cooperativos son la base del Derecho Cooperativo, el cual se ha venido perfilando como una rama autónoma del Derecho. También forma parte de esa rama la Declaración de Identidad Cooperativa de 1995, cuyo contenido esencialmente son los Valores y Principios Cooperativos como norte de la actividad cooperativa mundial.

1.- DESARROLLO DEL DERECHO COOPERATIVO DESDE LA EXISTENCIA DE LA ACI. EL PAPEL DEL DERECHO COMPARADO EN EL DERECHO COOPERATIVO

La Alianza Cooperativa Internacional se fundó en Manchester, Inglaterra en 1895 como ente privado de representación y defensa del Cooperativismo Mundial. Entre sus primeras tareas asumió la promulgación de los Principios Cooperativos como reglas a seguir por las cooperativas del mundo.

En el Siglo XX esos Principios fueron revisados en varias ocasiones según refiere en un resumen Cracogna (1992) e incorporados en algunas legislaciones cooperativas como una forma de diferenciar a las cooperativas de otras organizaciones sociales como sindicatos o

mutuales.

Una de las tendencias que buscaban definir al Derecho Cooperativo como una rama autónoma del Derecho fue la corriente basada en las reglas del método del Derecho Comparado, que eligió comparación entre la leyes cooperativas, como forma de establecer la existencia o no de una legislación especializada en esa rama del Derecho.

Según cita Cracogna (2014, p. 6) en 1933 se publicó el libro *Co-operative Law at Home and Abroad*, de Margaret Digby, quien asumió el trabajo de estudiar lo que estaba ocurriendo en materia de legislación de cooperativas en el continente europeo. En los noventa el Dr. Montolio (1990) inició la recopilación de la normativa cooperativa en América Latina y lo continuó en Europa (1993). También el Dr. Cracogna organizó un grupo de estudio en el Cono Sur que presentó la obra *El Derecho Cooperativo en perspectiva internacional comparada: América Latina y el Mercosur* (2014).

Algunos de los hallazgos más sobresalientes de Montolio (1993, p. 5) fueron que en Dinamarca no existía una ley cooperativa, o bien que en Uruguay había diversidad de leyes cooperativas de acuerdo con sus giros económicos, que se referían a las cooperativas a las sociedades cooperativas y las cooperativas agrarias (1990, ps. 1043 y 1045).

El trabajo de análisis y con frutos llenos de éxito para la región latinoamericana fue la organización de los juristas latinoamericanos, reunidos en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia momento en que nació la propuesta de una Ley Marco para América como modelo a seguir ya fuera para promulgar leyes cooperativas o llenar lagunas de la legislación especial en cada país de la región. Esa labor la inició la Organización de Cooperativas de América en 1987 y la finalizó la Alianza Cooperativa Internacional para América en el 2009 (ACI, 2009, p. 4).

² Indica Cracogna: Sin pretensión de zanjar la controversia, cabe señalar que en la ACI se ha hablado siempre de los principios “rochdaleanos”, lo cual indica claramente que el origen declarado de ellos es la práctica de la Cooperativa de Rochdale. Así se manifestó en forma expresa en la declaración de esa organización en 1937.

Mientras que en el nivel mundial la ACI continuó en la búsqueda de la Identidad Cooperativa como refiere Cracogna (1992) sobre el pensamiento L. Marcus quien sostuvo que la historia del movimiento cooperativo -y de la ACI- ha sido un constante esfuerzo en la búsqueda de su propia identidad. Objetivo que fue alcanzado en la Declaración de Identidad Cooperativa de 1995.

2.- DERECHO INTERNACIONAL COOPERATIVO. LA DECLARACIÓN SOBRE LA IDENTIDAD COOPERATIVA Y LA RECOMENDACIÓN N. 193 DE LA OIT del 2002

Según Reyes (2013,6) por la expansión y relevancia mundial del cooperativismo ha sido lógico que organismos internacionales, tales como la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se ocupen de esa forma de organización socio-económica, por ello se han emitido en los últimos años algunas recomendaciones y/o normas supranacionales que van conformando, dicho de manera muy genérica, el “Derecho Cooperativo Internacional”.

Así en el 2001 la Organización de las Naciones Unidas dictó las Directrices para la creación de un entorno propicio para el desarrollo de las cooperativas. Al año siguiente en el seno de OIT surgió la Recomendación de la sobre la promoción de las cooperativas N. 193 de 2002.

Posteriormente, en el 2016 la UNESCO concedió a las cooperativas la condición de patrimonio cultural inmaterial con base en la idea y práctica de la organización de intereses compartidos en cooperativas.

Con la Declaración sobre la Identidad Cooperativa de 1995 se dio por primera vez una

definición de cooperativa, de tal modo que se aclaró explícitamente que la misión principal de las cooperativas es satisfacer las necesidades y aspiraciones socioeconómicas de sus miembros y de las comunidades a las que sirven, mediante una empresa de propiedad conjunta y gestionada democráticamente. Los valores cooperativos y éticos que han sido fundamento de las organizaciones cooperativas fueron introducidos dentro de esa Declaración, de tal modo que un ente tiene naturaleza cooperativa si cumple con los Principios Cooperativos en forma integral e interdependiente y sigue los Valores Cooperativos, sin atarlo a una ley específica o nombre que incluya la denominación de cooperativo.

Los valores fueron divididos en cooperativos y éticos. La ACI estableció como parte de la identidad de las cooperativas los valores cooperativos de autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Y en seguimiento de los pilares éticos de los fundadores del Cooperativismo moderno también los cooperativistas creen en los valores éticos de honestidad, actitud receptiva, responsabilidad social y respeto hacia los demás.

La Declaración de Identidad Cooperativa es considerada como un estándar internacional completo para las cooperativas, tal y como lo explicó Mac Pherson en su discurso de apertura del 31º Congreso Cooperativo Internacional (Manchester, 1995) quien también aclaró que esa la Declaración es indivisible, por lo que la supresión de cualquier elemento la haría colapsar.

Otro pilar del Derecho Internacional Cooperativo lo constituye la Recomendación 193 sobre la promoción de las cooperativas de 2002, nacida en el seno de la OIT, Reyes (2013, p. 7) refiere que la OIT es un organismo internacional de conformación tripartita con los Estados, patronos y trabajadores encargada de desarrollar y supervisar el uso de las normas internacionales de trabajo

incluidas en convenciones y recomendaciones. Estas normas cubren todos los aspectos del mundo del trabajo y establecen principios básicos y derechos con el fin de garantizar un trabajo digno para todos los ciudadanos. Por ser las cooperativas organizaciones de trabajo, desde 1920 han sido tomadas en cuenta dentro de la labor desarrollada por la OIT, aunque no forman parte como un cuarto sector.

Siete años después de la Declaración de Identidad Cooperativa, su contenido pasó a ser parte fundamental de la Recomendación N. 193. Esa fue la primera vez que los estándares cooperativos internacionales fueron incluidos en detalle en un texto oficial de una organización del sistema de las Naciones Unidas. Votada casi por unanimidad y sin oposición por la mayoría de los países del mundo presentes, incluidos los gobiernos, los sindicatos nacionales y las organizaciones patronales, y en opinión de la ACI la convirtió en un verdadero consenso en la comunidad internacional.

Según el artículo 19 de la Constitución de la OIT los Estados Miembros deben cumplir con un proceso de sumisión que consiste en su obligación de someter los convenios y las recomendaciones a las autoridades nacionales competentes. En el caso de una recomendación se debe comunicar a todos los Miembros para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo; en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia. Ese procedimiento está establecido con la finalidad fundamental de fomentar la adopción de medidas en el plano nacional. Generalmente la autoridad competente es el legislador, como es el caso de Costa Rica cuando se trata de la incorporación de los convenios al ordenamiento nacional -artículo 7 de la Constitución Política.

Costa Rica participó en forma directa a través de las instituciones encargadas del fomento

y representación del cooperativismo en la elaboración de dicho documento, según refiere en el Considerando 5 de la DIRECTRIZ N. 31-MTSS de 23 de abril de 2004, Dirigida a los Ministerios y entidades públicas de la Administración Centralizada y Descentralizada y demás órganos públicos según corresponda para la aplicación de la Recomendación 193 de la OIT ³. Camino del gobierno para incorporar en alguna forma el contenido de la Recomendación indicada. , y cumplir con el procedimiento de sumisión antes mencionado.

Sobre la naturaleza jurídica de la Recomendación N. 193 existendiversasposiciones sobre la obligatoriedad de su acatamiento por parte de los Estados miembros de la OIT, para (Henrÿ, H. (2013 p.64), es vinculante, sin embargo, en Costa Rica no se reconoce ese estatus por disposición de la Constitución Política dado que sólo los convenios y tratados internacionales aprobados como ley de la República tienen fuerza de ley.

Nuevamente al cabo de veinte años desde la realización del Congreso del Centenario de 1995, la ACI preparó el documento denominado Notas de Orientación para los Principios Cooperativos, que fueron aprobadas por la Asamblea General de la ACI en 2015, para aclarar más el contenido de esos Principios (ACI, 2015).

La incidencia la legislación de cooperativas de muchos países, en los 25 años transcurridos desde la aprobación de la Declaración, ha sido la promulgación o reforma de muchas leyes de cooperativas de varios países que se han basado en su contenido. En el caso de Costa Rica la

³ En concreto Reyes apuntó que esa Recomendación es el instrumento de carácter internacional más completo sobre cooperativas y fue adoptada en sesión plenaria de la 90ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 20 de junio de 2002, por 436 votos, 0 voto en contra y 3 abstenciones.

LAC no sido reformada para incluir el contenido de la Declaración de Identidad Cooperativa, sin embargo, muchas cooperativas han modificado sus estatutos para incorporar los siete Principios Cooperativos y en algunos casos los Valores cooperativos y éticos en sus Políticas de Gobierno Cooperativo.

Recientemente en el III Foro internacional sobre Derecho de las cooperativas, Seúl 2021 organizado por la ACI (Seúl 2021), se presentó como tema básico el análisis de La identidad de las cooperativas y la armonización de las leyes cooperativas. ¿Coincidencia o des coincidencia?, de tal forma que las cuestiones relativas a los Principios Cooperativos llevaron a los juristas participantes a cuestionar si existía la obligación legal por parte de las cooperativas de respetar los principios cooperativos, o si bastaba incorporarlos en los estatutos de los organismos cooperativos, de lo cual aun no han sido publicados los resultados.

3-. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COOPERATIVAS COSTARRICENSES. CONCEPTO LEGAL REITERADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Básicamente las cooperativas por ser organizaciones económico sociales se caracterizan por seguir los valores de la ayuda mutua y el afán de colaboración para lograr un mejor desarrollo para sus miembros y sus familias. El artículo 2 de la Ley de Asociaciones Cooperativas en adelante LAC reconoce esa naturaleza jurídica y a través de sus artículos se desarrolla cada uno de los elementos que las caracterizan. La diferencia de las cooperativas de las sociedades con fines de lucro ha sido remarcada en diferentes votos de la Sala Constitucional en los cuales reconoce a la asociación cooperativa como una forma especial de ejercicio de la empresa.

Por ejemplo, la Sala Constitucional, Voto N.º 5398-94 (Ríos y Castillo, 2020, p. 31) detalló el contenido de la naturaleza jurídica de las cooperativas en la siguiente forma:

“...que la naturaleza de la función de las cooperativas, sus métodos de trabajo, así como los fines y objetivos que les rigen son diferentes de las asociaciones y sociedades con fines de lucro. Es de fundamental importancia reconocer la asociación cooperativa como una forma especial de ejercicio de la empresa... La sociedad cooperativa, sólo será tal, en la medida en que represente una asociación de personas que regulan de un modo determinado sus relaciones sociales, en atención a una mejor distribución de la riqueza y de formas avanzadas de participación responsable y democrática de sus miembros.

4-. LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN EN LA NORMA COOPERATIVA COSTARRICENSE

Desde la existencia del Capítulo III del Código de Trabajo de 1943 el legislador consideró necesario introducir normas específicas para interpretar e integrar el derecho de las cooperativas. El artículo 362 contenía tales normas cuando estableció que las disposiciones civiles y mercantiles serían el faro a seguir para afrontar situaciones jurídicas cooperativas no previstas por el legislador, siempre y cuando tales normas no pugnaran con la naturaleza y fines de las cooperativas.

En 1943 se encontraban vigentes el Código Civil promulgado por Ley No.63 de 28 de setiembre de 1887 y la Ley de Sociedades Mercantiles N. 6 de 24 de noviembre de 1909 (SINALEVI, s. f.). Dado que en varios artículos del Capítulo mencionado se hacía referencia a las cooperativas

como sociedades se podría considerar que la Ley de Sociedades Mercantiles podía servir como fuente de interpretación e integración jurídica de la norma cooperativa. Si bien en criterio del Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II del II Circuito Judicial en sentencia N.º 77-96 de las 14:30 horas de 24 de abril de 1996 se consideró que la normativa sobre las sociedades mercantiles reguladas en el Código de Comercio de 1853 era el marco mercantil y normativo de las cooperativas hasta 1929, según citan Ríos y Castillo (2021, p.29). Aunque el artículo 293 del Código de Trabajo estableció como parte de la naturaleza jurídica de las cooperativas que no debían perseguir el fin de lucro, por lo cual ya la normativa de esa Ley quedaba excluida por referirse a sociedades mercantiles.

Ese Capítulo III fue derogado en su totalidad por la Ley de Asociaciones Cooperativas n.º 4179 del 22 de agosto de 1968, en la cual se encuentra el artículo 131 en el Capítulo XIII, denominado Disposiciones finales, que entra a operar bajo la condición de la inexistencia de solución de situaciones jurídicas cooperativas dentro de los estatutos de las cooperativas e introduce reglas de interpretación e integración en el siguiente orden:

- los Principios derivados de esa ley que se refieren a los mencionados en el artículo 3 incisos a, b, c, d, e, f, g.

- los Principios Generales del Derecho Cooperativo. En esta fuente de interpretación e integración se incluyen los actuales Principios Cooperativos de la Declaración de Identidad dada por la ACI en 1995. Por la forma amplia referida a esos Principios, en opinión de la autora, siempre se aplicarán aquellos principios adoptados por la ACI, en cualquier momento. Si bien Santos (2015, p 14) opina sobre el valor jurídico de los principios cooperativos que sólo serán vinculantes como Derecho Objetivo si se recogen en normas jurídicas emanadas de los poderes normativos del Estado, o bien, serían obligatorios cuando se

recojan en los estatutos de cada cooperativa.

En opinión de Sánchez (1997, p. 137) la sustancia de los principios generales del derecho consiste en ser normas básicas reveladoras de creencias y convicciones de la comunidad respecto de los principios fundamentales de cada materia que trata el Derecho, en el caso de los Principios Generales del Derecho Cooperativo además de responder a lo establecido por la ACI también responden al desarrollo del Cooperativismo nacional.

En Europa Fajardo et al (s. f, p.1) manifiestan que existen los Principios de Derecho Cooperativo Europeo conocidos como PECOL por su nombre en inglés *Principles of European Cooperative Law* reconocidos por ser un conjunto de normas que se presentan como “ideales” en la regulación de las cooperativas en Europa y que reflejan sus rasgos más característicos.

- las regulaciones del Código de Trabajo, del Código de Comercio y del Código Civil que, por su naturaleza o similitud, puedan ser aplicables a estas asociaciones, siempre que no contravengan los principios, la doctrina y la filosofía cooperativa.

Respecto del último ítem que considera como fuente de interpretación e integración de la norma cooperativa al Código de Trabajo es necesario aclarar sus alcances. Con la promulgación de la Ley de asociaciones cooperativas vigente se derogó el Capítulo III del Código de Trabajo y únicamente quedaron vigentes normas sobre derecho de retención de salarios de trabajadores con créditos en sus cooperativas, disolución de cooperativas y algunas normas de prescripción, de tal modo que en relación con la mayoría de las situaciones jurídicas cooperativas, actualmente, no se puede acudir al Código de Trabajo para llenar las lagunas que se presentaren.

En cuanto a la aplicación del Código de

Comercio, la norma mercantil corresponde a la promulgada en 1964, cuerpo legal que queda excluido porque se refiere en su artículo primero a actos y contratos de comercio; ahí establece que los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario y si el acto o contrato es realizado por no comerciantes, también se consideran mercantiles si se encuentran incluidos en el Código de Comercio; aún más si los actos que sólo fueren mercantiles para una de las partes, se regirán por las disposiciones de ese Código.

Ante esas disposiciones existe una notoria contradicción con el artículo 2 de la LAC que establece que el lucro no es el fin principal de las cooperativas sino el bienestar de sus miembros; y en general con los principios, la filosofía y doctrina cooperativa incorporada en esa Ley por medio del reconocimiento mencionado a los Principios Cooperativos aprobados por la ACI. La ausencia de lucro también ha sido considerada como característica esencial de las cooperativas por la Sala Constitucional Voto N.º 1-F-04 cuando expresó que las cooperativas son organizaciones colectivas que no tienen un fin o propósito lucrativo, sino más bien de desarrollo integral de sus asociados, (Ríos y Castillo 2020, p.32).

El tercer cuerpo legal que sirve de fuente de interpretación e integración jurídica de la LAC es el Código Civil que cuenta actualmente con un Título Preliminar en su Capítulo I sobre fuentes de Derecho; tales fuentes están divididas en escritas y no escritas-artículo primero-. De importancia es necesario indicar que el artículo 5 se refiere a la forma de incorporación de los tratados y convenios internacionales al ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y publicación íntegra en el diario oficial “La Gaceta”. Sin referencia a otro tipo de compromisos internacionales asumidos por el Estado como sería la Recomendación n. 193 a la cual se ha indicado se le dedicó una Directriz

emanada en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El artículo 131 referido no ha cumplido con el rol encomendado por el legislador de 1968, lo cual se comprueba de una revisión de la jurisprudencia administrativa y judicial elaborada recientemente por Ríos y Castillo (2021), en cuya obra la cita de algún análisis de esa norma, por parte del INFOCOOP y los tribunales de justicia es inexistente.

5.- REFORMA A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR E INCORPORACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 193 DE LA OIT

Un peldaño importante dentro del Derecho Cooperativo Internacional está ocupado por la Recomendación N. 193, la cual fue considerada como parte del Derecho cooperativo nacional sin tener el status de convenio. La Recomendación sirvió como uno de los fundamentos para dilucidar la aplicación de la normativa relacionada con los derechos de las cooperativas frente a la vigencia de las obligaciones de los deudores- cooperativos en condición de consumidores y trabajadores; tal problemática surgió como consecuencia de la reforma a la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, Ley N. 9918

La inclusión de la institución del consumidor-deudor produjo muchas discusiones en el ámbito judicial, de interés para este ensayo fueron aquellas relacionadas con el análisis de la legalidad de las deducciones al salario de trabajadores- deudores en su cooperativa, quienes las han habrían autorizado como medio de pago de préstamos, conforme el artículo 69 inciso K del Código de Trabajo. Gracias a la necesidad de aclarar las dudas respecto de esa situación laboral-

crediticia se dio una aplicación real la referencia del artículo 131 de la LAC al Código de Trabajo como fuente de integración jurídica en el campo de las cooperativas.

Dos años después de la promulgación de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (1994) el legislador reformó la Constitución Política. Se agregó un párrafo al artículo 46 para incluir los derechos de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo.

La aplicación de las normas protectoras de los consumidores, así como la reforma al artículo 46 de la Constitución Política dejó otras piezas con problemas para calzar en el bloque completo del rompecabezas jurídico- cooperativo, porque la garantía constitucional al consumidor se hizo en forma general, de tal modo que se depositó en el juez constitucional la decisión sobre su aplicación indiscriminada a todo ciudadano o bien, la revisión de cada caso concreto, a saber y sin agotar las posibilidades se sugieren las siguientes:

- la condición de un trabajador con patrono y cuya relación se basaba en un contrato de trabajo, quien realizó una operación crediticia en algunas de las instituciones bancarias o de intermediación financiera del país y fuera del ámbito cooperativo;
- o la condición de un trabajador con patrono, afiliado a una cooperativa de ahorro y crédito, en la cual es propietario ahorrante y en algunos casos sujeto de operación crediticia. En este último caso, el trabajador cooperativista está sujeto al cumplimiento de los estatutos de la cooperativa correspondiente.

Por una nueva reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N. 9918. en el 2020, en

su artículo 44 ter, la Asociación Nacional de Empleados Públicos (ANEP) interpuso una acción de inconstitucionalidad contra los párrafos 2 y 3 de ese artículo, considerando que existía una violación del artículo 57 de la Constitución Política, el cual dispone lo siguiente:

Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.

Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine.

La ANEP consideró que se permitía que el salario mínimo de los trabajadores fuera cedido a las instituciones crediticias, indiferentemente de si eso implicaba un deterioro de las condiciones socioeconómicas de los trabajadores deudores. En la acción de inconstitucionalidad la Asociación aseveró que el trabajador quedaba sin los suficientes ingresos para sufragar su propia subsistencia de una manera digna, acarreando que el trabajador y su familia sufrieran de hambre y perdieran la posibilidad de conllevar una existencia digna como lo dispone la norma constitucional.

La reacción en el Cooperativismo no se hizo esperar y muchas cooperativas de ahorro y crédito se hicieron presentes en la acción de inconstitucionalidad presentada por ANEP contra esa normativa, y lo más interesante para el desarrollo de este artículo, fueron los interesantes argumentos esgrimidos, los cuales estaban fundamentados en la Declaración de identidad cooperativa, la Recomendación 193 de la OIT y las directrices mencionadas de la ONU. Sin dejar de lado el análisis integrativo de los artículos 50 y 64 de la Constitución Política referidos al deber

del Estado de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país y a las organizaciones cooperativas respectivamente.

Lo más interesante fue que la Sala Constitucional hizo suyos esos argumentos en el análisis de las situaciones jurídicas surgidas por la aplicación de esa nueva legislación, aunque fue en los CONSIDERANDOS sin que al final se integraran a la parte dispositiva del voto N.º 11996 - 2021, relativa al POR TANTO, donde únicamente se rechazó la acción de inconstitucionalidad.

CONCLUSIONES

El desarrollo del Derecho Cooperativo en Europa y América Latina ofrece importantes insumos al derecho cooperativo nacional para comprender mejor el alcance y límites de sus componentes.

Existen importantes instrumentos jurídicos internacionales elaborados en las Naciones Unidas, la Organización Internacional de Trabajo y la Alianza Cooperativa Internacional que pueden y deben ser tomados en cuenta en Costa Rica, en los ámbitos administrativo por medio del INFOCOOP y jurisdiccional en los tribunales de justicia para dilucidar posibles conflictos en la comprensión del contenido de la normativa cooperativa.

El amplio estudio de los Principios Cooperativos existente al momento sirve para nutrir el contenido de la legislación cooperativa nacional cuando existan lagunas en cuanto ciertas relaciones jurídicas no contempladas en la LAC, porque aun cuando no ha sido valorada la existencia de una norma tan importante como es el artículo 131 de LAC para realizar la interpretación e integración de la normativa cooperativa, la previsión del legislador de 1968 permite incorporar los actuales Principios Cooperativos como parte del Derecho Cooperativo costarricense.

Si bien la Recomendación N. 193 emitida por la OIT en el 2002 cuenta con el apoyo de una directriz emanada del Ministerio de Trabajo, ha sido poco divulgado y aprovechado su contenido como parte de las Políticas Públicas a favor del Cooperativismo nacional.

El fundamento del voto N.º 11996 - 2021, emitido por la Sala Constitucional que incluyó parte del contenido de esa Recomendación en uno de sus considerandos, es un gran avance para el derecho cooperativo costarricense, dado que indirectamente se tomó en cuenta la Declaración de Identidad Cooperativa con los actuales Principios Cooperativos, además de un elemento nuevo como son los Valores Cooperativos incluidos en esa Declaración. La Recomendación indicada fue introducida en ese voto gracias a la iniciativa de las cooperativas que participaron en la Acción de Inconstitucionalidad antes mencionada. Pero no hay duda que es necesaria una mayor divulgación de su amplio e importante contenido entre los abogados y jueces nacionales.

REFERENCIAS

- Aguilar. O. (1990). *El movimiento cooperativo en Costa Rica: sus antecedentes en la historia universal. V. 2. Imprenta Nacional.* Costa Rica.
- Alianza Cooperativa Internacional para las Américas. (2009). *Ley Marco para las cooperativas de América Latina/ Alianza Cooperativa Internacional para las Américas.* 1a ed. Costa Rica.
- Seúl, Corea (2021) Tercer Foro Internacional sobre el Derecho de las Cooperativas. <https://iuscooperativum.org/reminder-3rd-international-forum-on-cooperative-law-29-30-november-2021-seoul-republic-of-korea/>
- Cracogna. D (1992). Los valores y los principios cooperativos en la ACI. *Una Visión Histórica y*

Actual. En Teoría y práctica de la cooperación.
Revista de IDELCOOP - Año 1992 – Volumen
19 - N° 73

Cracogna. D (2014). El derecho cooperativo en perspectiva internacional comparada: América Latina y el Mercosur en *Documentos del Centro de Estudios de Sociología del Trabajo*. Centro de Estudios de Sociología del Trabajo. Facultad de Ciencias Económicas. UBA. Buenos Aires

Fajardo. G.. Fici. A.. Henry. H.. Hiez. Meira. D. Münkner. H. y Snaith. I. . (s.f.). Los Principios del Derecho Cooperativo Europeo según SGECOL

<https://fdocuments.mx/document/los-principios-del-derecho-cooperativo-europeo-segn-los-principios-del-derecho.html>

Montolio. J. Ma. (1990). *Legislación cooperativa en América Latina*: situación de la derecho comparado y proceso de armonización. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. España

Montolio. J. Ma. (1993). *Legislación cooperativa en la comunidad europea*. Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social. España.

Reyes. S. (2013). El Derecho Cooperativo Americano en Congreso Derecho Cooperativo en <https://www.aciamericas.coop/El-Derecho-Cooperativo-Americano>

Ríos. M y Castillo. J. (2021). *Ley de Asociaciones Cooperativas y creación del Instituto de Fomento Cooperativo* - 1ª. ed. Instituto de Fomento Cooperativo. Costa Rica

Sánchez. R. (1997). El título preliminar del Código Civil. Antecedentes y nueva normativa en *Temas de Derecho Privado*. Ed. Universidad de Costa Rica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Costa Rica

Santos. (2015). La relación de los principios

cooperativos con el derecho. CIRIEC-España. Revista Jurídica N° 27/2015 www.ciriec-revistajuridica.es

Organización Internacional del Trabajo. (2002). *Recomendación N. 193*.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=52784&nValor3=57375&strTipM=TC

Asamblea Constituyente (1949). Constitución Política.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=52784&nValor3=57375&strTipM=TC

Henry. H. (2013). *Orientaciones para la legislación cooperativa*. Ed. OIT 2.a edición. Ginebra.

Código Civil (1888). Ley No.63 de 28 de setiembre de 1887. En

SINALEVI.http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=TC

SINALEVI sin texto remite a la Colección de leyes y decretos del año 1909. II Semestre. Tomo 2. página 436 en Código de Trabajo. Costa Rica. Ley N.12 de 1943.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=8618&strTipM=TC

Código Civil. Costa Rica. (1986). El Título preliminar del Código Civil introducido por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986 en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=16545&strTipM=TC

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa

Efectiva del Consumidor. N. 7472. (1994).
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26481&nValor3=92463&strTipM y sus reformas

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2004).
DIRECTRIZ N. 31-MTSS de 23 de abril de
2004 con el nombre directriz *Dirigida a los Ministerios y entidades públicas de la Administración Centralizada y Descentralizada y demás órganos públicos*

según corresponda para la aplicación de la Recomendación 193 de la OIT. Ver
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=52784&nValor3=57375&strTipM=TC

Ley N. 9918 (2020) en SINALEVI
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=91663&nValor3=121084&strTipM=TC



La participación de fondos de pensiones como inversores institucionales en el financiamiento de proyectos de obra pública desde una perspectiva legal. Análisis comparativo Costa Rica–El Salvador.

Por: Alejandro MUÑOZ THUEL

Resumen: En el panorama actual, donde el Gobierno de Costa Rica enfrenta serias limitaciones presupuestarias para construir importantes proyectos de obra pública, y paralelamente resulta retador proveer una pensión digna a los afiliados de los fondos de pensiones, la inversión institucional en infraestructura podría representar una atractiva propuesta para mejorar las condiciones de ambas. El objetivo de esta investigación es analizar y comparar, desde una perspectiva de inversión institucional, el marco jurídico por el cual invierten recursos varios fondos de pensiones costarricenses con la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones de El Salvador, así como la factibilidad de que administradoras de fondos de pensiones nacionales puedan invertir en obra pública.

Palabras clave: inversión institucional, fondos de pensiones, asociaciones público-privadas, El Salvador.

Abstract: In the current landscape, where the Government of Costa Rica faces serious budgetary constraints for the construction of important infrastructure projects, and in parallel it is a challenge to provide decent retirement funds to the affiliates, institutional investment in infrastructure could provide an attractive proposal to improve the conditions of each. The objective of this investigation is to analyze and compare from an investment perspective the legal framework of several Costa Rican retirement funds with El Salvador's Savings System Law as well as the feasibility that the national Pension Fund Administrators invest in local infrastructure.

Keywords: Institutional Investment, Retirement Funds, Public-Private Partnerships, El Salvador.

Sumario: 1. Introducción. 1.1. ¿Por qué invertir en infraestructura? 1.2. ¿Qué proyectos pueden financiar los fondos de pensiones en Costa Rica? 1.3. ¿Qué desafíos existen para los inversores institucionales de la región en proyectos APP? 2. El marco jurídico de los fondos de pensiones para hacer inversiones en infraestructura local. 2.1. Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. 2.1.1. ¿Cómo puede JUPEMA colocar los recursos del fondo en inversiones de infraestructura? 2.2. Fondo de Jubilaciones y Pensiones para los Miembros Permanentes del Benemérito Cuerpo de Bomberos. 2.2.1. ¿Qué autoriza al Fondo de Bomberos a realizar inversiones? 2.2.2. ¿Permite el Reglamento

Interno de Inversiones y Fideicomisos invertir en infraestructura local? ¿Contradice al Reglamento de Gestión de Activos? 2.3. Fondos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (RIVM) de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS). 2.3.1. ¿Permite el Reglamento de Inversiones del RIVM invertir en proyectos de infraestructura local? 3. Análisis del marco jurídico de los fondos de pensiones salvadoreños para realizar inversiones en infraestructura local. 3.1. La Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones en El Salvador. 3.2. El financiamiento de la terminal de carga del Aeropuerto Internacional de El Salvador San Óscar Arnulfo Romero y Galdámez. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Para competir en la economía global, los países latinoamericanos necesitan invertir en infraestructura esencial como carreteras, puertos, redes de energía, terminales aéreas, entre otros. Los países de la región cuentan con estándares de calidad precarios en proyectos de infraestructura, ocupando el quinto lugar entre seis regiones del mundo, por delante únicamente de África subsahariana. Según estimaciones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la brecha de inversión en infraestructura asciende al 2.5% del PIB de América Latina; es decir, unos 150.000 millones de dólares por año.¹ Por lo cual, en un contexto donde los países latinoamericanos enfrentan fuertes limitaciones fiscales para construir infraestructura de calidad, crece la necesidad de buscar nuevos canales de inversión y financiamiento que permitan poner en marcha proyectos de infraestructura que estimulen el desarrollo de la región.

1.1. ¿Por qué invertir en infraestructura?

Según un reciente estudio del Global Infrastructure Hub, en el que se comparan los rendimientos financieros de los últimos 20 años de instrumentos de deuda, para financiar proyectos de infraestructura con instrumentos de deuda que no sean de infraestructura, se concluye sobre el atractivo de los primeros en función de su estabilidad, resiliencia y rendimientos. Debido a lo anterior, el presente estudio es relevante para efectos de justificar una decisión de inversión en proyectos de infraestructura, siendo que la deuda es el instrumento financiero predilecto utilizado en alrededor del 80% de las inversiones en esta. Aunque sus resultados son aún más satisfactorios en países desarrollados, la deuda para financiar proyectos de infraestructura ofrece rendimientos superiores a instrumentos como los bonos de gobierno y posee una tasa de impago promedio (*default rate*) del 7% en países de ingresos medianos y bajos. Esto representa un instrumento financiero muy apetecible, siendo que posee una tasa de impago promedio inferior a la de instrumentos de deuda que no sean de infraestructura.²

¹ Carvalho, E. Powell, A. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2019. Págs.71-76.

² Global Infrastructure Hub. Infrastructure debt provides

1.2. ¿Qué proyectos pueden financiar los fondos de pensiones en Costa Rica?

Normalmente, la obra pública se financia a partir del contenido presupuestario del Estado. De conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política costarricense y el Principio de Equilibrio Financiero del Presupuesto desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen un límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos. De modo que los gastos no pueden superar a los ingresos.³ En este sentido, se orienta el artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa, sobre la disponibilidad presupuestaria que es requerida para iniciar un procedimiento de contratación administrativa, por el cual se realiza obra pública.⁴

Existen otros tipos de proyectos mediante los cuales se construye obra pública, que se ejecutan fuera de los límites de acción del artículo 180 de la Constitución Política, siendo que no tienen contenido presupuestario por no constituir “deuda” en su acepción contable; estas son las Asociaciones Público-Privadas (APP). Según el BID, estas se definen como: *“un contrato a largo plazo entre un ente privado y una entidad gubernamental para proporcionar un activo y un servicio, en el que el ente privado asume de manera significativa los riesgos inherentes al proyecto, es responsable de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño”*⁵. A diferencia de la contratación administrativa convencional, su financiamiento no depende del erario público. Una característica principal de este tipo de proyectos es que es responsabilidad del ente privado proveer el financiamiento o cierre financiero de la operación. Los inversores

institucionales pueden financiar proyectos de obra pública mediante esta figura.

1.3. ¿Qué desafíos existen para los inversores institucionales de la región en proyectos APP?

Tanto en economías desarrolladas como en mercados emergentes, los bancos comerciales han sido los principales financiadores de este tipo de proyectos. Según estudios del Banco Mundial, entre 2017 y 2019, casi la mitad de los financiamientos se realizaron con participación privada. En el caso de los países de la región, estas entidades enfrentan limitantes en cuanto al monto y los plazos de financiamientos otorgables, sobre todo, cuando se trata de grandes proyectos donde la cartera de inversiones se encuentra concentrada en los mismos sectores.⁶

Pese a que los inversores institucionales como fondos de pensiones, fondos soberanos, aseguradoras y otros tienen sumas cuantiosas de dinero para invertir, su participación en infraestructura es especialmente baja en países en desarrollo y economías emergentes. Según datos del Banco Mundial, en estos mercados, los inversionistas institucionales han venido participando con créditos que representan apenas un 0.2% de la inversión total en infraestructura con participación privada en el mercado primario.⁷

2. El marco jurídico de los fondos de pensiones para hacer inversiones en infraestructura local

2.1. Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional

El Fondo de Pensiones y Jubilaciones del

attractive and resilient returns for investors.

³ Poder Judicial. Principios Desarrollados en la Jurisprudencia Constitucional. Pág.39.

⁴ Ley de Contratación Administrativa. Art. 8.

⁵ BID. (2020). Asociaciones Público-Privadas.

⁶ Simón, C., et al. Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas.

⁷ Ibidem.

Magisterio Nacional se encuentra regulado por la Ley 7531, Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional del 10 de julio de 1995. Las contribuciones establecidas en los artículos 16 y 17 de dicha ley conforman el Fondo de Capitalización Colectiva que, según dispone el artículo 18 de esta ley, se verá incrementado mediante los réditos producidos por sus inversiones.⁸

Dicha ley fue parcialmente reformada mediante la Ley número 10078 del 24 de noviembre del 2021, donde se modifica, para efectos de nuestro interés, el artículo 21 de la Ley 7531. Esta reforma define aspectos fundamentales sobre la inversión de los recursos que administra la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (JUPEMA). Dicha Junta invertirá procurando un equilibrio entre la seguridad, rentabilidad y liquidez, para así garantizar la sostenibilidad actuarial, financiera y legal del Fondo, considerando el apetito al riesgo declarado por la Junta.⁹

Estas inversiones se regirán por la normativa que emita a tal efecto el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), entidades que aún no han dispuesto regulación adicional posterior a dicha reforma del artículo 21 (Ley 10078)¹⁰. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa existente aplicable. Para efectos de interés, resulta obligatorio el acatamiento de las disposiciones del Reglamento de Gestión de Activos emitido por CONASSIF, el cual regula los lineamientos de las entidades reguladas por la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) en la administración de los activos de los fondos de pensión.¹¹

⁸ Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Arts. 16-18.

⁹ Ibid. Art. 21.

¹⁰ Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Art. 21.

¹¹ Reglamento de Gestión de Activos. Art 1.

2.1.1. ¿Cómo puede JUPEMA colocar los recursos del fondo en inversiones infraestructura?

Mediante la reforma del artículo 21 en la Ley 10078, se autoriza a JUPEMA a incorporar dentro de su portafolio de inversiones proyectos de infraestructura. El fondo podrá patrocinar o participar como inversionista en proyectos de infraestructura pública o privada dentro del territorio nacional. De la misma forma, se establecen tres limitaciones sobre este tipo de inversiones: i) el portafolio de inversión en infraestructura no podrá ser mayor al 20% de la totalidad del fondo; ii) los proyectos en los que se participa deberán haber superado la etapa de factibilidad, así como contar con los permisos y estudios requeridos para iniciar obras; y iii) en ningún caso se podrá invertir en proyectos donde JUPEMA sea su estructurador. Asimismo, dicho artículo establece sobre la obligación de que el fondo cuente con un Comité de Infraestructura con capacidades técnicas y especializadas para analizar y dar seguimiento a los proyectos. El comité debe incluir, al menos, un miembro externo de una firma especializada en consultoría.¹²

2.2. Fondo de Jubilaciones y Pensiones para los Miembros Permanentes del Benemérito Cuerpo de Bomberos

La Ley 6170 de 1977, Jubilación Miembros Permanentes Cuerpo de Bomberos INS, autoriza en su artículo 2 el traspaso de las sumas acumuladas en el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte correspondientes a los beneficiarios de dicha ley, para la creación del Fondo de Jubilaciones y Pensiones para los Miembros Permanentes del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica (en adelante “Fondo de Bomberos”).¹³ Recientemente, el reglamento que determina sobre

¹² Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Art. 21.

¹³ Jubilación Miembros Permanentes Cuerpo de Bomberos INS. Art 2.

su funcionamiento y la administración general fue objeto de una reforma integral aprobada por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros (INS) en el año 2019 (en adelante “Reglamento del Fondo de Bomberos”).¹⁴

2.2.1. ¿Qué autoriza al Fondo de Bomberos a realizar inversiones?

Según dispuso el Reglamento del Fondo de Bomberos en su artículo 49, la Junta Administradora del fondo mantendrá invertidos los recursos de forma cuidadosa, rentable y segura; siendo esta responsable por su gestión. Por lo que, aunque se autoriza a invertir los recursos del fondo, el reglamento no es lo suficientemente claro sobre en qué medida se podría invertir en infraestructura local. A diferencia del Fondo de Pensiones del Magisterio Nacional y su Ley 10078, no se menciona información importante para estos efectos, cómo debe diversificarse su portafolio de inversión, qué instrumentos están permitidos, qué mercados se encuentran autorizados, así como límites prudenciales del fondo en la actividad de inversiones.¹⁵

La normativa que regula estos aspectos se encuentra en el Reglamento de Gestión de Activos emitido por el CONASSIF y el Reglamento Interno de Administración de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica (en adelante “Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos”). Para dilucidar cuáles lineamientos deben seguirse, siendo que ambos reglamentos establecen lineamientos de inversión, prescribe el artículo primero del Reglamento de Gestión de Activos, que este será de acatamiento obligatorio, salvo en el caso de los fondos de pensiones creados por ley especial,

donde el Reglamento de Gestión de Activos contradiga lo dispuesto por sus leyes. Dado que el Fondo de Bomberos no cuenta con normativa con rango de ley por la cual se disponga sobre el régimen de inversión, el Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos debe adecuarse a lo dispuesto por el Reglamento de Gestión de Activos.¹⁶

2.2.2. ¿Permite el Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos invertir en infraestructura local? ¿Contradice al Reglamento de Gestión de Activos?

Para que sea viable la inversión en infraestructura local por parte del Fondo de Bomberos, esta deberá estar autorizada por el Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos y, a su vez, adecuarse a lo establecido por el Reglamento de Gestión de Activos. A continuación, se detallan varios de los elementos más importantes para tener en cuenta. Conforme al artículo 8 del Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos, se determina una serie de requerimientos que deben cumplir las inversiones adquiridas en el mercado de valores costarricense, de las cuales se resalta: i) que los emisores estén inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, así como en la SUGEF; ii) que los valores de deuda emitidos en serie tengan una calificación de riesgo asignada por una calificadora autorizada por la SUGEVAL de al menos “AA”; y iii) los valores pueden estar en colones, dólares o en otra unidad de cuenta, pero deben contar con personal y medios adecuados para gestionar sus riesgos inherentes. Estos requisitos se exceptuarán para emisiones del Estado y de instituciones públicas.¹⁷

El lineamiento anterior se ajusta al Reglamento de Gestión de Activos, donde se establecen pocos requisitos para transar en el mercado de valores

¹⁴ Reglamento del Fondo de Pensiones para los miembros del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art 49.

¹⁵ Reglamento del Fondo de Pensiones para los miembros del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art 49.

¹⁶ Reglamento de Gestión de Activos. Art. 1.

¹⁷ Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art 8.

local. El artículo 13 estipula únicamente que las entidades reguladas deben transar valores en los mercados autorizados por la SUGEVAL y la legislación vigente. Llama la atención que el Reglamento de Gestión de Activos no establezca como requisito para transar en el mercado local, contar con una calificación de riesgo, lo cual sí se exige de conformidad con el artículo 14 de este reglamento, para transar en mercados internacionales.¹⁸

El artículo 10 del Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos regula cuáles son los tipos de valores en los que el Cuerpo de Bomberos podrá invertir en el mercado costarricense. De estos, se destaca el inciso g), por el cual se permite la inversión en valores de deuda que se encuentren respaldados por proyectos de inversión pública (concesión de obra pública). Estos deberán estar respaldados por el Gobierno de Costa Rica mediante estudios técnicos y económicos, donde, además, existan garantías que minimicen los riesgos asociados, por ejemplo, garantías de inicio de operación o de ejecución.¹⁹ La anterior disposición se adecua a lo planteado por el artículo 17 del Reglamento de Gestión de Activos, por el cual se permiten las inversiones de fondos en mercados locales a través de títulos de deuda.²⁰ Ahora bien, aunque el Reglamento Interno de Inversión y Fideicomisos permite la inversión en infraestructura, el espectro de inversión es muy limitado, pues los proyectos con esas características son muy pocos.

En cuanto a los límites prudenciales establecidos, recibe especial atención los límites máximos por emisor. Establece el artículo 12 del Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos que, para valores emitidos por un mismo emisor, el porcentaje máximo será de un 20%. Se exceptúan

de este límite los valores emitidos por el Banco Central de Costa Rica y el Ministerio de Hacienda²¹. Esta disposición contraría el artículo 69 del Reglamento de Gestión de Activos, por lo cual no podría ser implementada. Esta establece el porcentaje máximo de 10% por emisor. En cuanto a las excepciones de dicho límite, son las mismas, pero también se incluye a los emisores de deuda soberana internacional de países que cuenten con calificación de riesgo dentro del grado de inversión.²²

2.3. Fondos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (RIVM) de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)

Para determinar sobre la posible inversión de recursos de los fondos del IVM en infraestructura local, se debe tener en cuenta, primeramente, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social. Según dispone su reformado artículo 39, las inversiones de los recursos se rigen por una serie de principios que resultan relevantes para la actividad en cuestión: i) estos se invertirán para el provecho de los afiliados buscando un equilibrio entre seguridad, rentabilidad y liquidez; ii) los recursos de los fondos solo pueden ser invertidos en valores inscritos en el Registro Nacional e Intermediarios o emitidos por entidades financieras supervisadas por la SUGEVAL; iii) estar calificados conforme a las disposiciones del CONASSIF; iv) negociarse en mercados autorizados; y v) que las inversiones se hagan bajo condiciones de garantía y rentabilidad.²³

A diferencia del Fondo de Bomberos, el RIVM es la única entidad regulada por SUPEN que puede adoptar voluntariamente las disposiciones de este reglamento, según establece el artículo primero

¹⁸ Reglamento de Gestión de Activos. Arts.13-14.

¹⁹ Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art 10.

²⁰ Reglamento de Gestión de Activos. Art 17.

²¹ Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art 12.

²² Reglamento de Gestión de Activos. Art. 69.

²³ Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social. Art 39.

del anteriormente citado Reglamento de Gestión de Activos. En vista de que la entidad cuenta con el Reglamento de Inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte publicado en el año 2021, esta es la normativa que debe aplicarse.²⁴

2.3.1. ¿Permite el Reglamento de Inversiones del RIVM invertir en proyectos de infraestructura local?

A continuación, se detallan varios de los elementos más importantes del Reglamento de Inversiones RIVM, para determinar la viabilidad de una operación de inversión de estas características. En el artículo 10, se establece como único requisito para transar en el mercado local, que los instrumentos deben estar autorizados por SUGEVAL, lineamiento que corresponde idénticamente con lo dispuesto por el Reglamento de Gestión de Activos. Adicionalmente, el Reglamento de Inversiones RIVM contempla la posibilidad de transar títulos valores mediante la ventanilla de los emisores supervisados y regulados por la SUGEF. A diferencia de lo dispuesto por el Reglamento de Gestión de Activos, y en concordancia con lo estipulado por el Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos, para adquirir instrumentos financieros, estos deberán ser calificados por una calificadora de riesgos autorizada por el CONASSIF.²⁵ Sin embargo, el Reglamento de Inversiones RIVM no exige una calificación mínima, mientras que, en el caso del Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos, estableció una calificación mínima de “AA”.²⁶

El artículo 12 del Reglamento de Inversiones RIVM es fundamental para determinar bajo qué instrumentos financieros puede realizarse la

actividad de inversión. Entre los instrumentos autorizados por el reglamento, se destaca el inciso g), por el cual se faculta al RIVM a invertir valores e instrumentos que sean producto de procesos de titularización y fideicomisos de obra pública y privada. Para adquirir los instrumentos de inversión dispuestos por el artículo 12, será necesario que la decisión de inversión esté sustentada por el criterio legal de la Dirección Jurídica y en los criterios técnicos de la Dirección de Inversiones, del Área de Riesgos y del Comité de Riesgos.²⁷

En lo concerniente a la aplicación de límites prudenciales, el Reglamento de Inversiones RIVM difiere del Fondo del Magisterio Nacional y el Fondo de Bomberos, en cuanto a la forma en que establecen estos. No define anticipadamente los límites a los que debe atenerse el régimen de inversión. Conforme el artículo 13, inciso e) de este reglamento, la Junta Directiva, mediante la política de inversión aprobada, acordará los límites y porcentajes, así como instrumentos y emisores permitidos para las inversiones. Por tanto, los límites se determinan como consecuencia de la política de inversión aprobada por el RIVM. Según dispone el artículo 3 de este reglamento, la política de inversiones contempla entre otros: i) los objetivos de los rendimientos para las inversiones del RIVM; ii) una asignación estratégica de activos; y iii) aspectos particulares para cada tipo de inversión (porcentajes máximos y mínimos a invertir por clase de activos, dentro de estas, tipo de instrumento, tipo de emisor, sectores y calificaciones de riesgo).²⁸

3. Análisis del marco jurídico de los fondos de pensiones salvadoreños para realizar inversiones en infraestructura local

²⁴ Reglamento de Gestión de Activos. Art 1.

²⁵ Reglamento de Inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Art. 10.

²⁶ Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art. 8.

²⁷ Reglamento de Inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Art. 12.

²⁸ Ibid. Art. 12.

3.1. La Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones en El Salvador.

A diferencia del sistema de pensiones costarricense, el modelo salvadoreño se encuentra privatizado. Pese a que cada sistema es de naturaleza distinta, resulta provechosa la comparación entre cada régimen desde la perspectiva de inversión institucional. Aunque se trata de un mercado incipiente, la inversión de los recursos de los fondos de pensiones salvadoreños en infraestructura local ha resultado una efectiva herramienta para financiar importantes proyectos que potencian el desarrollo del país y, por otro lado, proveen atractivos rendimientos para los inversores institucionales. Lo anterior se contrapone a un mercado costarricense que hoy es inexistente.

Mediante el Decreto número 927 de 1996, por el cual se promulga la Ley del Sistema de Ahorros para Pensiones, se crea, a partir del artículo 1, el Sistema de Ahorros para Pensiones para los trabajadores del sector privado, público y municipal, por el cual se sustituye el sistema de pensiones administrado por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de Pensiones de los empleados públicos. Este sistema comprende los procedimientos, normas e instituciones que administrarán los recursos destinados a las prestaciones que deban pagárseles a los afiliados para cubrir los riesgos de invalidez común, vejez, longevidad y muerte.

²⁹

De conformidad con el artículo 2 de esta ley, este sistema se compone de cuentas de ahorro individuales a nombre de cada afiliado, que son administradas por las instituciones administradoras de fondos de pensiones. Los afiliados eligen libremente la institución administradora según sus preferencias de

inversión.³⁰ Según dispone el reformado inciso f) de este artículo, cada institución administradora gestionará fondos de pensiones que se componen del conjunto de cuentas individuales de ahorro para pensiones, los cuales estarán separados del patrimonio de la institución administradora.³¹ Las instituciones administradoras invertirán los recursos de los fondos de pensiones buscando obtener una adecuada rentabilidad, de forma segura, con liquidez y diversificando el riesgo, según lo estipulado por el artículo 88 de la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones.³²

Con el fin de incorporar nuevas disposiciones que permitan mejorar la rentabilidad de los ahorros previsionales de los trabajadores y así obtener una mejor pensión, se promulgó en fecha del 28 de setiembre del 2017 el Decreto número 787, por el que se aprobó una serie de reformas a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones. Entre estas, se destacan las modificaciones efectuadas al artículo 91 de esta ley, referente a la diversificación por instrumentos de inversión. Este artículo establece una serie de rangos máximos de inversión para los instrumentos financieros de cada fondo de pensión.

Dichos límites obedecen a la necesidad de que cada fondo tenga un portafolio de inversión diversificado. El inciso n) de este artículo autoriza la inversión en valores destinados al financiamiento de obras inmobiliarias, infraestructura o desarrollo de carreteras, puentes u otras obras con un límite entre el 5-15% del activo del fondo administrado. Cuando estos financiamientos cuenten con garantías de organismos multilaterales, Estados o reaseguradoras, se incrementará el límite entre el 10-30% del fondo administrado. Para efectos de la aplicación de la Ley del Mercado de Valores, estos financiamientos tendrán como

³⁰ Ibid. Art 2.

³¹ Reformas a la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones. Art 29.

³² Ley del Sistema de Ahorros para Pensiones. Art 88.

²⁹ Ley del Sistema de Ahorros para Pensiones. Art 1.

único requisito la clasificación de riesgo cuando los valores sean destinados al financiamiento de infraestructura que cuente con la participación del Estado (Gobierno central, instituciones autónomas, municipalidades o mediante la Ley de Asocios Público Privados).³³

A diferencia del marco legal de inversión de las instituciones costarricenses antes citadas, donde el ordenamiento jurídico se encuentra disgregado y atomizado, la Ley de Ahorro para Pensiones de El Salvador dispone un marco general de inversión al cual quedan sujetas las instituciones administradoras para gestionar los recursos de los afiliados. En el contexto del financiamiento de infraestructuras como aeropuertos, puentes o carreteras, donde los proyectos son muy onerosos y complejos, la posibilidad de que varias instituciones inviertan en el mismo proyecto puede resultar un atractivo para efectos de mitigar en mejor forma el riesgo de crédito de la operación.

3.2. El financiamiento de la terminal de carga del Aeropuerto Internacional de El Salvador San Oscar Arnulfo Romero y Galdámez

Recientemente, las instituciones administradoras de fondos de pensiones (AFP) tomaron un importante rol en el financiamiento de la primera Asociación Público-Privada (APP) del país, por la cual se desarrolla la terminal de carga aérea del Aeropuerto Internacional de El Salvador San Oscar Arnulfo Romero y Galdámez.³⁴ Esta se trata de un contrato de concesión de obra pública dividido en dos fases. La primera fase comprende el financiamiento, diseño, construcción, equipamiento, mantenimiento y operación de la infraestructura existente, por un plazo de 15 años y con un costo de inversión de \$13.3 millones de dólares. Si la

demanda de la terminal de carga aérea alcanza 47 000 toneladas métricas anuales, antes de finalizar los 15 años, se podrá acceder a la segunda fase. Esta fase comprende el financiamiento, diseño, construcción, equipamiento, mantenimiento y operación de una nueva terminal de carga por un plazo de 20 años y con un costo aproximado de inversión de 49 millones de dólares.³⁵

Desde la perspectiva de inversión institucional, el hecho de que el proyecto se realice mediante una ley APP, donde se requieren múltiples controles por distintas instituciones para la puesta en marcha del proyecto, resulta un atractivo para el inversor, pues provee mayor seguridad de que el mismo se encuentra debidamente estructurado. De conformidad con el artículo 54 de la Ley Especial de Asocios Público Privados y el artículo 120 de la Constitución Política de El Salvador, toda concesión de obra pública otorgada por el Estado debe ser reconocida por la Asamblea Legislativa. Asimismo, según el artículo 32 de esta ley, los proyectos APP deben ser aprobados por el Consejo Directivo de PROESA (entidad que propone, aprueba y supervisa proyectos APP en el país), y deben contar con un dictamen favorable del Ministerio de Hacienda, de conformidad con los estudios de factibilidad económica, evaluación de impacto fiscal y evaluación de impacto social.³⁶

En lo concerniente a la confección de las bases de la licitación de un proyecto APP, según dispone el artículo 38 de esta ley, se exigen una serie de controles para asegurar que las disposiciones del cartel de licitación se ajusten a las necesidades del proyecto. El Consejo Ejecutivo PROESA aprobará las bases de la licitación cuando el proyecto cuente con lo siguiente: i) dictamen favorable del Ministerio de Hacienda sobre las consecuencias fiscales del proyecto, ii) una opinión del regulador

³³ Reformas a la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones. Art 29.

³⁴ Simón, et al. Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas. BID.

³⁵ CEPA. Iniciativa de ley y proyecto de decreto para la modernización y ampliación de la terminal de carga aérea.

³⁶ Decreto número 129 del 2020 de la República de El Salvador.

sectorial sobre temas como los niveles de servicio, estándares técnicos y las tarifas aplicables (en este caso realizado por la Autoridad de Aviación Civil), y iii) una opinión no vinculante de la Superintendencia de Competencia que constate que el cartel de la licitación no limita en alguna medida la competencia.³⁷

4. Conclusión

La confianza es el elemento más importante de cualquier sistema económico eficiente. Este posibilita transacciones entre individuos, empresas y gobiernos; impulsa la inversión y la innovación; propicia la formulación de políticas eficaces y, consecuentemente, genera un mayor crecimiento económico. Los agentes económicos solamente asumen riesgos y aumentan su actividad económica si creen que esta es rentable. Explica el Banco Interamericano de Desarrollo que las economías crecen cuando se acumulan los factores de producción (capital y trabajo) y se utilizan los insumos de forma eficiente para maximizar la productividad de los factores de producción.³⁸

En el caso de los fondos de pensiones costarricenses, se ha constatado que estos, efectivamente, pueden hacer inversiones institucionales para financiar obra pública costarricense mediante proyectos APP. Sin embargo, lo anterior no ha sucedido hasta la fecha. Pese a existir una necesidad de buscar nuevos canales de financiamiento originados por el enorme rezago en infraestructura y las limitaciones fiscales del país, los fondos de pensiones han subutilizado sus recursos pudiendo capitalizar sobre los rendimientos ofrecidos por el mercado de inversión en infraestructura, potenciar más sus ingresos con mejores rendimientos y

proveer con ellos una pensión más digna a sus beneficiarios. Aunque el ordenamiento jurídico de los fondos de pensiones se los permite, no hay confianza de los inversores.

El mercado de inversión institucional en infraestructura local es inexistente y esto no es casualidad. El marco jurídico de inversión institucional costarricense se encuentra atomizado y disgregado. Cada institución pública es un silo. Sometidas a distintas reglas de inversión, incorporando, en ocasiones, disposiciones excesivamente restrictivas que reducen innecesariamente los prospectos de inversión. Se destaca, por ejemplo, el Fondo de Bomberos, que puede invertir solamente en proyectos de concesión de obra pública que cuenten con garantías emitidas por el Gobierno de Costa Rica, los cuales minimicen los riesgos asociados, por ejemplo, de inicio de operaciones y de ejecución. Pocos proyectos tienen garantías de estas calidades por las limitaciones de endeudamiento que, a su vez, padece el Gobierno, de donde deriva una dificultad adicional para que el Fondo de Bomberos pueda invertir en infraestructura local.

En el caso de los fondos de pensiones salvadoreños, el marco legal aplicable es menos complejo. La Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones dispone un régimen general de inversiones que deben respetar los administradores de los fondos de pensiones. También es recalable, y distinto a la normativa costarricense, que mediante la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en su artículo 91, inciso n), se permite la inversión en valores de infraestructura, pero se flexibilizan los límites prudenciales establecidos cuando los proyectos cuenten con garantías de organismos multilaterales, Estados o reaseguradores. En Costa Rica, el ordenamiento jurídico no contempla dicha flexibilidad.³⁹

³⁷ Ibidem.

³⁸ Scartascini, C. Valle, J. El papel de la confianza en la elusiva búsqueda de crecimiento económico.

³⁹ Reformas a la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones. Art 29.

El Salvador cuenta con una Ley APP que establece el marco de ejecución para proyectos de esta clase. Esta regulación facilita la coordinación entre distintas entidades de la Administración Pública para aprobar y supervisar proyectos APP; garantiza un estricto régimen de controles que puedan justificar la viabilidad de un proyecto y permite a potenciales inversores tener claridad sobre cómo se implementa un proyecto de estas calidades. Estima el BID que una medida óptima para generar confianza por los gobiernos es aumentar la transparencia mediante mejor información sobre objetivos y resultados ⁴⁰. En Costa Rica, donde el ordenamiento jurídico institucional es un complejo entramado de disposiciones legales, se dificulta la posibilidad de que el inversor se sienta confiado en invertir.

Finalmente, resulta apropiado concluir con una precisión fundamental que aplica para potenciales inversores institucionales en proyectos APP. El principio rector en la asignación y mitigación de riesgos en proyectos de esta clase es que estos deben ser asignados a quien esté mejor calificado para mitigarles ⁴¹. La correcta estructuración de riesgos es lo que hace a un proyecto bancable. El financiador tiene su propia matriz de riesgos. Este debe asegurar la correcta mitigación del riesgo de crédito para garantizar que se invierte solamente en los proyectos que producen valor por dinero. En el caso de los inversores institucionales, la implementación de garantías de repago por parte del Estado en sus financiamientos representa una manera deficiente de incentivar la inversión, pues puede propiciar un sesgo en la inversión de proyectos defectuosos.

5. Bibliografía

Normativa

⁴⁰ Scartascini, C. Valle, J. El papel de la confianza en la elusiva búsqueda de crecimiento económico.

⁴¹ Pinto, João M. (2017).

- Ley número 6170 de 1977 de la República de Costa Rica. Jubilación Miembros Permanentes Cuerpo de Bomberos INS. 29 de noviembre de 1977. Semestre 2, tomo 5, página 1659.
- Ley número 7531 de 1995 de la República de Costa Rica. Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. 13 de setiembre de 1995. D.O. No. 133.
- Ley número 7494 de 1995 de la República de Costa Rica. Ley de Contratación Administrativa. 8 de junio de 1995. D.O. No. 110.
- Ley número 17 de 1943 de la República de Costa Rica. Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social. 27 de setiembre del 2021. Semestre 2, tomo 2, página 299.
- Ley número 10078 de 2021 de la República de Costa Rica. Reforma de la Ley 7531, Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. 24 de noviembre 2021. D.O. No. 227.
- Caja Costarricense del Seguro Social. Reglamento de Inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. 20 de setiembre del 2021. D.O. No. 180.
- Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Reglamento número 11 del 2010. Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. 29 de junio del 2010. D.O. No. 125.
- Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Reglamento número 1452 del 2018. Reglamento de Gestión de Activos. 11 de noviembre del 2018. D.O. No. 203.
- Instituto Nacional de Seguros. Reforma Integral Reglamento del Fondo de Pensiones y Jubilaciones para los miembros del Benemérito Cuerpo de Bomberos. 20 de mayo del 2019. D.O. No. 92.
- Ley número 927 de 1996 de la República de El Salvador. Ley del Sistema de Ahorros para Pensiones. 23 de diciembre 1996. D.O. No.

243.

- Ley número 787 del 2017 de la República de El Salvador. Reformas a la Ley del Sistema de Ahorros de Pensiones. 28 de setiembre de 2017. D.O. No. 180.
- Decreto número 129 del 2020 de la República de El Salvador. Decreto de otorgamiento de la Concesión y Aprobación del Contrato en la Modalidad de Obra Pública de la Terminal de Carga del Aeropuerto Internacional de El Salvador San Óscar Arnulfo Romero y Galdámez.

Artículos y publicaciones:

- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). Asociaciones Público-Privadas: Retos, Lecciones Aprendidas y Soluciones Innovadoras en América Latina y el Caribe, Recuperado de https://courses.edx.org/assets/courseware/v1/8087ed393444b6ba59494e35016e2842/asset-v1:IDBx+IDB8x+1T2021+type@asset+block/M%C3%B3dulo_1._Unidad_1._Lectura_1_.pdf
- Carvallo, E. Powell, A. (marzo, 2019). Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2019. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-macroeconomico-de-America-Latina-y-el-Caribe-2019-Construir-oportunidades-para-crecer-en-un-mundo-desafiante.pdf>
- Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma. (2021, julio 27). Iniciativa de ley y proyecto de decreto para la modernización y ampliación de la terminal de carga aérea. Recuperado de <https://www.cepa.gob.sv/iniciativa-para-modernizacion-y-ampliacion-de-la-terminal-de-carga-aerea/>
- Global Infrastructure Hub. (2022, marzo 15). Infrastructure debt provides attractive and resilient returns for investors. Recuperado de https://www.gihub.org/infrastructure-monitor/insights/infrastructure-debt-provides-attractive-and-resilient-returns-for-investors/?utm_source=linkedin&utm_medium=social+&utm_campaign=Monitor-Mar22
- Pinto, João M. (2017).
- Poder Judicial. (2014). Principios Desarrollados en la Jurisprudencia Constitucional. Recuperado de: <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Principios%20Desarrollados%20en%20la%20Jurisprudencia%20Constitucional.pdf>
- Scartascini, C. Valle, J. (2020, agosto 21). El papel de la confianza en la elusiva búsqueda de crecimiento económico. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de <https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/el-papel-de-la-confianza-en-la-elusiva-busqueda-del-crecimiento-economico/>
- Simón, C., Castillo Martínez, P., Carbonell, S., Menezes, Rosane., Carrion, R., Zapata Oré, G., Montalbán Rojas, J., Ortiz, R., Salinas, F., Cobo, F., Collazo, S., Miranda Barros, C. (2021). Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas. Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Financiamiento-de-Asociaciones-Publico-Privadas.pdf>



La voz como mandato de imputación

Silvia Helena CALVO VARGAS¹

Resumen: Con la llegada de la pandemia por el COVID – 19, se determinó, como regla sanitaria, el uso de mascarillas en el rostro. Lo que es ahora una normalidad, nos debe redireccionar en la búsqueda de nuevas formas de identificar a los autores de las delincuencias de todo tipo, porque cada vez el rostro está menos expuesto; de donde surge la necesidad de utilizar todas las herramientas legales y constitucionales para enfrentar el delito. En ese sentido, al ser la voz una de las características que individualizan al ser humano, debe tomarse como un elemento con el cual se podría – eventualmente – descartar al sospechoso de un delito, sobre todo en la consideración de que se trata de una prueba legal y ordinaria.

Palabras claves: pandemia COVID-19; reconocimiento de voz; elemento de prueba; delito penal; debido proceso.

Abstract: With the arrival of the pandemic of COVID-19, the use of protective mask on the face as an ordinary practice, should redirect the way we identify the perpetrator of a crime, given that the face is less exposed; hence the need to use all the legal and constitutional tools available to identify a suspect. Therefore, the voice of a person is an individualizing characteristic that must be taken into account as an element with which could -eventually- rule out the suspicion of a crime as legal and ordinary evidence.

Key Words: COVID-19 Pandemic; Voice recognition; Evidence; Criminal Offense; Due Process.

¹ Licenciada en Derecho. Actual jueza penal IV ad interim. -Tribunal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Sur..

I.- INTRODUCCIÓN

Isabel (nombre ficticio) es víctima del conocido “secuestro expreso” y, para evitar que sea vista por cercanos o curiosos, es colocada en la cajuela del vehículo, con la puerta cerrada la trasladan de un cajero automático a otro, donde le piden las claves de acceso manteniéndola encerrada. El único contacto de Isabel con sus secuestradores fue a través de la voz, lo cual también la condujo a percibir otros aspectos, como: estados anímicos de sus captores, conversaciones entre ellos, discusiones y ruidos del entorno.

Siendo que Isabel no vio los rostros de sus captores, ¿debemos admitir que aquellos lograron la impunidad? ¿Es lógico admitir que un sentido tan valioso como la voz sea desplazado como prueba de imputación e invisibilizado como un mecanismo valioso al servicio de la Administración de Justicia?

Creo que se debe contestar negativamente a esos cuestionamientos.

Al ser la voz una de las características que individualizan al ser humano, mal hacen los órganos de investigación en no recurrir a ella, como método para resolver los delitos; lo cual sería equiparable a renunciar a la identificación física – en fila de personas – con abandono a la ciudadanía en general y a las víctimas en particular; sin descuidar que uno de los pilares del Ministerio Público y del OIJ es impregnar de objetividad sus investigaciones, siendo la voz un elemento que podría, eventualmente, descartar al sospecho, sobre todo en la consideración de que se trata de una prueba legal y ordinaria, según el numeral 232 del Código Procesal Penal.

La criminalidad avanza y el uso de las redes informáticas y medios electrónicos es cada vez más frecuente, la utilización de teléfonos celulares, domiciliarios, audios y redes sociales

– que además, son gratuitas en algunos casos – son herramientas cada vez más frecuentes que “disfrazan” al autor. En el desarrollo del delito, el autor no disimulará su voz, porque, en caso de hacerlo, sonará falso y acartonado, y esto alertará a la eventual víctima, por eso esa escucha primaria resulta fiable como elemento a comparar.

Sumado a lo dicho, la llegada de la pandemia por el COVID-19 determinó, como regla sanitaria, el uso de mascarillas en el rostro, lo que es ahora una normalidad (mecanismo de cubrirse el rostro, antes reservada a los criminales), el casco en los motociclistas, pasamontañas etc., nos deben redireccionar en la búsqueda de nuevas formas de identificar a los autores de las delincuencias de todo tipo, porque cada vez el rostro está menos expuesto; de donde surge la necesidad de utilizar todas las herramientas legales y constitucionales para enfrentar el delito y que personas como Isabel logren la sanción por los hechos que las perjudicaron.

II.- APOORTE DOCTRINARIO EN EL TEMA DEL RECONOCIMIENTO DE VOZ.

Una de las características de los seres humanos, que nos identifican por ser única e irreplicable – al igual que la huella dactilar - y provoca en los escuchas la capacidad de asociar o identificar al parlante es la voz. Entendemos por tal la forma de manifestación externa con: “... características físicas o cualidades como la altura y duración (que dependen de las vibraciones de las cuerdas vocales y el tiempo que duran, respectivamente) intensidad y timbre”. (<https://www.fundacionunam.org.mx/unam-al-día/la-voz-huella-digital-unica-para-el-humano/> ecisamente el órgano de la voz y el canto)

No existe mayor discusión doctrinaria en cuanto a otorgarle valor probatorio a la voz como

elemento a considerar por los operadores del Derecho Penal, en busca de la individualización efectiva del sujeto autor del delito. Algunos autores la excluyen del listado de pruebas (como ocurre con Levene Ricardo Jr. 1993). Otro autor, Lino Enrique Palacio, al analizar las pruebas en particular, hace referencia a la “inspección judicial”, la cual define como: “...la percepción sensorial directa efectuada por el juez o tribunal sobre personas, lugares o cosas relacionadas con el delito investigado, a fin de verificar su apariencia, cualidades, condiciones, estado o características.” [Palacio, pág. 44]; definición que se ajusta a la prueba del reconocimiento de voz, pero el autor no la introduce en su listado, a pesar de que, más adelante en su obra incluye la definición del reconocimiento de personas: “... el reconocimiento [que] entraña una declaración, formulada por el reconociente, relativa a la coincidencia o falta de coincidencia entre la cosa ya adquirida para el proceso y la que se pone bajo la observación ...” (Palacio, pág. 45); y de la simple lectura debemos concluir en que esta definición alcanza al reconocimiento de la voz. La única referencia que realiza el autor en lo que a la voz se refiere se encuentra en el tema de las intervenciones telefónicas – que se rigen por principios y formalidades diferentes –, a la cual se refiere como las “grabaciones de voz”, pero éstas no requieren el enfrentamiento de la voz del sospechoso intervenido con el finalmente acusado (Palacio, 2000, ver pág. 73).

La razón de la exclusión de la prueba bajo examen se pueda encontrar en que, para este autor, no existe ninguna inspección que no esté sujeta al sistema de escritura, con lo que – de manera consciente - excluye a los sonidos.

La prioridad normativa se le asigna al medio de prueba “inspección judicial” y el reconocimiento de voz se suele tratar dentro de los “otros medios de prueba”; con lo cual ya se denota el papel secundario que se asigna, descuidando su enorme

valía y, sobre todo, dejando de lado que una inspección no se puede limitar a la apariencia que luzca el delincuente y reconozca la víctima.

“La inspección no se restringe a las percepciones visuales (la llamada inspección ocular) pudiendo utilizarse cualquier otro sentido, según la naturaleza del hecho a probar.” (Cafferata pág. 175). Dentro de esas “otras” percepciones que el investigador no debe descuidar se encuentran la audición, las sensaciones cutáneas, las olfativas y gustativas (Varela, cfr. Págs. 60 a 66).

En efecto, por las sensaciones cutáneas es posible percibir la aspereza de una piel o características de los objetos: punzante, romo, etc; por las olfativas y gustativas, la infinidad de olores y sabores que recrearán un escenario y, finalmente, por la audición no sólo la voz de los otros, sino si un ambiente es tumultuoso o no; ejemplos que no se agotan en sí mismos, pero que sirven para resaltar la importancia de las sensaciones.

El artículo 182 del Código Procesal Penal expresa uno de los principios del Derecho Penal, el - cual es la libertad de prueba -. Así: “*Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición en contrario.*”

Este principio es común a varias legislaciones. Guatemala en su Código Procesal Penal del 2020, en el artículo 182, lo inserta, aunque en el numeral 194 solo desarrolla el “reconocimiento corporal o mental con fines de investigación, colocando al imputado como “objeto” de prueba”. El Salvador, en los artículos 174 y 176 del Código Procesal Penal de 2015, reconoce tal principio rector de libertad probatoria, pero limita la inspección a los “lugares del hecho” – artículo 182 -. En Nicaragua, la libertad probatoria se establece en su Código Procesal Penal del año 2001, en los artículos 15

y 16, sin hacer referencia alguna a la inspección de lugares, cosas u otros. Finalmente, para cubrir nuestra área, apuntamos que el Código Procesal Penal de la República de Panamá del año 2018 expresa la libertad probatoria en los numerales 376 y 377 y el numeral 421 a la letra señala: “Reconocimiento de evidencias: Los documentos y objetos pueden ser exhibidos al acusado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos. Antes del reconocimiento de un objeto, se procederá a solicitar a la persona que deba reconocerlo que lo describa. Cuando se disponga el reconocimiento de VOCES, SONIDOS y CUALQUIER ELEMENTO QUE PUEDA SER OBJETO DE PERCEPCIÓN SENSORIAL, se observarán en lo posible las disposiciones previstas para el reconocimiento de personas”.

La normativa procesal penal panameña es la que más se aproxima a la propia redacción costarricense en el artículo 232 del Código Procesal Penal, pero, además, implica un amplificador a las situaciones de hecho, porque incluye: “*cualquier elemento que pueda ser objeto de percepción sensorial*”. Lo que les permite a los panameños incluir elementos de prueba como el gusto o el tacto. Es nuestra consideración que esta amplificación es beneficiosa para el aplicador del Derecho Penal, así como para el investigador judicial y será tema de otro estudio revisar la jurisprudencia de este país del sur para determinar los alcances y contenido que se le ha dado a esta potestad probatoria.

No solo por ese principio rector de **libertad probatoria**, sino por la relación de los artículos 227, 228 y 232 del Código Procesal Penal, es fácil concluir que nuestro sistema admite el reconocimiento de la voz y los sonidos, lo cual sería admisible aun cuando no existieran esos numerales, tal como lo expone Maximiliano Hairabedián: “Aunque no haya previsión legal, de acuerdo al principio de libertad probatoria

que rige nuestro proceso penal, las grabaciones tomadas por particulares o el Estado, han sido admitidas por la doctrina y la jurisprudencia, aunque con distinto alcance. Así, como se le ha reconocido valor probatorio, existen distintos criterios sobre la fuerza conviccional del elemento. En general, si en la grabación no consta la comisión misma del hecho (v.gr. una amenaza) se la ha considerado como un indicio suficiente para orientar una investigación, determinar una imputación, pero incapaz por sí solo y sin autenticación de fundar una condena.” (Hairabedián, 2002. pág. 61). Por ello –según nuestra consideración –, el reconocimiento de voz debe ser aplicado y permitido en los países de Guatemala, El Salvador y Nicaragua.

El valor asignado a la voz del sujeto dependerá de cada caso particular, pero un problema adicional es el “registro” del evento, es decir, del hecho delictuoso, como dice Blinder: “Esto ocurre, entre otras razones, por la confusión entre realidad y registro, propia de los sistemas inquisitivos (*Quod non est in acta non est in mundo*) y nos impide analizar la actividad probatoria en términos de información. Todo lo que llega al proceso son relatos, versiones, información articulada. Datos que se encuentran en el mundo exterior o en la memoria de los sujetos que, de un modo u otro, intervienen en el litigio judicial y que se manifestarán de un modo fragmentario, hasta que finalmente uno de esos sujetos -el juez que ha sido investido del poder para construir con todos esos fragmentos una historia (una historia como relato) le asignará, potestativamente, el valor de verdad.” (Binder, pág. 6).

Del tema del registro no nos ocuparemos en estas líneas, bastando por el momento, reconocer en la doctrina y en los textos de nuestra área el acceso legal y permitido al reconocimiento de voz como fuente de prueba, para lograr la individualización del causante de un hecho delictuoso.

III.- PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA DILIGENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE VOZ

Una vez superado el tema del registro de la voz e introducida esta en el proceso penal, se analizan los fundamentos y modos adecuados de realizar dicha diligencia con miras a resaltar su importancia y utilidad.

El artículo 24 constitucional les da protección a las comunicaciones, pero permite su intervención en los casos previstos por ley. Así:

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

la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.”

Siendo que la normativa procesal penal autoriza la utilización del reconocimiento de voz como mecanismo válido para la identificación del sujeto activo del delito, su constitucionalidad está a buen resguardo. Al igual que con el reconocimiento físico en línea, la diligencia debe iniciar con la resolución fundada del encargado de la investigación, ordenando la ejecución del reconocimiento de voz, lo cual se le notificará a las partes, advirtiéndole su participación activa en la selección de las personas cuyas voces servirán de descarte, limitando el número de ellas a más de **tres**, pero menos de **siete**, lo cual consideramos suficiente material de comparación que cumpla las dos funciones de garantizar la defensa del sospechoso, así como de tornar útil la diligencia.

Se sigue la elaboración del acta previa donde la víctima o el testigo insertan datos importantes que guían a la autoridad que va a realizar el reconocimiento, como son: si asoció la voz a alguna persona conocida, nacionalidad de la persona o si puede establecer algún dato individualizante, por ejemplo, muletilla, tartamudez o algún elemento característico; indicar si determinó un rango de edad, grupo estario; si la voz era aguda o grave y señalar de manera puntual y de la forma más exacta la (s) palabra (s), frase o frases que la persona escuchó, así como el tono, si fue dicha de manera rápida o pausada, en voz alta, baja o a gritos y, finalmente, si demostraba alguna emoción

como ira, rabia, alegría, miedo; para concluir en la ubicación – en caso de haber participación múltiple –, si era el jefe o el subalterno. No debe olvidarse la referencia al lugar: cerrado, abierto, al aire libre, encapsulado, etc.

El acta debe cerrar con la indicación de la víctima si desea participar de la diligencia y si se considera en capacidad de reconocer; además, si – en alguna oportunidad que deberá indicar – ha vuelto a escuchar esa o esas voces. Es importante mencionar que la negativa de la víctima no obstaculiza ni elimina la práctica de la diligencia del reconocimiento, puesto que siempre existirá la posibilidad de que, enfrentada a los descartes, se active la memoria auditiva del reconociente, además, servirá de motivación a la víctima para que no abandone el proceso, sumado a que el artículo 228 del Código Procesal Penal establece que: *“A excepción del imputado, el declarante será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento y prestará juramento de decir la verdad, según sus creencias”*; párrafo del cual debemos derivar que la participación de la víctima es obligatoria y además está sometida al falso testimonio en caso de falsear su identificación. Igual participación obligatoria –y mismas consecuencias– se tendrán en el caso del reconocimiento de voz, puesto que esta diligencia (en caso de resultar positiva la identificación del sospechoso) acarrea serias consecuencias para esa persona inculpada, incluyendo la limitación de su libertad ambulatoria. Es un acto que debe estar revestido de solemnidad y seriedad, como grave es sindicarse a una persona un hecho criminal que no ha cometido.

Teniendo en cuenta lo indicado por la víctima o los testigos, el siguiente paso es la selección de los descartes, en la cual se espera la participación activa del sospechoso, puesto que significa la tutela efectiva de su defensa. Es conveniente para la defensa técnica y material participar en la selección de estos descartes, puesto que con ello

buscarán “disfrazar” o “confundir” a la víctima para que no los reconozca; por ejemplo, aportar como descartes al padre o hermano con quienes compartan tonalidades o fuerza de la voz.

Esta diligencia deberá consignarse tanto en un acta como en un soporte de video, y servirá no solo para un control de la diligencia, sino para que, ante una negativa del imputado, un cambio de voz a propósito de variar el resultado de la diligencia pueda ser utilizado por el fiscal en el momento de emitir sus conclusiones.

Coincidente con lo que sucede en el reconocimiento físico de personas, es absolutamente prohibida la coacción para lograr la participación activa del sospechoso (cfr. artículos 82 incisos f) y g) con 228, todos del Código Procesal Penal); no solo porque la norma lo anuncia prohibitivo como respuesta a la garantía constitucional de no declarar en contra de sí mismo, sino, porque el acto de hablar se involucra a la voluntad. No se debe concluir que, por esta posibilidad de negarse a participar del sospechoso, la diligencia “pierde sentido”, puesto que será un recurso más en manos del investigador judicial del cual echar mano.

Surge aquí una gran diferencia en cuanto al reconocimiento de personas en fila, puesto que el numeral 228 del Código Procesal Penal permite que la diligencia de reconocimiento físico se realice: *“...aún sin el consentimiento del imputado”*, para lo cual se puede recurrir a una vigilancia del sospechoso en la fila; pero en el reconocimiento de la voz, necesariamente, se debe contar con la participación activa del sospechoso.

Siguiendo con el procedimiento, se deberá permitir al sospechoso el número en la lista en que quiera participar en la diligencia y en este punto sugerimos que – previo a la diligencia misma – se repartan números impresos para que cada partícipe escoja su tiempo de hablar. Finalmente,

se permitirá a la víctima escuchar uno a uno a los descartes y al sospechoso, quienes leerán las mismas frases dichas por el infractor penal y si logra reconocer la voz de su atacante, expresará las diferencias y semejanzas escuchadas entre la voz de la persona señalada y la que escuchó y describió en su declaración anterior.

De todo lo anterior, se deberá levantar un acta, donde se consignarán las circunstancias útiles, incluyendo la descripción del espacio en que se realizaron las escuchas, el nombre y domicilio de los que hayan formado la fila de personas cuyas voces fueron escuchadas y el señalamiento positivo o no que logrará la víctima o los testigos.

Es dable resaltar que, la voz que será considerada objeto de prueba incluye no sólo aquellas palabras dichas por el sospechoso al momento de cometer el delito y escuchadas por la víctima; sino también las grabaciones telefónicas “clandestinas” (por ejemplo, aquellas en que no se advirtió al emisor de que estaba siendo grabado), las cuales sí podrán ser sometidas a la comparación de la voz, puesto que, en esos casos – utilizados en las extorsiones, mayoritariamente –, la acción de grabar se debe equiparar a la acción de aquel que actúa en legítima defensa y que elimina la antijuricidad, por tanto, tal grabación “clandestina” pierde el calificativo de ilegal.

Reconocemos que la *fuerza conviccional del reconocimiento de voz* no es autónoma, en el tanto, este solo reconocimiento no servirá para sustentar una sentencia condenatoria, pero sí se erige como un elemento de convicción al juez, capaz de sumar al resto de los elementos de prueba aportados a la encuesta. En consecuencia, debe ser utilizado como otro medio de investigación, que debe ser reforzado con testimonios u otros elementos de prueba.

La jurisprudencia revisada al respecto, si bien no aborda el tema de manera directa como

“reconocimiento de voz”; en los pocos casos que se mencionó, sirvió para “amarrar” la sentencia de condena y la Sala Tercera avaló esa utilización (Resoluciones 787-2013 y 816-2011 de la Sala Tercera y 70-13 del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José.).

IV.- MANUAL AL OPERADOR / INVESTIGADOR

Como aporte a la discusión, se muestra el manual que sugerimos al operador –Ministerio Público – que deberá aplicarse en su dirección funcional en la lucha contra el delito y el descubrimiento del verdadero autor.

1.- Partimos del hecho elemental – valorado por el aplicador - de que cualquier persona/testigo con capacidad auditiva puede someterse a esta prueba; en consecuencia, se excluyen únicamente aquellas personas que sufren una discapacidad auditiva o mental. Con esta información y de manera motivada, ordenará la realización de la diligencia Reconocimiento de Voz que notificará a las partes. Recordando que se trata de un acto definitivo e irreproducible y, por tanto, deben cumplirse las exigencias formales.

2.- Se levantará acta separada donde la víctima o testigos describan la voz escuchada incluyendo aspectos como: a. tonalidad (altura o elevación de la voz); b. agudeza o gravedad; c. emoción revelada (ira, nerviosismo, alegría, euforia, etc.) y, d. grupo etario, nacionalidad o raza.

3.- Una vez se cuente con el material a comparar: frases dichas, descripción de la voz o grabación clandestina, el fiscal con la información brindada por la víctima y testigos confeccionará unas tarjetas o cartulinas donde escribirá en letra de molde o manuscrita legible, la frase o frases por reconocer, haciendo hincapié en la tonalidad y volumen descritos por la víctima.

4.- Con esos datos se seleccionarán a los descartes aportados por la defensa o por el propio instructor – en caso de negativa del primero - . Deben ser personas que sepan leer; si algún descarte fuera analfabeto, no podrá ser rechazado, siempre y cuando pueda memorizar la frase completa y sea capaz de seguir todas las instrucciones que se le den por parte del instructor de la diligencia.

5.- En la selección del “espacio” donde realizar la diligencia, se buscará la mayor semejanza con el lugar donde se cometió el delito: espacio abierto, cerrado, con ruido de fondo o ruido ambiente, etc.

6.- Se instruirá a los descartes para que lean las tarjetas en la tonalidad, velocidad y volumen adecuados.

7.- Se asignará un número de participación seguida para cada uno de los descartes: 1, 2, 3, 4, etc., donde el sospechoso / imputado puede escoger el número que desee. El ingreso al lugar será ordenado y de uno en uno, y serán llamados por el número de cartulina; ese orden no podrá ser variado después de la asignación y consignación en el acta, dándole tiempo a que la víctima o testigo que deba reconocer la voz, pueda oírlo y si es necesario que se repita una o dos veces con el mismo descarte, hasta hacer pasar a todos los descartes.

8.- Se pasará a la víctima al recinto cercano con capacidad total de escuchar a los descartes.

9.- Uno por uno los descartes leerán la (s) frase (s) impresas en las tarjetas.

10.- El imputado deberá decir las mismas frases y en el mismo tono, velocidad y fuerza; sin embargo, si al momento de realizar la diligencia decide guardar silencio, el operador debe continuar con la diligencia, hasta la conclusión del acto. Consignando en esa misma acta, si el

imputado no quiso participar o si realizó algún intento para frustrar la diligencia empleando un tono diferente al que, utilizó en su declaración indagatoria o en los términos en que se le solicitó o cualquier cambio de las palabras o frases.

Este comportamiento del imputado / sospechoso debe ser analizado y utilizado por el fiscal en las fases de apertura a juicio y debate.

11.- Se permitirá a la víctima / testigos escuchar a cada uno de ellos y señalar si reconoce o no la voz de su atacante; con indicación de diferencias o similitudes encontradas.

12.- De todo lo anterior se levantará el acta respectiva.

A modo de conclusión

La voz natural tiene peculiaridades propias que completan la individualidad del ser humano y, a menos que se practique alguna imitación adecuada, las personas estamos en condiciones de reconocer determinadas voces, ya que sea por memoria auditiva, por la particularidad del habla – como ocurre con las diversas nacionalidades – o por la **impresión dejada en las personas** por las circunstancias en que se dijo, como ocurre en la comisión de diversos delitos.

El reconocimiento de voz es un medio de prueba al que no se le ha dado el uso e importancia que tiene y debe incentivarse su aplicación reconociendo su enorme valía en la individualización de las personas que cometen delitos de orden penal.

Nuestro Código Procesal Penal lo reconoce en el numeral 232 “*Otros reconocimientos*” y el trámite para realizarlo es una remisión al reconocimiento de personas en fila, que debe adaptarse a las características propias de la voz y a todo lo que ella revela; entendiendo que la

“descripción de la persona” también incluye su voz y el procedimiento para su aplicación se propone en este artículo, sin - por ello - pretender cerrar el tema.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

Hairabedián, Maximiliano. Inspecciones aéreas de la propiedad privada con fines de investigación. Editorial Mediterránea. Córdoba, Argentina, 2002

Binder, Alberto El régimen de prueba como parte del Sistema de Garantías [en línea disponible en www.enj.org]

Cafferata Nores, José I. La Prueba en el Proceso Penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.-

Palacio, Lino Enrique La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Abeledo – Perrot. Argentina, 2000

Levene Ricardo Jr. Manual de Derecho Procesal Penal, segunda edición. Editorial Biblioteca Jurídica Argentina. Depalma. Tomo II; 1993. Argentina

Varela, Casimiro A. Valoración de la Prueba. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990

Resoluciones judiciales

Resolución número 787-2013 de las 10:21 horas del 21 de junio del 2013 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución número 816-2011 de las 10:15 horas del 29 de junio del 2011 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución número 70-13 de las 15:55 horas del 13 de marzo del 2013 del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José

Códigos y leyes

Código Procesal de Guatemala

Código Procesal de El Salvador

Código Procesal de Nicaragua

Código Procesal de la República de Panamá

Código Procesal de Costa Rica

Direcciones electrónicas

<https://www.fundacionunam.org.mx/unam-al-día/la-voz-huella-digital-unica-para-el-humano/recisamente-el-órgano-de-la-voz-y-el-canto.->



El Derecho Administrativo sancionador en materia de residuos.

Por Carlos MATA COTO ¹

Resumen: La presente investigación jurídica analiza el régimen jurídico de las sanciones administrativas en materia de residuos, a la luz de la Ley 8839, de 24 de junio de 2010, «para la Gestión Integral de Residuos», la Ley 9825, de 9 de julio de 2020, «modificación de la Ley 8839, Ley para la gestión integral de residuos, de 24 de junio de 2010, modificación de la Ley 7554, Ley Orgánica del Ambiente, de 4 de octubre de 1995, y derogación del inciso c) del artículo 85 de la Ley 7794, Código Municipal, de 30 de abril de 1998», así como la Ley 10031, de 4 de octubre de 2021, «Reforma de los artículos 5, 6, 19, 45 y 50, y adición de un nuevo Capítulo IV al Título II de la ley 8839, ley para la Gestión Integral de Residuos, de 24 de junio de 2010». Son de interés las novedades en el régimen sancionatorio, en cuanto a las infracciones y las sanciones que se imponen, considerando, además, las funciones de las municipalidades, el fondo para la gestión integral de los residuos, las obligaciones de los generadores y poseedores de residuos, las normas de aplicación para el debido proceso, las inspecciones y las competencias institucionales. La propuesta metodológica jurídica es confrontar la reforma establecida con los principios

regulatorios del régimen sancionador del Derecho Administrativo y los principios del Derecho Ambiental.

Palabras clave: Derecho Administrativo, sanciones, medioambiente, residuo.

Abstract: This legal research analyzes the legal regime of administrative sanctions in the field of waste in the light of law number 8839, of 24 June 2010, “for the Integral Management of Waste”, law number 9825, of July 9 2020, “modification of Law 8839, Law for the integral management of waste, of June 24, 2010, modification of Law 7554, Organic Law of the Environment, of October 4, 1995, and repeal of subsection c) of article 85 of the Law 7794, Municipal Code, of April 30, 1998” and, law number 10031, of October 4, 2021, that “Reform of articles 5, 6, 19, 45 and 50, and addition of a new Chapter IV to Title II of Law 8839, law for the Integral Management of Waste, of June 24, 2010”. Of interest, the novelties in the sanctioning regime, in terms of the infractions and the sanctions that are imposed, considering also the functions of municipalities, the fund for the integral management of waste, obligations of

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho, doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y cuenta con una especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

generators and holders of waste, implementing rules for due process, inspections and institutional competences. The legal methodological proposal is to confront the established reform with the regulatory principles of the sanctioning regime of administrative law and the principles of environmental law.

Key words: Administrative law. Penalties. Environment. Waste.

Sumario: I. Introducción. II. Las infracciones y las sanciones administrativas en materia de residuos. III. Competencia sancionatoria. IV. Las inspecciones. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Comprendemos las implicaciones perjudiciales que pueden generar los residuos en el medioambiente y la salud, desde la contaminación de los ríos hasta posibles brotes de enfermedades en las ciudades, cuando no son gestionados de una forma adecuada ². El panorama de una inadecuada gestión de los residuos resulta claro en cuanto a los efectos perjudiciales. Por lo que se analizan las sanciones administrativas cuando se presenten actos u omisiones que sean contrarios a la normativa que regula en específico.

El Derecho Ambiental no debe ser estudiado de una manera aislada, no solo por ser los asuntos medioambientales una cuestión multidisciplinaria, sino porque, además, desde su regulación jurídica, existe una interconexión normativa nacional e internacional y, para este caso en particular, desde la regulación del Derecho Administrativo Ambiental. Nos recuerda Jorge Viñuales: «la protección del medio ambiente es un deber

objetivo que incumbe a todos los Estados» ³.

Se expone y analiza la problemática de los residuos dentro del régimen jurídico sancionatorio administrativo ⁴, con base en la legislación existente y sus reformas, los alcances de esta, así como las posibles mejoras para la efectividad del régimen sancionatorio.

La norma en referencia es la Ley 8839, de 24 de junio de 2010, «para la Gestión Integral de Residuos» ⁵, en la que, por primera vez, se logra ordenar y sistematizar todo lo relativo a la gestión de los residuos ⁶, sus principios, funciones administrativas, planes, políticas, información, educación, responsabilidades y sanciones. En el título IV, capítulo I, artículos 52 a 59, se regula lo referente a las infracciones administrativas y las sanciones en materia de residuos, atendiendo los cambios sustanciales de la Ley 9825, de 9 de julio de 2020, «reforma la Ley para la Gestión Integral de Residuos, Ley Orgánica del Ambiente, y el

² Para el Santo Padre FRANCISCO, «21. Hay que considerar también la contaminación producida por los residuos, incluyendo los desechos peligrosos presentes en distintos ambientes. Se producen cientos de millones de toneladas de residuos por año, muchos de ellos no biodegradables: residuos domiciliarios y comerciales, residuos de demolición, residuos clínicos, electrónicos e industriales, residuos altamente tóxicos y radioactivos. La tierra, nuestra casa, parece convertirse cada vez más en un inmenso depósito de porquería. En muchos lugares del planeta, los ancianos añoran los paisajes de otros tiempos, que ahora se ven inundados de basura». *Vid. Carta Encíclica Laudato SI'*, Vaticana, Roma, 2015, p. 19.

³ *Vid.* su trabajo “La protección ambiental en el derecho consuetudinario internacional”, REDI, vol. 69/2, 2017, p. 74.

⁴ *Vid.* MATA COTO, Carlos, “El principio de tipicidad en el Derecho administrativo sancionador (a la luz de la jurisprudencia constitucional)”, *El Foro*, núm. 16, 2014, pp. 121-135.

⁵ La Gaceta N° 135, de 13 de julio de 2010.

⁶ *Vid.* MATA COTO, Carlos, “El régimen jurídico-administrativo aplicable a la gestión de los residuos en Costa Rica”, *El Foro*, núm. 12, 2012, pp. 59-70.

Código Municipal»⁷, así como la Ley 10031, de 4 de octubre de 2021, «Reforma de los artículos 5, 6, 19, 45 y 50, y adición de un nuevo Capítulo IV al Título II de la ley 8839, ley para la Gestión Integral de Residuos, de 24 de junio de 2010»⁸.

El régimen sancionador administrativo como potestad de las administraciones públicas tiene su justificación en el cumplimiento del interés público ante las actuaciones que contravengan la legalidad establecida, cuya eficacia y ejecutividad les corresponde como organización pública⁹.

⁷ Alcance N° 293, a La Gaceta N° 265, de 4 de noviembre de 2020. Vigente desde el 4 de noviembre de 2021.

⁸ La Gaceta N° 209, de 29 de octubre de 2021, que rige a partir de su publicación.

⁹ Al respecto, señala Luciano PAREJO ALFONSO: «el interés general o público se traduce, en un Estado de Derecho, en normas que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados y públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, la cual puede consistir –cuando la contravención se tipifica como infracción y para corregir ésta– en imponer al infractor una sanción en ejercicio justamente de la potestad sancionadora». *Vid. Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 843. Para Tomás CANO CAMPOS: «la simple circunstancia de que un castigo sea impuesto por la Administración supone ya un cambio trascendental derivado de la diversa función constitucional de la Administración y la jurisdicción y de la diferente posición de una y otra ante el derecho, y aunque el legislador tiene un amplio margen de decisión para determinar lo que castiga la Administración y lo que penan los jueces, una vez hecha la opción hay una transformación indefectible. Se trataría, por ello, de aprovechar únicamente los principios y la regulación penal que mejor se adapta, y con las modulaciones que sean necesarias, al Derecho Administrativo sancionador». *Vid. “El autismo del Legislador: La «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, RAP*, núm. 201, 2016, p. 29. En el criterio de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: «el Ordenamiento jurídico-administrativo prevé, para determinadas transgresiones de sus normas, sanciones que pueden imponer los órganos de la Administración pública en un procedimiento administrativo, al margen del proceso penal, sin la intervención del juez. Y lo grave es el impresionante aumento de estas potestades administrativas sancionadoras y la gravedad de las sanciones que puedan llegar a imponerse, superando con

Desde la perspectiva del presente estudio, no se discute comparación alguna entre el Derecho Administrativo sancionador y los delitos penales que se regulan relativos al medio ambiente, pero sí es de interés su complementariedad para la efectividad de las normas relativas a la materia¹⁰. Recordemos que los estudios aislados son improcedentes y el Derecho Ambiental es la mejor demostración de ello. La problemática de los residuos repercute en la salud y la economía de cada país. Además, los asuntos ambientales son globales, comunitarios y de primer orden en

mucho a las penas previstas en el Código Penal. No sólo las multas administrativas alcanzan cifras astronómicas, sino que puede hasta prohibirse el ejercicio de actividades y clausurarse industrias, incidiendo en el sujeto responsable varias vías sancionadoras». *Vid. Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 171. Henry ALEXANDER MEJÍA, por su parte, nos indica: «el Derecho Administrativo sancionador ambiental juega un papel disuasivo en el ámbito de la prevención ambiental. Si bien son aplicables los principios del Derecho Penal estos deben interpretarse y aplicarse en función de los principios rectores del Derecho ambiental: los principios *quien contamina paga y el de prevención*. En consecuencia, cuando la Administración ambiental sancione llevará imbibita la correspondiente reparación de los daños ocasionados a los bienes ambientales. En efecto, la responsabilidad administrativa ambiental se constituye hoy en día en una responsabilidad de Derecho público, donde la Administración dentro del procedimiento sancionador puede tomar las medidas preventivas posibles, a fin de evitar la consumación de tales daños ambientales». *Vid. “Responsabilidad ambiental administrativa. Un análisis de la aplicación de los principios del Derecho Administrativo sancionador”, AFDUC*, núm. 19, 2015, p. 73.

¹⁰ Al respecto, señala Juan Luis FUENTES OSORIO: «la actuación penal medioambiental es accesoria respecto a la administrativa por dos razones: se subordina a ella (el ordenamiento administrativo pasa a determinar algún elemento normativo del tipo o el ámbito de lo permitido) y la secunda (complementa la actuación administrativa dentro del proceso de tutela de un determinado bien jurídico: asumiendo todo el papel sancionador –modelo absoluto– o, lo que es más correcto, actuando como cierre del sistema sancionador sancionador –modelo relativo–)». De su trabajo “¿Delito medioambiental como delito de lesión?”, *RCDA*, vol. 1, núm. 2, 2010, p. 4.

los estudios científicos y las agendas políticas.

Previo al desarrollo del tema que nos ocupa, hago un llamado a favor de las personas que como activistas procuran el respeto de la naturaleza; los defensores del medio ambiente no deben ser objeto de falsas acusaciones, tampoco deben ser perseguidos ni mucho menos criminalizados, en su labor merecen el apoyo de la sociedad civil y la protección del Estado ¹¹.

II. Las infracciones y las sanciones administrativas en materia de residuos

Se trata de una clasificación escalonada que, de forma curiosa en los artículos siguientes, inicia de manera contraria al orden que se sugiere, un error en la técnica legislativa, el cual, al menos, no afecta al fondo del asunto. Sin embargo, vamos a iniciar por el orden sugerido de la clasificación escalonada.

Acertadamente, señala Natalia Veloso Giribaldi: «el principio de tipicidad postula la necesidad de que las conductas punibles estén expresamente previstas en una norma previa a la ocurrencia de la infracción, que a su vez también prevea la sanción aplicable. Así, el principio de tipicidad ha sido definido como “la exigencia de la predeterminación normativa (*lex previa*, *lex scripta*), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados”» ¹².

¹¹ Al respecto, SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo, *Criminalización de personas defensoras de derechos humanos (en el vigésimo aniversario de la declaración sobre defensores de la ONU)*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2019, pp. 33-34.

¹² Vid. “El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo sancionatorio”, RDUM, núm.36, 2019, p. 70. Para Pablo TEJADA CASTILLO, «básicamente consiste en la configuración de la infracción, la clasificación de su

El artículo 52 de la Ley 8839, clasifica las infracciones administrativas correspondientes a la materia de esta ley en leves, graves y gravísimas, lo que ha sido una clasificación muy común en el Derecho Administrativo sancionador.

Algunas peculiaridades estructurales de la Ley 10031 son que se incluye un nuevo capítulo referente a la responsabilidad del productor de residuos prioritarios, lo que obliga a correr la numeración de los artículos de la Ley 8839; carece de transitorios y de derogaciones, además, rige a partir de su publicación, por lo cual se adelanta a la vigencia de las reformas operadas por la Ley 9825 sobre la Ley 8839, lo cual afecta la reforma que se pretendía mediante la Ley 9825 al artículo 55 sobre las infracciones leves, es decir, la reforma a las infracciones leves que se pretendía mediante la Ley 9825 nunca entró en vigencia, pues la entrada en vigencia de esta fue el 4 de noviembre de 2021, siendo la entrada en vigencia de la Ley 10031 el 29 de octubre de 2021.

Así, el artículo 55 establece que se consideran infracciones leves y será sancionado hasta con cinco veces la tarifa que corresponda, de acuerdo con la categoría asignada, quien: a) gestione los residuos ordinarios en condiciones contrarias a las establecidas en las disposiciones municipales sobre el servicio de recolección y disposición de residuos, no contemplados en el artículo 54 de la presente ley; b) importe al territorio nacional o entregue envases, recipientes o empaques de poliestireno expandido en cualquier establecimiento comercial ¹³ y c) incumpla con lo establecido en la Ley 9786, para combatir la

gravedad y la determinación de la sanción específica que corresponde aplicar». Vid. “Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales”, RDA, núm. 11, 2019. p. 61.

¹³ Ley N° 9703, de 15 de julio de 2019, «para la prohibición del poliestireno expandido, reforma Ley para la Gestión Integral de Residuos», publicada en el Alcance N° 176, a la Gaceta N° 147, de 7 de agosto de 2019.

contaminación por plástico y proteger el ambiente¹⁴. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental, así como el pago de los costos en los que haya incurrido la municipalidad en recoger y disponer los residuos correctamente.

Lo relativo al poliestireno expandido y la contaminación por plástico puede superar, según la gravedad de los hechos, su consideración como infracciones leves. Ambos se han constituido en grandes agentes que deterioran significativamente el medio ambiente y la salud.

La referencia a las infracciones leves inicia por el tipo de residuos, se trata de residuos calificados como ordinarios, cuya gestión no se adecúe a los servicios de recolección y disposición según las disposiciones municipales. Recordemos que la Ley 8839, en el artículo 6, define por residuos ordinarios los de carácter doméstico generados en viviendas y en cualquier otra fuente, que presentan composiciones similares a los de las viviendas, excluyendo los que sean de manejo especial o peligroso, regulados en la ley y su reglamento.

Se requiere de previo una serie de obligaciones, a las que las mismas autoridades administrativas se deben comprometer. La recolección y disposición de los residuos requiere de normas técnicas que también repercuten sobre la ciudadanía, en el entendido de que la gestión de los residuos cumpla con parámetros de gestión adecuados al medio ambiente y la salud. Nuestras ciudades y pueblos siguen careciendo de una infraestructura adecuada para la gestión de los residuos que faciliten a los ciudadanos una mejor colaboración con los gestores encargados de estos, tales como mayor cantidad de basureros en las zonas peatonales, en parques y unidades en que sea posible la

clasificación de los residuos de los cuales se desea deshacer. Esto es parte de los objetivos de la Ley 8.839, como se señala en el artículo 2, incisos e), promover la creación y el mejoramiento de la infraestructura pública y privada necesaria para la recolección selectiva, el transporte, el acopio, el almacenamiento, la valorización, el tratamiento y la disposición final adecuada de los residuos, entre otros y, f) promover la separación en la fuente y la clasificación de los residuos, tanto por parte del sector privado y los hogares, como de las instituciones del sector público.

El artículo 54 señala que se considerarán infracciones graves y serán sancionadas hasta ocho veces la tarifa más alta del servicio de manejo de residuos de cada municipalidad, las siguientes: a) disponer residuos ordinarios por vía de quema, enterramiento de residuos no orgánicos o abandono de residuos ordinarios en la vía pública, sistemas de alcantarillados, nacientes, cauces de agua y sus zonas de protección; así como en propiedad privada no autorizada para tales fines; b) comprar, vender, almacenar y tratar residuos valorizables ilícitamente, c) recolectar de la vía pública residuos valorizables ilícitamente; d) brindar de forma ilegal o contraria a las disposiciones municipales el servicio de recolección y disposición de residuos. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental, así como el pago correspondiente a los costos en los que haya incurrido la municipalidad.

Las infracciones graves tienen en común con las infracciones leves la regulación de los residuos ordinarios, sin embargo, se enfatiza en la disposición y valorización de los residuos ordinarios. De conformidad con el artículo 6, de la Ley 8839, la valorización es el conjunto de acciones asociadas, cuyo objetivo es recuperar el valor de los residuos para los procesos productivos, la protección de la salud y el ambiente.

¹⁴ Ley N° 9786, de 26 de noviembre de 2019, «para combatir la contaminación por plástico y proteger el ambiente», publicada en el Alcance N° 272, a la Gaceta N° 233, de 6 de diciembre de 2019.

El artículo 53 señala que se considerarán infracciones gravísimas, sin perjuicio de que constituya delito, las siguientes: a) gestionar, almacenar, valorizar, tratar, depositar y disponer residuos peligrosos o residuos de manejo especial declarados por el Ministerio de Salud, en lugares no autorizados o aprobados por las autoridades competentes o en condiciones contrarias a las establecidas en las disposiciones correspondientes; b) mezclar residuos ordinarios con residuos peligrosos, contraviniendo lo dispuesto en esta ley y demás ordenamientos que de ellas deriven; c) comprar, vender y almacenar material valorizable robado o sustraído ilícitamente; d) quemar, incinerar, enterrar, almacenar o abandonar residuos peligrosos, en sitios no autorizados y e) transportar residuos peligrosos, sin la autorización correspondiente. Sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental, las infracciones gravísimas se sancionarán con una multa de 100 a 200 salarios base, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 7337, de 5 de mayo de 1993, que «crea el concepto de salario base para delitos especiales del Código Penal»¹⁵, y con el pago del daño ambiental.

Un régimen de sanciones a base de una banda de montos en colones hubiera sido una opción más clara para los infractores de la legislación de residuos, con base en el principio de seguridad jurídica.

Lo más destacado en las infracciones gravísimas, que las diferencia de las infracciones graves y leves, es la referencia a los residuos peligrosos, determinándose la infracción por los actos contrarios a la normativa que regula la gestión adecuada de tales residuos.

Como afirma María Calvo Charro: «el recurso a las medidas represivas no viene a ser sino el reconocimiento del fracaso de la normativa o la

demostración de la escasa aceptación social de las decisiones administrativas»¹⁶. Se encuentra ausente en el régimen sancionatorio sobre las infracciones cometidas en materia de residuos lo relativo a la prescripción, la cual debe ser precisa por un tema de seguridad jurídica. Las infracciones cometidas deben tener un plazo de prescripción.

Ciertas áreas del Derecho Administrativo han logrado fijar plazos de prescripción precisos, como en materia tributaria y municipal, lo cual es acorde a los principios de legalidad, seguridad jurídica y eficiencia administrativa. En el Derecho ambiental, las distintas áreas deben procurar avanzar al respecto. Sin embargo, el asunto varía cuando los efectos sean continuados y claro está, las infracciones continúan, así como los daños y perjuicios. El término de la prescripción en la materia de estudio enfrenta dos principios: el de seguridad jurídica propio del Derecho y el de quien contamina-paga, propio de la política ambiental acogido por el Derecho Ambiental, mas, lo determinante de la prescripción refiere, en primer orden, a la inactividad administrativa¹⁷.

El numeral 57 de la Ley 8839 señala que las sanciones estipuladas se aumentarán en un tercio, cuando quien resulte responsable por acción u omisión sea un funcionario público o de hecho que tenga dentro de sus funciones, obligaciones relacionadas con la gestión de residuos. Pudiéndose imponer una inhabilitación especial, la cual consiste en la pérdida del cargo público y la imposibilidad de ser nombrado nuevamente en cualquier cargo público durante cinco años, sin perjuicio de las sanciones penales y civiles aplicables.

¹⁵ La Gaceta número 92, de 14 de mayo de 1993.

¹⁶ Vid. su obra *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons-Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 13.

¹⁷ Vid. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 550.

Si ciertamente el objetivo de las sanciones es desalentar las infracciones, también es cierto que los otros campos de la legislación de residuos se deben fortalecer, tales como una adecuada educación ciudadana en el reciclaje de residuos, infraestructura y tecnologías de punta en la gestión de los residuos; un adecuado y creciente financiamiento de los planes de residuos; así como un verdadero cumplimiento de la responsabilidad por parte de las empresas en cuanto a la internalización de costos por la producción de residuos.

III. Competencia sancionatoria

El artículo 52 de la Ley 8839 incluye un segundo párrafo que se refiere a la competencia institucional para el trámite de las sanciones. Así, las sanciones de las infracciones leves y graves son competencia de la municipalidad correspondiente al cantón donde se realizó la infracción y las infracciones gravísimas son competencia del Tribunal Ambiental Administrativo.

Resulta interesante lo que se pretendía en cuanto a la competencia para el trámite de las sanciones en materia de residuos, del proyecto de ley modificación de la Ley 8839, ley para la Gestión Integral de Residuos, de 24 de junio de 2010 y modificación de la Ley 7554, Ley Orgánica del Ambiente, de 4 de octubre de 1995, expediente 20875¹⁸. Se pretendía que el artículo 104 de la Ley Orgánica del Ambiente, en cuanto a la integración del Tribunal Ambiental Administrativo, estuviera integrado por dos salas y que la sala segunda se ocupara exclusivamente de conocer los recursos de apelación contra la sanción impuesta por la autoridad municipal, al amparo de la Ley 8839.

En el caso de las infracciones gravísimas, el artículo 29, inciso g), de la Ley 8839, señala que

los montos provenientes de tales infracciones, así como los intereses moratorios generados formarán parte del Fondo para la Gestión Integral de Residuos, con el fin de alcanzar los objetivos de la ley.

El nuevo artículo 55 bis, denominado Normas de aplicación práctica, en lo que interesa, dispone en los incisos g) y j): g) las sanciones por las infracciones a los artículos 54 y 55 de la ley se cancelarán en un plazo de ocho días hábiles siguientes a su firmeza, en la municipalidad en cuyo territorio se cometió o en cualquier banco del sistema bancario nacional, con los que cada municipalidad establezca convenios. En caso de incumplimiento de pago, devengarán intereses moratorios equivalentes al promedio simple de las tasas activas de los bancos estatales para créditos del sector comercial y, en ningún caso, podrá exceder más de diez puntos de la tasa básica pasiva fijada por el Banco Central de Costa Rica, según el artículo 57 de la Ley 4755, Código de Normas y Procedimientos Tributarios, de 4 de junio de 1971; lo anterior deberá ser advertido en la boleta de infracción, salvo de las multas cobradas por medio del Instituto Nacional de Seguros, las cuales no devengará intereses; j) los recursos económicos que cada municipalidad recaude, por las sanciones impuestas y sus intereses, tendrán por destino financiar actividades del Plan Municipal para la Gestión Integral de Residuos.

Lo que resuelva el Tribunal Ambiental Administrativo, de conformidad con los artículos 103 y 111, inciso d), de la Ley 7554, de 4 de octubre de 1995, «Orgánica del Ambiente»¹⁹, es irrecurrible, agota la administrativa, de acatamiento estricto y obligatorio. En el caso de los entes locales, de conformidad con el artículo 55 bis, inciso h), los recursos por parte del infractor obedecerán a lo establecido en el artículo 171 de la Ley 7794, Código Municipal, de 30 de abril

¹⁸ Publicado en el Alcance número 142 a La Gaceta número 143, de 8 de agosto de 2018.

¹⁹ La Gaceta número 215, de 13 de noviembre de 1995.

de 1998²⁰, es decir, decisiones de funcionarios municipales que no dependen directamente del Concejo tendrán el recurso de revocatoria ante el órgano que lo dictó y de apelación ante la Alcaldía Municipal. Además, cualquier decisión de la Alcaldía Municipal emitida directamente o conocida en alzada, contra lo resuelto por algún órgano municipal jerárquicamente inferior, estará sujeta a los recursos de revocatoria ante la misma Alcaldía y de apelación ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, lo que se conoce como jerarquía impropia.

El artículo 55 bis, que aparenta ser una carta bajo la manga, resalta la duda de su verdadera necesidad. Es cuestionable la regulación del debido proceso, por un lado, haciendo referencias a deberes que propiamente ya existen en el ordenamiento jurídico, y que en realidad lo que se requiere es el cumplimiento de las funciones por las autoridades correspondientes. En segundo lugar, si bien es cierto, se trata de la defensa del medio ambiente y la salud, es cuestionable la aplicación del debido proceso y el Derecho de defensa, ante la obligación de cancelar de forma inmediata la supuesta sanción.

El artículo 56 de la Ley 8839 que trata sobre el deber de denuncia ante el Tribunal Ambiental Administrativo, cuando se presume el daño ambiental o las infracciones gravísimas, el Ministerio del Ambiente y Energía, el Ministerio de Salud, las municipalidades o cualquier otra autoridad de policía presentarán la denuncia ante dicho Tribunal e incluso cualquier persona, física o jurídica, podrán presentar denuncias ante el Tribunal y las instancias judiciales correspondientes por violaciones a la ley.

IV. Las inspecciones

El artículo 58 de la Ley 8839 se refiere a

las labores de inspección que deben realizar los funcionarios del Ministerio de Salud y de las municipalidades, con plena autoridad de policía y fe pública, las cuales serán para verificación, seguimiento o cumplimiento de la normativa relativa a la gestión integral de residuos. Se trata de una inspección de carácter ambiental²¹. Es parte de un todo. El régimen sancionador es un complemento de la preservación ambiental. Al respecto, señala Or-El Centeno Ureña: «no se puede pretender que, por el hecho de sancionar infracciones ambientales, se da por sentada la preservación al medio ambiente»²².

Se debe apoyar la especialización de inspectores medioambientales, personeros del Estado y de los entes locales que cuenten con el suficiente conocimiento y preparación para hacer respetar la normativa referente a la protección del medio ambiente. Funcionarios especializados en materias que lo ameritan, como la regulación de los residuos, en beneficio del interés público²³.

²¹ Al respecto, señala Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, «se trata, por tanto, de una competencia de disciplina o policía administrativa. Y, debido a esta naturaleza ejecutiva, es claro que la actividad inspectora en materia ambiental se dirige a la protección del medio ambiente. El Estado se reserva competencias inspectoras en determinados ámbitos, como los traslados de residuos, en materia de vertidos al dominio público hidráulico en cuencas, o en materia de vertidos al dominio público marítimo-terrestre». De su artículo “Instituciones Jurídicas del Derecho Ambiental”, *RFDM*, tomo LXVII, núm. 268, 2017, p. 36.

²² *Vid.* “Crítica a los fines de las sanciones ambientales administrativas”, *Hermenéutica*, edición especial de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2013, p. 37.

²³ Al respecto, para Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, «los inspectores pueden llegar a tener un conocimiento elevado respecto de la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas y de los actos administrativos que regulan a un determinado sector. Son portadores de información valiosa para la configuración de nuevas modalidades, planes o programas de inspección, que tengan en consideración las particularidades propias de la realidad frente a la cual ellos se enfrentan en el ejercicio de sus funciones». *Vid.* “Instituciones Jurídicas...”, p. 34.

²⁰ La Gaceta número 94, de 18 de mayo de 1998.

La normativa debe ser actualizada para un mejor desempeño de las labores de inspección de los funcionarios públicos en las administraciones públicas, concretamente en eficiencia, independencia y conceptualización. En la Ley Orgánica del Ambiente, se encuentran referencias a las inspecciones y las actas. El artículo 89 refiere a las inspecciones que deben realizar los miembros de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en la materia, así como de las resoluciones que dicten. Se estipula que las inspecciones deberán efectuarse de forma periódica o cuando las autoridades competentes lo consideren conveniente, siendo que de las inspecciones se levantará un acta. El artículo 108, que se refiere a las labores del Tribunal Ambiental Administrativo en la atención de las denuncias, menciona la solicitud de inspecciones en la etapa de investigación, permitiendo que las partes o sus representantes y sus abogados tengan acceso a las actuaciones relativas a la denuncia tramitadas ante el Tribunal, incluyendo las actas donde consta la investigación de las infracciones.

El artículo 58 de la Ley 8839 señala que los funcionarios del Ministerio de Salud y los entes locales, durante la realización de las inspecciones, tendrán libre acceso a las instalaciones o sitios de inspección, pudiéndose hacer acompañar de expertos y de la Fuerza Pública. En caso de que se encuentren indicios de incumplimiento de la ley o la reglamentación, se le notificará al responsable el inicio del procedimiento, todo en respeto del debido proceso. Como se puede apreciar, la norma otorga la posibilidad para que, de inmediato, de encontrarse algún incumplimiento a la normativa, se inicie un procedimiento administrativo, contra el presunto responsable, lo que implica para la administración respectiva eficiencia, ahorro de tiempo y de recursos, así como agilidad en sus labores de fiscalización.

Ahora, ¿qué tal si los incumplimientos

que se encontrasen durante las labores de inspección sean de tal gravedad que impliquen serios problemas para el medio ambiente y la salud humana, inclusive de irreversibilidad? Una actuación inmediata sería lo más lógico y producente, para lo cual los inspectores deberían proceder con medidas preventivas e inmediatas o, de igual forma las autoridades competentes, *v. gr.*, el artículo 93 de la Ley 6/2011, de 17 de febrero, «de residuos y suelos contaminados de Galicia»²⁴, señala como medidas provisionales: a) medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del daño, b) precintado de aparatos, equipos o vehículos, c) clausura temporal, parcial o total del establecimiento y d) suspensión temporal de la autorización para el ejercicio de la actividad por parte de la empresa.

El artículo 59 señala que, cuando el mismo infractor sea sancionado por cometer una infracción a esta ley, en más de dos ocasiones en el plazo de un año calendario, el Ministerio de Salud o la municipalidad, de acuerdo con sus competencias, podrán cerrar hasta por tres días los locales comerciales; suspender o revocar las patentes, las licencias, los permisos y los registros necesarios para la realización de las actividades que hayan dado lugar a la comisión de las infracciones. Antes, era una potestad que se le otorgaba solo al Ministerio de Salud, y no se indicaba concretamente las razones de tipicidad para que se procediera con este tipo de sanciones. El legislador ha optado por una mayor objetividad, más claridad, pues la norma era imprecisa, siendo que el administrado se enfrentaba a los criterios de discrecionalidad del Ministerio.

Las infracciones administrativas a la legislación de residuos pueden ir más allá de las sanciones administrativas establecidas, siendo el caso de daños y perjuicios, el sujeto que las

²⁴ Comunidad Autónoma de Galicia, DOG núm. 38, de 25 de febrero de 2021, BOE núm. 78, de 1 de abril de 2021.

ocasiona deberá responder mediante la reparación y la indemnización, lo cual amplía el ámbito de respuesta por la infracción a la normativa, involucrando más autoridades que deben defender el medio ambiente, como lo son los jueces de las distintas jurisdicciones judiciales cuya materia les compete. La reparación y la indemnización deben ser asuntos que resuelvan tanto las municipalidades como el Tribunal Ambiental Administrativo. El tema de la reparación resulta ser altamente complejo en materia de Derecho Ambiental, pues si un sujeto infractor está poco preparado para responder por daños ambientales, mucho menos lo estará para reparaciones, puesto que las cosas deben dejarse tal como se encontraban o en mejores condiciones.

Los tres tipos de sanciones administrativas no excluyen de ninguna manera la posibilidad de exigir las reparaciones e indemnizaciones por el daño ambiental ocasionado, ubicándonos en materia de Derecho Civil Ambiental.

V. Conclusiones

1. El protagonismo de los entes locales debe ser mayor, con base en el principio del Derecho ambiental de proximidad, propiamente en la gestión de los residuos, siendo los primeros interesados en lo que a las sanciones se establezcan por incumplimiento de la ley. Los cambios estructurales a la ley desde los trabajos de inspección hasta el manejo de los fondos se deben guiar por políticas ambientales eficientes, en el ámbito local.

2. El asunto de los inspectores y la fiscalización en el ámbito de las municipalidades pone sobre el tapete, la necesidad cada día mayor de proteger el medio ambiente, con mayor rigor y seriedad, haciendo los ajustes que sean necesarios en la normativa y el presupuesto, para que rinda los efectos deseados sobre los bienes naturales que se deben tutelar.

3. La división competencial entre las municipalidades y el Tribunal Ambiental Administrativo puede resultar en un alivio para este último en su desempeño que, si bien resuelve las sanciones de mayor peso, no se puede perder de vista la perspectiva global en el régimen sancionatorio de los residuos. Un régimen de apelaciones hubiera sido lo más adecuado creando una sala administrativa especializada, sin embargo, la separación competencial sancionatoria entre leves y graves, por un lado, y gravísimas por otro, parece responder más a la realidad política administrativa organizativa en Costa Rica.

4. Sobre la tipicidad de las sanciones. El régimen de las infracciones goza de cierta claridad por la separación de residuos en ordinarios y peligrosos, de lo que se obtiene la clasificación en leves, graves y gravísimas, sin embargo, surge la duda con respecto a las leves, pues se incluyen dos incisos: b) y c), mediante la Ley 10031, que podrían incluso según la magnitud de los hechos, clasificarse de gravísimas. Y, en cuanto a las sanciones establecidas, por las reformas que se han operado a la ley, posiblemente para las administraciones públicas pueden ser claras, pero no tanto así para los administrados que, en caso de tener que enfrentarse a un procedimiento administrativo sancionador, tendrán que averiguar cuánto es cinco veces la tarifa, cuánto es ocho veces la tarifa más alta y cuánto es una multa de 100 a 200 salarios base. Montos precisos a través de una banda de multas por montos en colones hubiera sido una mejor opción. En el Derecho, las reglas deben ser claras para todos.

VI. Bibliografía

ALEXANDER MEJÍA, Henry, “Responsabilidad ambiental administrativa. Un análisis de la aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador”, *AFDUC*, núm. 19, 2015, pp. 53-77.

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “Instituciones Jurídicas del Derecho Ambiental”, *RFDM*, tomo LXVII, núm. 268, 2017, pp. 15-55.
- CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons-Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.
- CANO CAMPOS, Tomás, “El autismo del Legislador: La «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, *RAP*, núm. 201, 2016, pp. 25-68.
- CENTENO UREÑA, Or-El, “Crítica a los fines de las sanciones ambientales administrativas”, *Hermenéutica*, edición especial de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2013, pp. 27-39.
- FRANCISCO, el Santo Padre, *Carta Encíclica Laudato SI'*, Vaticana, Roma, 2015.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, “¿Delito medioambiental como delito de lesión?”, *RCDA*, vol. 1, núm. 2, 2010, pp. 1-61.
- GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2013.
- MATA COTO, Carlos, “El régimen jurídico-administrativo aplicable a la gestión de los residuos en Costa Rica”, *El Foro*, núm. 12, 2012, pp. 59-70.
- “El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (a la luz de la jurisprudencia constitucional)”, *El Foro*, núm. 16, 2014, pp. 121-135.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SANTIAGO JUÁREZ, Rodrigo, *Criminalización de personas defensoras de derechos humanos (en el vigésimo aniversario de la declaración sobre defensores de la ONU)*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2019.
- TEJADA CASTILLO, Pablo, “Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales”, *RDA*, núm. 11, 2019, pp. 56-87.
- VELOSO GIRIBALDI, Natalia, “El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio”, *RDUM*, núm.36, 2019, pp. 69-84.
- VIÑUALES, Jorge, “La protección ambiental en el derecho consuetudinario internacional”, *REDI*, vol. 69/2, 2017, pp. 71-91.



Tratamiento jurídico de los créditos laborales en el proceso concursal conforme a la nueva legislación concursal.

Por: Daniel JIMÉNEZ MEDRANO¹

Resumen: En el presente artículo se expone la manera en que la legislación nacional aborda la temática de los créditos laborales dentro del marco de la nueva ley concursal. Para lo anterior, resulta necesario analizar la naturaleza del proceso concursal y sus diversos enfoques, con el fin de evaluar de qué manera se ven afectadas las personas trabajadoras tanto en el reconocimiento de su crédito como en el pago de las sumas adeudadas, así como su orden de prelación respecto a los demás acreedores. Mediante el planteamiento de cada uno de estos escenarios, se pretende visibilizar las diversas aristas jurídicas que envuelven este caso en particular.

Palabras claves: Trabajadores, procesos concursales con enfoque preventivo, procesos concursales con enfoque liquidatorio.

Abstract: This article exposes the way in which national legislation addresses the issue of labor credits within the framework of the new bankruptcy law. For the above, it is necessary to analyze the nature of the bankruptcy process and its various approaches, to assess how the workers are affected both in the recognition of their credit, and in the payment of the sums owed, and their order of priority with respect to other creditors. Through the approach of each of these scenarios, it is intended to make visible the various legal aspects that involve this particular case.

Keywords: Workers- Reorganization in Bankruptcy- Bankruptcy proceedings

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Hispanoamericana de Costa Rica. Especialista en Derecho Civil por parte de la Escuela Judicial de Costa Rica. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Comercial por la Universidad Latina de Costa Rica. Docente de Juicios Universales en la Universidad Hispanoamericana. Actualmente, ejerce como juez civil de la República de Costa Rica. Email: danieljimenezm1991@gmail.com

Sumario: Introducción. I. Procesos concursales conforme a la nueva Ley Concursal. II. Efectos generales de la apertura de un proceso concursal sobre los trabajadores. III. Efectos de la apertura

de un proceso concursal sobre los procesos judiciales interpuestos por los trabajadores. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

De manera introductoria, cabe destacar que el objetivo de estas palabras es desarrollar algunos cuestionamientos relacionados con los retos actuales a los que se enfrentan las personas trabajadoras, al momento de abordarse la temática del reconocimiento y pago de los créditos laborales, conforme a la nueva legislación concursal.

En la actualidad, de manera diaria, se observan noticias a nivel nacional de empresas que se someten a procesos concursales, debido a la situación socioeconómica que atraviesa el país. Lo anterior implica que las personas trabajadoras se encuentren inmersas dentro de dicha problemática, de ahí que resulte necesario abordarla.

En este sentido, es una realidad que pocas veces se han efectuado análisis jurídicos de los procesos concursales a la luz de los derechos laborales. Esto se ve también reflejado en el abordaje legislativo en dicha materia, ya que, históricamente, las leyes concernientes al Código de Trabajo, Código Civil, Código de Comercio y Código Procesal Civil de 1989 realizan un desarrollo escaso en lo que respecta a este tema.

Dentro del ámbito sociojurídico, existen diversas dudas cuando una empresa se somete a un proceso concursal y surgen cuestionamientos de diversas índoles, como los siguientes: ¿las personas trabajadoras requieren acudir a un tribunal laboral o concursal para reclamar sus derechos? ¿Sus derechos se ven disminuidos debido a la apertura de un proceso concursal?

¿Cuál es su orden de preferencia en el pago respecto a los demás acreedores de la empresa? Estos cuestionamientos son algunos ejemplos, sin embargo, existen muchos otros que se pretende abordar en este artículo, sin que eso implique un abordaje total de las diversas aristas de esta problemática.

Por otro lado, a partir del 1 de diciembre de 2021, entró a regir la nueva Ley Concursal, la cual viene a efectuar un cambio de paradigma en muchos ámbitos, de ahí que el presente artículo se enfoca en esta nueva legislación, la cual efectúa un esfuerzo significativo en desarrollar la afectación a las personas trabajadoras dentro de los procesos concursales. No obstante, se debe aclarar que la legislación tradicional de los procesos concursales continúa vigente para los procesos interpuesto previo a la entrada en vigencia de esta nueva ley, según se concluye de la Ley Concursal en su transitorio primero, reflejado en el artículo 75.1, el cual establece en lo que interesa:

“Los procesos de concurso civil de acreedores, convenio preventivo, quiebra y administración y reorganización con intervención judicial, promovidos antes de la entrada en vigencia de la presente ley, continuarán rigiéndose por la legislación anterior.”

Sin embargo, cuando en un proceso de convenio preventivo o de administración y reorganización con intervención judicial, conforme a la legislación anterior, proceda la declaratoria de quiebra o de concurso

civil de acreedores, se procederá a la apertura de la fase de liquidación y se continuará el proceso conforme a la nueva Ley Concursal de Costa Rica (...)”.

De manera inicial, resulta necesario señalar que los procesos de ejecución colectiva son las herramientas jurídicas diseñadas por la persona legisladora para otorgar una respuesta a los acreedores y a los deudores, en aquellos casos en que este último presente problemas financieros producto de un desequilibrio patrimonial entre sus activos y pasivos; lo que conlleva a una insuficiencia patrimonial para asumir el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Así las cosas, resulta valioso manifestar que, dentro de la dinámica de los intereses de los acreedores, y de los bienes que responden por las obligaciones, estos procesos se basan en tres principios fundamentales: 1) Principio de igualdad de acreedores (*Par Conditio Creditorum*), 2) Principio de Universalidad Subjetiva y 3) Principio de Universalidad Objetiva, los cuales encuentran respaldo en los artículos 3.1; 3.2; y 3.3 de la Ley Concursal. Es importante hacer la salvedad de que la Ley Concursal contempla en el artículo tercero, otros principios concursales merecedores de igual importancia, pero que no serán desarrollados con profundidad, con motivo del contexto del tema por abordar.

Para los efectos, interesa ampliar sobre los tres principios mencionados inicialmente. El principio de igualdad de acreedores tiene asidero legal, en primera instancia, en el artículo 33 de la Constitución Política, el cual reza así: “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”. Asimismo, el ordinal 3.1 de la Ley Concursal establece: “*Salvo las disposiciones especiales que establezca la ley, en el concurso se tratará de manera igualitaria y proporcional a sus créditos a los acreedores de una misma clase,*

independientemente del vencimiento y fuente de las obligaciones”.

El principio antes citado hace mención de que se tratarán de manera igualitaria los acreedores de igual clase o categoría, esto quiere decir que los acreedores de distinta categoría o clases no pueden ser tratados bajo los mismos términos. Este elemento es uno de los principales factores disímiles respecto de los procesos de ejecución individual, ya que los procesos concursales pretenden que todos los acreedores soporten de manera proporcional las pérdidas originadas de la crisis económica del deudor y, con esto, evitar que solo algunos acreedores se vean favorecidos, como sucedería con un proceso de ejecución individual, primando en el concurso el interés de la colectividad sobre el interés individual.

La legislación nacional establece diversas clases de acreedores, ya sean acreedores de la masa, o bien, acreedores concursales con privilegio especial, privilegio general, comunes o subordinados; tal como se desprende de los artículos 33 y 34 de la Ley Concursal, siendo ese el orden en que deben pagarse los créditos. Sin embargo, es una temática que se aborda de manera posterior.

Por otra parte, se encuentra el principio de universalidad subjetiva. En síntesis, este principio hace referencia a la obligatoriedad de todos los acreedores comunes de apersonarse al proceso concursal a cobrar sus créditos (artículo 3.3 de la Ley Concursal). De ahí que se deba suspender cualquier proceso cobratorio, que pretenda ejercer de manera particular el cobro en contra de la persona concursada, con excepción de las defensas procesales dispuestas por ley.

Por último, en lo que respecta al principio de universalidad objetiva (artículo 3.2 de la Ley Concursal), a diferencia del anterior, este no centra su atención sobre los acreedores, sino sobre

los activos que ostente la persona concursada. Esto quiere decir que, en un proceso concursal, se ve afectado todo el patrimonio embargable del deudor, el cual responderá por todas las obligaciones adquiridas por este. Lo anterior encuentra sustento en los artículos 981 y 984 del Código Civil, además del 30.1 de la Ley Concursal. Precisamente, con motivo de la universalidad objetiva, se diseñan diversos mecanismos legales instituidos para recuperar todos aquellos bienes que hayan salido del patrimonio del deudor de una manera irregular.

II. Proceso concursal conforme a la nueva Ley Concursal

Existen dos enfoques dentro del ámbito de los procesos concursales, aquellos con una finalidad preventiva y otros con un enfoque liquidatorio. Los primeros tienen una finalidad muy clara: el salvamento de las personas deudoras que pasan por crisis económicas superables, por lo que son instrumentos que previenen la “muerte” financiera o comercial. Por otro lado, los liquidatorios tienen como único fin la liquidación de la totalidad del patrimonio embargable de las personas concursadas, para su posterior distribución entre los acreedores.

Bajo la anterior legislación, estos dos enfoques se dividían en cuatro procesos: Administración y Reorganización con Intervención Judicial; Convenio Preventivo; Quiebra y Concurso Civil de Acreedores. Esto se modificó con la nueva legislación concursal, misma que contempla un único proceso concursal flexible (artículos 2 y 3.9 de la Ley Concursal); el cual, según las circunstancias, podrá tener un enfoque preventivo o liquidatorio, pero sigue siendo solo un proceso.

La existencia de un solo proceso concursal promueve una mayor simplicidad en el proceso, dejándose de lado diferencias odiosas que

efectuaba la anterior legislación respecto a los presupuestos subjetivos y objetivos de los deudores, de esta manera, se impulsa un proceso integrado y un sistema cohesionado.

III. Efectos generales de la apertura de un proceso concursal sobre las personas trabajadoras

En caso de que se decreta la apertura de un proceso concursal por parte de un patrono, lo primero que debe saber la persona trabajadora es que la concursalidad no faculta a la persona empleadora a transgredir ninguno de los derechos laborales protegidos por la legislación laboral, esto se desprende del artículo 20.7 de la Ley Concursal. En este sentido, la persona empleadora, por ejemplo, no podría escudarse en la existencia de un proceso concursal, para omitir el pago de las prestaciones laborales o para efectuar despidos sin responsabilidad patronal.

Otro aspecto de interés para las personas trabajadoras es que la Ley Concursal potencia la conservación de la empresa y así se ve reflejado en el artículo 3.6 de la Ley Concursal, el cual establece: *“En el proceso concursal, se procurará la preservación y el salvamento de las actividades económicas productivas. Las actuaciones indebidas o negligentes de los empresarios, socios, representantes legales, administradores, dependientes y otros auxiliares de la empresa, no impedirán su preservación y salvamento cuando sea viable”*.

Precisamente, la ley mediante mecanismos flexibles promueve un ambiente que favorezca el salvamento de las empresas, indistintamente de que el proceso tenga un enfoque preventivo o liquidatorio, lo cual termina favoreciendo la conservación de las fuentes de empleo. Si bien podría sonar contradictorio que un proceso concursal con enfoque liquidatorio pueda

favorecer la continuidad de las empresas, lo cierto del caso es que incluso en esa etapa se promueve la liquidación de la empresa como un todo o de sus unidades productivas (artículo 46.5 de la Ley Concursal), con lo cual se procura la conservación de la empresa, indistintamente de los actos realizados por el empresario. Para llegar a ese punto, es importante tener presente que, desde una visión concursal, una cosa es la empresa y otra la persona empresaria; también resulta innegable que, en muchos casos, la conservación de la empresa dependerá de la viabilidad económica que posea esta.

Incluso resulta valioso destacar que, en caso de que se liquide la empresa o las unidades productivas, el numeral 47.5 de la Ley Concursal establece que las cooperativas, asociaciones o sociedades anónimas de personas trabajadoras de la persona concursada podrán formular propuestas de adjudicación, teniendo una preferencia en la adjudicación, en caso de empate en la oferta, lo cual resulta sumamente valioso para las personas trabajadoras.

Ahora bien, que se deban respetar los derechos laborales de las personas trabajadoras no implica que exista una imposibilidad para despedirlas; es normal que, en un proceso concursal con enfoque preventivo, existan despidos con motivo de reestructuraciones empresariales, por citar un ejemplo. No obstante, lo importante es que incluso ante situaciones de despido, se respeten los derechos laborales de la persona trabajadora.

En otro orden de ideas, resulta importante destacar que, en caso de que la persona trabajadora requiera gestionar dentro de un proceso concursal, esta conservará los beneficios que las leyes especiales les otorgan respecto a la necesidad de patrocinio letrado, o bien, cualquier otro beneficio procesal especial, así lo dispone el artículo 6 de la Ley Concursal. Con esto se garantiza la eliminación de barreras de acceso a

la justicia para con las personas trabajadoras, y se garantiza el principio de gratuidad consagrado en el ordinal 10 del Código de Trabajo.

IV. Efectos de la apertura de un proceso concursal sobre los procesos judiciales interpuestos por las personas trabajadoras

En caso de que un patrono o empleador se someta a un proceso concursal y este tenga procesos laborales en su contra, surge la duda respecto a los efectos de la apertura concursal sobre dicho proceso laboral. Sobre este particular, el ordinal 18.1 de la Ley Concursal señala en lo que interesa:

“(...) Los procesos alimentarios y laborales establecidos contra el concursado, que se encuentren en fase de conocimiento, continuarán hasta el acaecimiento de sentencia firme. Sin embargo, será innecesario el inicio o la continuación de un proceso de conocimiento laboral, cuando quien ejerza la intervención o administración concursal reconozca directamente créditos de trabajadores, bajo su responsabilidad, si estima que se encuentran debidamente acreditados en cuyo caso, procederá a su pago inmediato (...)”.

Del texto anterior, se concluyen dos aspectos importantes; en primer lugar, de existir un proceso laboral en fase de conocimiento, dicho proceso podrá continuar su trámite por esa vía hasta el dictado de la sentencia. Claro está, que la legislación nacional priva la especialidad de la materia laboral y el reconocimiento de los derechos laborales de las personas trabajadoras se daría en dicha vía.

Ahora bien, el párrafo citado presenta

otra posibilidad y es que, ante la apertura del concurso, la persona trabajadora podrá acudir ante la persona interventora o administradora concursal, para gestionar de forma directa el reconocimiento del crédito laboral. Cabe aclarar que la persona interventora o administradora concursal figura como auxiliar concursal y, en este sentido, el reconocimiento que estos efectúen de dichos créditos laborales lo harán bajo su responsabilidad, por lo que dicha labor por parte del auxiliar concursal se debe efectuar de forma responsable y en estricto apego a la legalidad. Todo lo anterior se encuentra aparejado a lo dispuesto por el ordinal 33 del Código de Trabajo.

En resumen, la persona trabajadora, indistintamente de que haya presentado o no un proceso laboral, puede acudir directamente a la persona interventora o administradora concursal para solicitarle el reconocimiento del crédito y, en caso de que esta última no acceda a dicho reconocimiento, deberá accionar en la vía laboral para reclamar su derecho. A su vez, de ser necesario dicho proceso laboral, lo cierto del caso es que este no se vería suspendido en su fase de conocimiento con motivo del proceso concursal; siendo importante que la persona trabajadora legalice su crédito como litigioso, en aras de que se tomen las previsiones del caso en el proceso concursal, mientras se resuelve el proceso laboral.

Hasta este momento, se han desarrollado supuestos en los que la persona trabajadora todavía no cuenta con un reconocimiento judicial de sus prestaciones laborales. Por lo que ahora se analizarán los efectos del concurso sobre aquellos procesos judiciales interpuestos de forma previa a la apertura del concurso y que cuenten con una sentencia favorable para la persona trabajadora.

En este sentido, hay que tener presente que, si la persona trabajadora tiene una sentencia favorable, implica que ya fueron reconocidas sumas dinerarias a su favor. En este caso, la

ejecución de dicha sentencia se centra en el cobro de una suma dineraria, por lo que se debe aplicar el artículo 18.2 de la Ley Concursal.

En tesis de principio, todos los procesos judiciales cobratorios interpuestos previo a la declaratoria de concurso se deben suspender, esto con el fin de custodiar el principio de universalidad subjetiva concursal, y asegurar los fines del proceso concursal. Sin embargo, dicha regla general tiene su excepción y se da en aquellos casos en que la ejecución de dicho crédito laboral cuente con embargos decretados o practicados. De ser así, dicho proceso no se vería suspendido y podrá ejecutar su crédito en la vía laboral contra los bienes o derechos embargados.

A contrario sensu, si al momento de la apertura del concurso, el proceso laboral no cuenta con sentencia, dicho proceso continuará por su vía, hasta el dictado de la sentencia, pero, para la ejecución de las sumas dinerarias ahí concedidas, deberá acudir al proceso concursal a reclamar el pago de su crédito.

V. Cobro de los créditos de las personas trabajadoras

En caso de que la persona trabajadora tenga que acudir al proceso concursal a reclamar su crédito, debe aportar prueba idónea que acredite la sentencia judicial o del reconocimiento de la persona interventora o administradora concursal, con dicha prueba se tiene por acreditada la existencia del crédito dentro del concurso, sin necesidad de pasar por el trámite de la legalización de créditos (artículo 35.1 de la Ley Concursal).

Ahora bien, este crédito se clasifica dentro de la categoría de los créditos con privilegio general, conforme el numeral 34.3 de la Ley Concursal, estando subordinado a que, primeramente, se paguen los créditos con privilegio especial

(artículo 34.1 y 34.2 de la Ley Concursal) y los alimentarios. No obstante, no se puede obviar que, de forma aparente, podría existir una confusión respecto a la clasificación de dicho crédito, por cuanto el artículo 33 del Código de Trabajo menciona que los créditos laborales tienen un privilegio especialísimo. Sin embargo, por los motivos que se explicarán, bajo un análisis histórico e integral del ordenamiento jurídico, se concluye que no existe contradicción alguna.

Con la legislación concursal anterior a esta nueva ley, el artículo 886 del Código de Comercio establecía en el orden de prelación que: *“Para el reconocimiento y el pago, los créditos se clasifican así: créditos con privilegio sobre determinado bien, créditos de los trabajadores, créditos de los arrendadores y arrendatarios, créditos de la masa y créditos comunes”*.

Así las cosas, con la nueva Ley Concursal, si bien se le cambió de nombre a la clase de acreencia a la cual pertenecían las personas trabajadoras, su esencia y naturaleza sigue siendo la misma. Ya sea con la vieja o con la nueva ley, en ambas legislaciones las personas trabajadoras han estado subordinadas en el orden de prelación a los créditos con privilegio sobre determinado bien, conocidos actualmente como créditos con privilegio especial y a los acreedores alimentarios. Resulta evidente que la nueva Ley Concursal omitió modificar la redacción del artículo 33 del Código de Trabajo respecto al privilegio, sin embargo, esto no causa conflicto alguno. Aunado a lo anterior, la Ley Concursal es posterior al Código de Trabajo, con lo cual la primera ley mencionada prevalece en caso de antinomia.

Habiéndose aclarado lo anterior, resulta importante mencionar que los créditos laborales deben ser cancelados de forma inmediata; de no procederse de esa manera, la persona trabajadora lo debe comunicar al tribunal, con el fin de que este tome las medidas necesarias para el cumplimiento

de la obligación, según lo dispuesto por el artículo 34.3 de la Ley Concursal. Claro está, que dicho numeral se tendría que contextualizar, en el sentido de que el pago debe efectuarse de forma inmediata, en aquellos casos en que el concurso cuente con los recursos económicos suficientes para hacer frente a dicho pago.

Por otro lado, cabe destacar que todas las personas trabajadoras son iguales ante un concurso, con lo cual carece de interés determinar la antigüedad laboral o el puesto de trabajo que ostentaban en la empresa, para efectos de determinar alguna prioridad entre ellos. Al ser todas las personas trabajadoras de igual clase, sin norma alguna que efectúe distinción en dicho sentido, no existe orden de prioridad entre las mismas.

En otro orden de ideas, resulta valioso el hecho de que la Ley Concursal, mediante el artículo 33.2, dispusiera que los créditos laborales solamente contribuyen a los gastos del proceso constituidores de créditos de la masa, en aquellos casos en que la satisfacción de los créditos laborales implique la insuficiencia de bienes para cubrir los créditos de la masa.

También existe una novedad importantísima en esta nueva legislación y corresponde a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 34.3, el cual indica en lo que interesa:

“De lo obtenido por la enajenación de los bienes garantes, se reservará un diez por ciento (10%) en caso de que no existan otros bienes suficientes para pagar en todo o en parte los créditos alimentarios, laborales y los correspondientes a indemnizaciones por daño a la salud y vida de las personas. Si luego de cubrir estos créditos quedara un remanente, este será distribuido proporcionalmente entre cada uno de los acreedores con privilegio especial que

hayan aportado a la reserva”.

De esta manera, se trata de proteger a las personas trabajadoras ante aquellos supuestos de insuficiencia patrimonial, tratando de minorizar su afectación y promoviendo la maximización de oportunidades para la recuperación económica de dichos créditos.

V. Conclusiones

Es una realidad que los temas antes abordados no contemplan la totalidad de cuestionamientos o lagunas jurídicas existentes en el Derecho Concursal respecto al tratamiento jurídico de las personas trabajadoras, sin embargo, ponen en la palestra algunas visiones del abordaje jurídico en dicho sentido.

Las premisas descritas a lo largo de este texto llevan a la conclusión de que la nueva legislación concursal conlleva la creación de un sistema concursal integrado y simplificado, donde se promueve la conservación de las empresas indistintamente de que el proceso tenga un enfoque preventivo o liquidatorio. Además, las personas trabajadoras gozan del principio de gratuidad dentro de los procesos concursales, conforme el numeral 10 del Código de Trabajo, y se resguardan los derechos laborales, sin que el proceso concursal sea una excusa para el incumplimiento de estos.

Por otro lado, una vez decretada la apertura del concurso, la persona trabajadora puede acudir directamente ante la persona interventora o administradora concursal para el reconocimiento de su crédito; o bien, puede acudir a la vía laboral para tales efectos.

También se debe señalar que, una vez reconocido el crédito laboral, en principio se debe acudir al concurso para el cobro de las sumas adeudadas, salvo las excepciones establecidas por

ley. En este sentido, el concurso debe procurar el pago inmediato de las sumas adeudadas a las personas trabajadoras en caso de contar con los recursos suficientes.

Vale recalcar que las personas trabajadoras pertenecen a la clasificación de acreedores con privilegio general, para efectos del orden de prioridad al momento del pago; estando únicamente subordinados a los créditos con privilegio especial y a los créditos alimentarios. Además, la Ley Concursal los exonera en principio de contribuir al pago de los gastos del proceso considerados como créditos de la masa, potenciando la efectiva recuperación del crédito.

Por último, se reitera que la finalidad de estas palabras no es emitir un criterio definitivo sobre el tratamiento jurídico de los créditos laborales en un proceso concursal, sino exponer diversas aristas que se encuentran inmersas dentro de estas circunstancias, y que sirvan para reflexionar sobre otras formas de abordarla.

VI. Bibliografía

Legislación:

Código Civil, Ley 30, año 1888, Costa Rica.

Código de Comercio, Ley 3284, año 1964, Costa Rica.

Constitución Política, año 1949, Costa Rica.

Código Procesal Civil, Ley 7130, año 1989, Costa Rica.

Código de Trabajo, Ley 2, año 1943, Costa Rica.

Ley Concursal número 9957, año 2021, Costa Rica.



Los desafíos del procedimiento abreviado en el 2022: a las puertas de una crisis institucional en el Poder Judicial.

Por: Sergio Trejos ROBERT¹

En memoria de Álvaro Burgos Mata (1961-2022†), quien fue mi profesor de Derecho Penal Juvenil. Su legado sigue vivo en nuestras memorias y bibliotecas.

Resumen. El procedimiento abreviado ya tiene casi 25 años en la legislación costarricense. Apesar de esta herramienta, la mora judicial ha seguido creciendo, debido a un incremento sostenido del número de casos. La implementación de penas sustitutivas ha complicado la negociación de los abreviados. Además, no existe claridad sobre si deben formar parte del pacto o son una facultad exclusiva del Tribunal Penal. Deben replantearse algunas reglas para hacer más atractivo a las partes el procedimiento abreviado. Esta es la mejor solución a la crisis institucional que provocará el COVID-19 en la mora judicial.

Palabras clave: procesal penal; criminología; procedimiento abreviado; arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico; mora judicial.

Abstract: The Plea Bargaining is already almost 25 years old in Costa Rican legislation. Despite this tool, the judicial delay has continued to grow due to a sustained increase in the number of cases. The implementation of substitute sentences has complicated the negotiation. It is not clear whether these procedures should be part of the pact between the parties or whether they are an exclusive power of the Criminal Court. Some rules must be rethought to make the Plea Bargaining more attractive to the parties. It is the best solution to the institutional crisis that Covid-19 will cause in judicial delay.

Key words: Criminal procedure; Criminology; Plea Bargaining; Electronic monitoring; judicial delay.

¹ Abogado (carné 29608). Técnico jurídico en la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

Introducción

A pesar de que, inicialmente, el profesor Llobet Rodríguez retomó las críticas de John Langbein que asimilan el procedimiento abreviado a la tortura de la inquisición (Armijo Sancho; Llobet Rodríguez y Rivero Sancho, 1998, p.177), el abreviado llegó al proceso penal costarricense para quedarse.

En esta investigación se hace un abordaje criminológico—desde el prisma de la estadística—del impacto del procedimiento abreviado en el proceso penal costarricense entre la década de 2010 a 2019 **(I. El abreviado en números)**. Además, se examinan los datos contenidos en los anuarios judiciales de la Dirección de Planificación aprobados por el Consejo Superior del Poder Judicial. Aunque ciertamente son cifras que datan de hace algunos años, debe entenderse que, cuando se analiza macro estadística, no es posible tener las cifras en tiempo real, por lo que un rezago de algunos años es inevitable.

Se exponen las limitaciones que siempre ha tenido el pacto del abreviado: el rebajo de la tentativa y el beneficio de ejecución condicional **(II. El abreviado siempre ha tenido limitaciones)**.

Desde hace poco, el Tribunal puede rebajar la pena de prisión por debajo del extremo mínimo, en caso de que se trate de una mujer vulnerable **(III. Mujeres en estado de vulnerabilidad)**.

La implementación de las penas sustitutivas a la privación de libertad ha significado nuevas limitaciones al contenido del pacto del procedimiento abreviado. Por lo que se hace un especial énfasis en el arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico **(IV. Las penas sustitutivas en el abreviado)**.

La hipótesis que se sostiene en esta investigación consiste en que estas nuevas limitaciones producen cierto grado de inseguridad en las partes al momento de pactar un abreviado, lo que reduce el porcentaje de sentencias que emanan de este procedimiento especial **(V. Las cuentas claras permiten chocolate espeso)**.

Finalmente, a modo de conclusión, se ve que los procesos penales duran cada vez más tiempo. Los datos son anteriores a la crisis que ha producido el COVID-19. Este último puede poner en jaque al sistema penal, al aumentar la mora judicial a extremos insostenibles. Flexibilizar el procedimiento abreviado ofreciendo mejores condiciones a las partes es una alternativa para sortear esta crisis **(Conclusión: las agendas de los tribunales son un recurso escaso y valioso)**.

I.) El abreviado en números

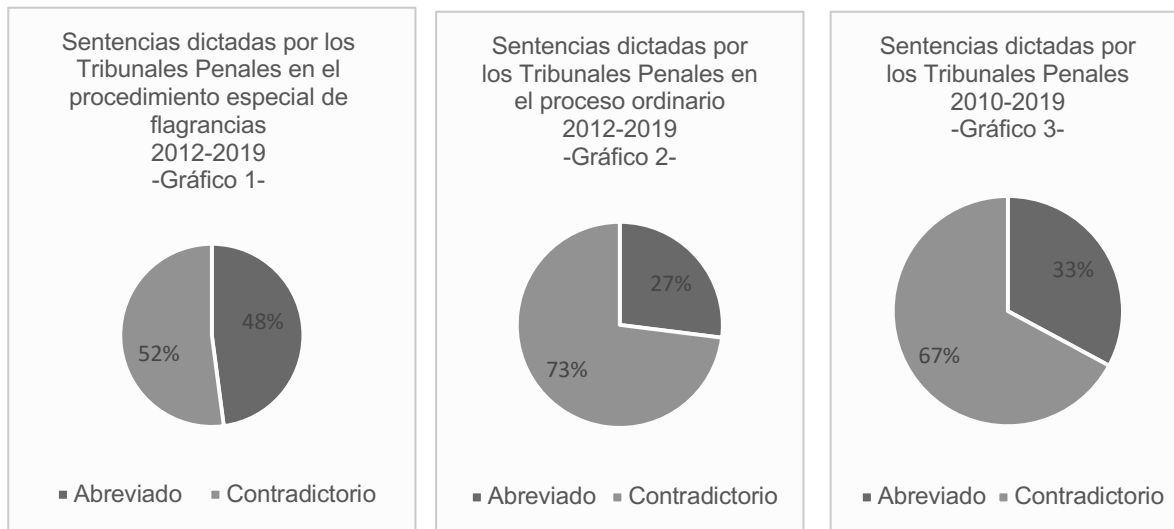
Las cifras de la Dirección de Planificación del Poder Judicial del período comprendido entre 2010 y 2019 son reveladoras para demostrar empíricamente la evolución del procedimiento abreviado:

Sentencias dictadas por los Tribunales Penales del país en el periodo 2010-2019 calificadas por tipo de procedimiento		
-Tabla N°1-		
Año	Procedimiento contradictorio	Procedimiento abreviado
2010	Ordinarios y flagrancias: 6 213 (77,8%)	Ordinarios y flagrancias: 1772 (22,2%)
2011 ²	Ordinarios y flagrancias: 6 514 (72,3%)	Ordinarios y flagrancias: 2 492 (27,7%)
2012	Ordinarios: 6 061 (74,3%) Flagrancias: 901 (44,5%) Total: 6 962 (68,4%)	Ordinarios: 2 095 (25,7%) Flagrancias: 1 126 (55,5%) Total: 3 221 (31,6%)
2013	Ordinarios: 6 035 (72%) Flagrancias: 1 049 (38,8%) Total: 7 084 (63,9%)	Ordinarios: 2 346 (28%) Flagrancias: 1 654 (61,2%) Total: 4 000 (36,1%)
2014	Ordinarios: 5 791 (69%) Flagrancias: 1 221 (41,6%) Total: 7 012 (61,9%)	Ordinarios: 2 602 (31%) Flagrancias: 1 713 (58,4%) Total: 4 315 (38,1%)
2015	Ordinarios: 5 379 (68%) Flagrancias: 1 097 (34,7%) Total: 6 476 (58,4%)	Ordinarios: 2 537 (32%) Flagrancias: 2 068 (64, 3%) Total: 4 605 (41. 6%)
2016	Ordinarios: 5 329 (67,7%) Flagrancias: 1 197 (38,1%) Total: 6 526 (59,2%)	Ordinarios: 2 547 (32,3%) Flagrancias: 1 943 (61,9%) Total: 4 490 (40,8%)
2017	Ordinarios: 5 652 (67,4%) Flagrancias: 1 273 (39,6%) Total: 6 925 (59,7%)	Ordinarios: 2 738 (32,6%) Flagrancias: 1 943 (60,4%) Total: 4 681 (40,3%)
2018	Ordinarios: 7 058 (81,8%) Flagrancias: 3 292 (62,3%) Total: 10 350 (74,4%)	Ordinarios: 1 571 (18,2%) Flagrancias: 1 995 (37,7%) Total: 3 566 (25,6%)
2019	Ordinarios: 8 022 (81,7%) Flagrancias: 3 156 (62,5%) Total: 11 178 (75,2%)	Ordinarios: 1 793 (18,3%) Flagrancias: 1 892 (37,5%) Total: 3 685 (24,2%)
Total ³	Ordinarios: 62 054 (73,4%) Flagrancias: 13 186 (47,9%) Total: 75 240 (67,1%)	Ordinarios: 22 493 (26,6%) Flagrancias: 14 334 (52,1%) Total: 36 827 (32,9%)
Total de sentencias penales dictadas durante la década 2010-2019: 112 067		

² No fue hasta el Anuario de 2012 que la Dirección de Planificación empezó a distinguir las sentencias de los abreviados que se dictaron en la vía ordinaria de los que se dictaron en el procedimiento especial de flagrancia.

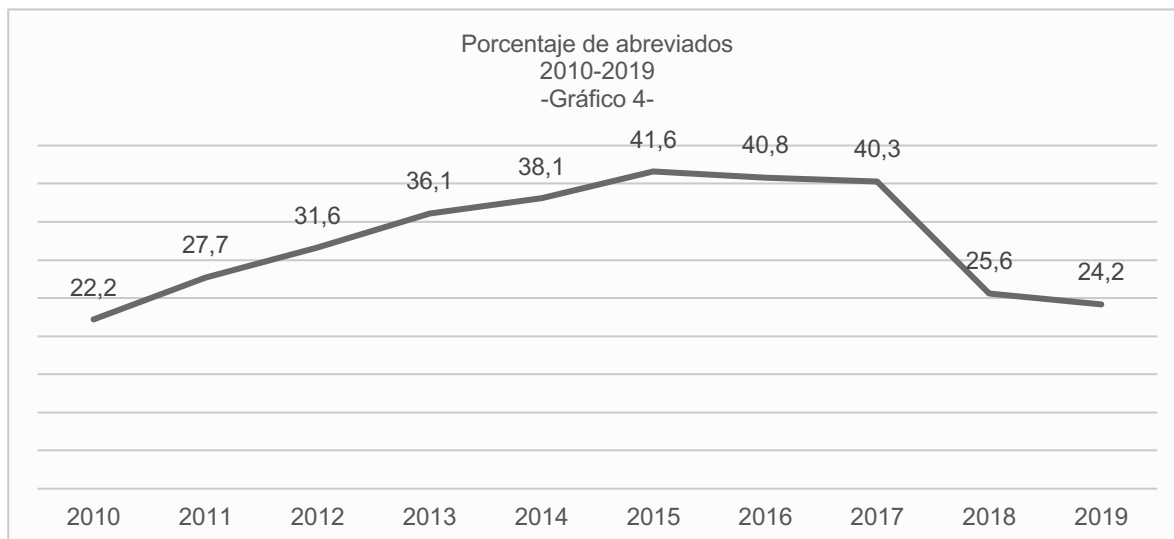
³ En virtud de lo expuesto en la nota anterior, se consideró -para efectos de estadística- que todos los abreviados dictados durante los años 2010 y 2011 lo fueron en un procedimiento ordinario. Se trata de un sesgo estadístico que se debe tomar en cuenta al momento de valorar estas cifras.

Deben destacarse algunas tendencias estadísticas que se observan en la tabla anterior. Un poco más de la mitad de las sentencias que se dictaron en el procedimiento especial de flagrancias emanaron de una pena pactada (52,1%). En el proceso ordinario, la aplicación del abreviado es un poco menos frecuente, solo una cuarta parte de las sentencias surgieron del acuerdo entre las partes (26,6%). Cerca de un tercio de todas las sentencias penales provinieron de un procedimiento abreviado (32,9%).



Existe otra tendencia que salta a la vista al final del periodo bajo estudio: si bien es cierto que durante los años 2018 y 2019 se siguen pactando —más o menos— la misma cantidad de abreviados en números absolutos, si se comparan los porcentajes, estos disminuyeron sensiblemente.

Efectivamente, mientras que, entre el 2014 y el 2017, se resolvían cerca del 40% de las causas por medio del abreviado, en el 2018 ese porcentaje bajó al 25,6% y durante el 2019 se mantuvo en ese orden (24,2%). Este comportamiento estadístico se observa mejor por medio de un gráfico de dispersión:



Estos datos llevan invariablemente a la siguiente pregunta: ¿por qué se están pactando menos abreviados?

II. El abreviado siempre ha tenido limitaciones

Hasta hace poco, la negociación de un procedimiento especial abreviado involucraba, principalmente, dos aspectos: 1-) La aceptación de los cargos y 2-) el *quantum* de la pena de prisión. Siempre existieron otros aspectos que debían discutirse, los cuales —eventualmente— podían entorpecer la negociación del abreviado:

El delito tentado planteaba una interrogante: ¿el juez puede rebajar la pena atendiendo al numeral 73 del Código Penal o debe respetarse la pena pactada por las partes? La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en una primera línea jurisprudencial, se inclinó por permitir al juez realizar un rebajo adicional⁴, pero después cambió de criterio para exigir el respeto a la pena pactada⁵. La interpretación de las normas ha sido que las partes no pueden pactar una pena por debajo del extremo mínimo —rebajado a un tercio—, lo que constituye una importante limitación que volverá a comentarse más adelante.

Por otro lado, también jurisprudencialmente, la Sala Tercera entendió que la concesión del beneficio de ejecución condicional de la pena es una facultad exclusiva del juez sobre la que las partes no pueden pactar⁶. Este último es un tema de discusión frecuente en los tribunales penales del país. En el quinquenio comprendido entre 2014 y 2019, se condenó a 47 247 personas. Durante ese periodo, se concedió el beneficio de ejecución condicional de la pena a 16 711, es decir, cerca del 35,4 % del total de las personas condenadas.

⁴ Voto N°546-1998 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁵ Votos N°930-2013 y N°630-2014-630 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁶ Votos N°256-1999 y N°1411-1999 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

A pesar de estas restricciones, el abreviado tuvo una amplia acogida en la praxis de los tribunales penales, ya que hasta el 2017 el 40% de las sentencias emanaron de este procedimiento especial.

III. Mujeres en estado de vulnerabilidad

La Ley 9628 del 16 de enero de 2019 modificó los artículos 71 y 72 del Código Penal para permitir que, en caso de que una mujer, sin antecedentes penales, cometa un delito, motivada directamente por una situación de vulnerabilidad debida a tener personas dependientes a su cargo, discapacidad, pobreza o violencia de género, el tribunal pueda imponer una pena por debajo del extremo mínimo.

Durante el quinquenio del 2014 al 2018, se condenó a 3 970 mujeres, lo que representa 8,4% del total de las personas condenadas. De allí que, estadísticamente, no debería tener un peso significativo en la negociación de abreviados.

Por esa razón, se puede inferir que, en lo atinente al abreviado, las mujeres vulnerables recibirán el mismo tratamiento jurisprudencial que la tentativa. Es un extremo que las partes no pueden negociar y el tribunal no puede rebajar la pena pactada.

IV. Las penas sustitutivas en el abreviado

Hasta hace poco, la prisión era la principal pena que se discutía en los tribunales penales. Ciertamente, el Código Penal mencionaba la multa y el extrañamiento, pero revestían de un carácter excepcional. Recientemente se han introducido varias reformas a la legislación penal, con el fin de ofrecer un abanico de penas sustitutivas a la privación de libertad.

La doctrina española ha definido este concepto

con las siguientes palabras:

Llamaremos penas originarias a las establecidas como típicas para un delito determinado en el correspondiente precepto de la Parte Especial. Y llamaremos sustitutivas a las penas de naturaleza distinta a la típica que, bajo determinadas condiciones, pueden reemplazar (sustituir) el cumplimiento de la pena originaria que, en todo caso, deberá haberse impuesto en la sentencia condenatoria (Gracia Martín; Boldova Pasamar; y Alastuey Dobón, 2016, p.33).

El Código Penal contiene tres tipos de penas sustitutivas: el arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico (57 bis); la prestación de servicios de utilidad pública (56 bis) y el tratamiento de drogas bajo supervisión judicial (56 ter).

Este artículo se enfocará en el arresto domiciliario, aunque las apreciaciones que se hacen son aplicables a las otras dos penas sustitutivas.

La Ley 9271 “Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal” del 21 de octubre de 2014 introdujo la pena de arresto domiciliario con monitoreo electrónico en el artículo 57 bis del Código Penal. Se trata de una pena sustitutiva, ya que el tribunal impone una pena de prisión y la sustituye por esta última. En caso de que se revoque el arresto domiciliario, debe cumplirse la pena de prisión.

El transitorio único de esta ley fijó que, durante el primer año de aplicación, el arresto domiciliario solamente se utilizaría como medida cautelar, por lo que se empezaría a imponer como pena sustitutiva hasta octubre de 2015. Sin embargo, el Estado fue incapaz de contar con los requerimientos humanos y materiales necesarios para que los Tribunales Penales de la República pudieran imponer esa sanción. Por

esta razón, mientras que el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José ⁷ exigía a la Administración Pública la colocación de brazaletes de acuerdo con el texto de la ley, las salas Tercera ⁸ y Constitucional ⁹ de la Corte Suprema de Justicia condicionaron esta pena a que el Estado tuviera los recursos necesarios. Por esta razón, los efectos del arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico solamente se empezaron a reflejar en el sistema penal hasta el año 2017.

¿La sustitución de la pena de prisión es parte del pacto del abreviado? o ¿se trata de una facultad del juzgador sobre la que las partes no pueden pactar? La respuesta que ha dado la jurisprudencia nacional a esta interrogante no es del todo clara.

Una línea jurisprudencial del Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José considera que, para poder sustituir la pena, este debe haber sido uno de los extremos pactados dentro del abreviado ¹⁰.

Otra postura de este tribunal de apelación estima que se trata de una facultad del tribunal sobre la que las partes no puedan pactar ¹¹. Hasta se ha dicho que la oposición expresa del Ministerio Público no vincula al Tribunal Penal ¹².

⁷ Votos N°810-2016; N°1715-2016; N°1732-2016; y N°182-2017 del Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José.

⁸ Votos N°1062-2016 y N°1071-2016 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁹ Voto N°4576-2015 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁰ Votos N°312-2017; N°299-2017; N°556-2018; N°1143-2021; N°1553-2021; y N°1726-2021 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.

¹¹ Votos N°18-2016; N°474-2017; N°899-2018; N°1088-2018; y N°1449-2018 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.

¹² Votos N°474-2017; N°410-2017; N°899-2018; y N°1391-2018 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal

Los criterios también se encuentran divididos en el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Algunas resoluciones consideran que la pena sustitutiva debe ser parte del pacto ¹³, mientras que otras que se trate de un resorte exclusivo del juez ¹⁴.

El Tribunal de Apelación del Primer Circuito Judicial de Cartago se ha inclinado por esta última línea jurisprudencial, la cual considera que la sustitución de la pena por el arresto domiciliario es una facultad exclusiva del juez y que la oposición expresa de la fiscalía no resulta vinculante ¹⁵.

Se han presentado casos en la Sala de Casación Penal en los que se sustituye de oficio la pena de prisión por el arresto domiciliario, sin que haya sido solicitado por las partes y sin el consentimiento expreso del sentenciado. Estas sentencias fueron anuladas por la Sala Tercera ¹⁶.

Para el tema de la prestación de servicios de utilidad pública —asimilándolo al rebajo relacionado con la tentativa—, la Sala de Casación Penal ha considerado que la pena sustitutiva es un extremo que queda por fuera del pacto que negocian el Ministerio Público y el endilgado:

De lo antes expuesto, se determina que el cambio de la pena de cárcel por la de prestación de servicios de utilidad pública, es una facultad -no una obligación- del juez que impone la sanción por el delito de conducción

temeraria, esto, cuando se verifican los presupuestos para la procedencia de la sustitución punitiva. Por lo anterior, se tiene que, si bien las partes se pueden poner de acuerdo en cuanto a la posibilidad del cambio de la pena de prisión, ello no vincula al juez sentenciador a disponer, necesariamente, a la aplicación de la facultad en cuestión. Es lo mismo que sucede en el caso en que se juzgan delitos cometidos en estado de tentativa mediante la aplicación de un procedimiento abreviado, en los que las partes pueden llegar a un acuerdo en torno a la reducción de la pena incluso por debajo del mínimo previsto para el delito del que se trate, pero ello no es un extremo punitivo que pueda reputarse como parte de la sanción pactada para la procedencia del abreviado, conforme a lo establecido en el artículo 374 del Código Procesal Penal, y que deba observarse inexorablemente por el juzgador que emite el fallo de fondo. Es decir, por imperio de ley, dicha facultad estaría excluida de la autorización que le concede el artículo 374 del Código Procesal Penal al Ministerio Público, para negociar con la defensa técnica y material la aplicación de dicha sustitución de pena (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°554-2021 de las 14 horas y 14 minutos del 21 de mayo de 2021).

De allí que se puede inferir que esta será la postura de la Sala de Casación respecto a la sustitución de la prisión por el arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico.

IV. Las cuentas claras permiten el chocolate espeso

Las últimas páginas reflejan un panorama bastante nublado. La hipótesis que se sostiene considera que la reducción del porcentaje de abreviados se debe a la incertidumbre que rodea

del II Circuito Judicial de San José.

¹³ Votos N°159-2018 y N°1039-2020 del Tribunal de Apelación de Sentencia de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela.

¹⁴ Votos N°511-2020 y N°1226-2020 del Tribunal de Apelación de Sentencia del III Circuito Judicial de Alajuela.

¹⁵ Votos N°347-2017; N°302-2019; y N°342-2019 del Tribunal de Apelación de Sentencia del I Circuito Judicial de Cartago.

¹⁶ Votos N°2019-740 y N°2021-117 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

el pacto de un abreviado.

Un defensor público le debe decir al imputado que, si pacta la pena, no sabe con certeza si se va a conceder el beneficio de ejecución condicional de la pena. Tampoco le puede asegurar al encartado si se le va a sustituir la pena de prisión por el arresto domiciliario o la prestación de servicios de utilidad pública cuando sean viables.

Si se trata de un delito tentado o una mujer en estado de vulnerabilidad, es mejor ir a juicio y exponer las condiciones propias del caso para que el juzgador disminuya la sanción por debajo del extremo mínimo, más allá del tercio que permite el pacto del abreviado.

Cuando se acusan varios delitos diferentes en concurso material en una misma causa, las altas penas de prisión —aún después del rebajo del tercio— tampoco son una oferta realmente atractiva para prescindir del juicio oral. Es todo o nada y, muchas veces, aunque la prueba sea contundente en algunos delitos, en otros es viable la absolutoria.

Este panorama nublado desincentiva también al Ministerio Público a negociar abreviados. En caso de que un fiscal pacte una pena de prisión y el Tribunal Penal —en contra de su criterio explícito— conceda el arresto domiciliario, este mismo fiscal debe formular un recurso de apelación de sentencia penal ¹⁷.

Es cierto que el beneficio de ejecución condicional de la pena, la sustitución de la pena, el rebajo por la tentativa y la vulnerabilidad de la mujer son todos aspectos que la ley deja a criterio exclusivo del juez. Pero debe precisarse que el texto de la norma está pensado para los procedimientos contradictorios, no para el abreviado que parte del principio de una pena consensuada.

¹⁷ Vid.: Punto 3.2 de la Directriz 09-ADM-2019 de la Fiscalía General de la República.

El artículo 71 del Código Penal también plantea que: “*El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena*”, pero esta disposición cede frente a las normas adjetivas relacionadas con el procedimiento abreviado. Por su parte, el párrafo tercero del numeral 375 del Código Procesal Penal tampoco es del todo claro. Cuando la ley establece que, si el Tribunal Penal condena en un procedimiento abreviado: “[...] *la pena impuesta no podrá superar la requerida por los acusadores*”.

Se trata de la redacción original del Código Procesal Penal de 1998. En casi 25 años han cambiado muchos elementos. El sistema de penas cambió significativamente, ahora existe un amplio abanico de penas sustitutivas a la privación de libertad. Este es un aspecto que debería ser parte del pacto del abreviado para que exista seguridad en lo que se está negociando.

Por otro lado, en caso de que se trate de un delito tentado o de una mujer en estado de vulnerabilidad, la fiscalía debería estar facultada para negociar una pena por debajo del tercio del extremo mínimo, con el fin de no obligar a tener que discutir estos aspectos en juicio.

En el procedimiento especial abreviado, los protagonistas deberían ser las partes y no el juez, quien cumple un papel de simple árbitro de legalidad. Es más difícil tomar partido sobre el tema de la concesión del beneficio de ejecución condicional de la pena.

Me gusta pensar en un Ministerio Público que, dentro de sus políticas de persecución penal, valore de forma objetiva la concesión de estos beneficios atendiendo a las condiciones particulares del sentenciado, la víctima y el delito. Las 71 591 solicitudes de desestimación frente a las 24 604 acusaciones formuladas en el 2018 hablan muy bien de la objetividad del órgano acusador.

Por otro lado, una parte importantísima de los servidores públicos de la fiscalía se encuentra en condición de interinos, lo que, desde mi perspectiva, es la mayor debilidad de la institución. Un interino —especialmente en nombramientos cortos—, la mayor parte del tiempo, no tiene la seguridad laboral suficiente para pactar la ejecución condicional de la pena. Es muy probable que los funcionarios interinos prefieran inclinarse a pensar lo siguiente: “*Si alguien debe concederle el beneficio de ejecución condicional de la pena, que sea el juez*”.

Frente a este argumento, puede rebatirse que, de todas formas —atendiendo al principio de jerarquía—, el fiscal adjunto debe dar el visto bueno en todos los abreviados que negocian sus fiscales.

Tener que incluir el beneficio de ejecución condicional de la pena dentro del pacto llevaría a que los fiscales interinos prefieran realizar un juicio (al que probablemente no tengan que asistir ellos mismos), antes que manifestar su consentimiento de forma expresa ante su superior.

Desde esta óptica y teniendo en cuenta que se llegó a abreviar el 40 % de las causas, aun dejando este aspecto en manos del juez, considero que el beneficio de ejecución condicional de la pena debe seguir siendo resorte exclusivo del tribunal, para que este aspecto no dificulte las negociaciones.

Conclusión: las agendas de los tribunales son un recurso escaso y valioso

La doctrina identifica el *Plea Bargaining* de los Estados Unidos de Norteamérica como el modelo que inspiró al legislador costarricense de 1996¹⁸. El profesor Salazar Murillo explica que los norteamericanos se dieron cuenta de que era prácticamente imposible llevar todos los asuntos a juicio:

Al lado del florecimiento del plea bargaining se generó también la necesidad de los fiscales de ofrecer cada vez mayores concesiones al acusado, a fin de obtener declaraciones de culpabilidad, pues el debilitamiento del instituto atentaría gravemente el sistema de justicia [sic], al punto de llegarse a considerar que, de reducirse el número de confesiones, debería aumentarse en forma sorprendente los recursos materiales y humanos del sistema de administración de justicia. O sea, la negociación de cargos en el sistema norteamericano, es un componente esencial, sin el cual no puede subsistir el sistema de justicia (Salazar Murillo, 2003, pp. 243-244).

Es irreal pensar que en Costa Rica se puedan discutir todas las causas penales en un juicio oral y público. Las cifras que señalan la duración de los procesos penales son preocupantes:

Duración promedio en días¹⁹ del proceso penal durante el período 2011-2018

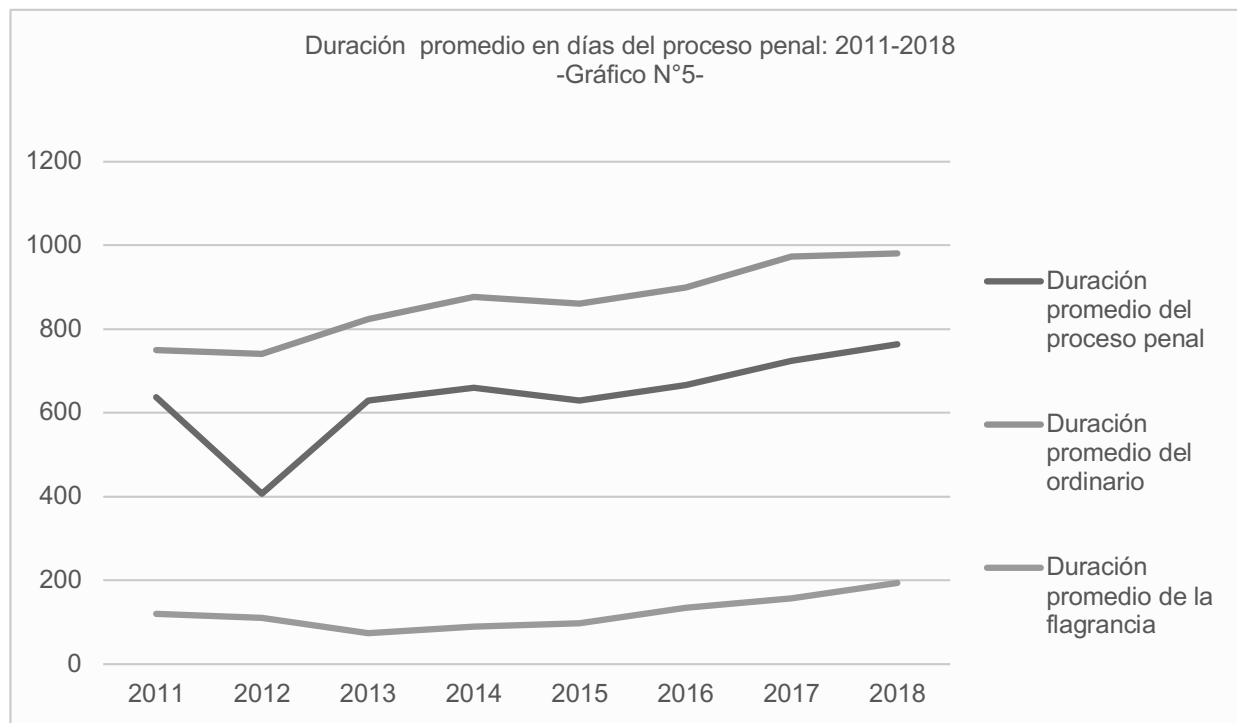
-Tabla N°2-

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Duración promedio del proceso penal	637	407	630	660	630	667	724	764
Duración promedio del ordinario	750	741	824	877	861	900	974	981
Duración promedio de la flagrancia	120	111	74	90	97	134	157	194

¹⁸ Vid.: Armijo Sancho; Llobet Rodríguez; y Rivero Sancho, 1998, p.161; y Salazar Murillo, 2003, pp. 43-45.

¹⁹ Los anuarios judiciales de la Dirección de Planificación del Poder Judicial aportan esta información en meses y semanas. Para poder medir incrementos y graficar estos datos, es necesario reducirlos a una única unidad de medición del tiempo. Con este fin se ha considerado que todos los meses cuentan con 30 días, lo que a la postre puede generar un pequeño sesgo de medición. Esta operación se repite en los datos de la tabla N°3.

Se puede observar esta tendencia estadística por medio de otro gráfico de dispersión:



En ocho años, la duración promedio del proceso penal costarricense aumentó en 127 días, lo que representa cerca de un 20%. En promedio, un proceso estaba tardando 25 meses y 2 semanas. El fenómeno se agudiza si se enfoca el procedimiento ordinario, en 8 años se aumentó la duración promedio en 231 días, lo que significa un incremento del 31%.

El procedimiento abreviado permite prescindir de la fase de juicio. La fiscalía tiene que haber formulado una acusación y el juzgado penal debe señalar una audiencia para que la fiscalía presente su teoría del caso y la defensa proponga salidas alternas. Se ha entendido que este es el momento procesal oportuno para gestionar ante el órgano jurisdiccional un procedimiento especial abreviado. En la práctica, defensa y Ministerio Público, deben negociar con anterioridad a esta audiencia, ya que es necesario contar con el visto

bueno del fiscal adjunto.

Se podría alegar que el abreviado “solamente” permite un “ahorro” de la fase de juicio. Sin embargo, esta es precisamente la fase que mayor impacto tiene en la duración de los procesos penales.

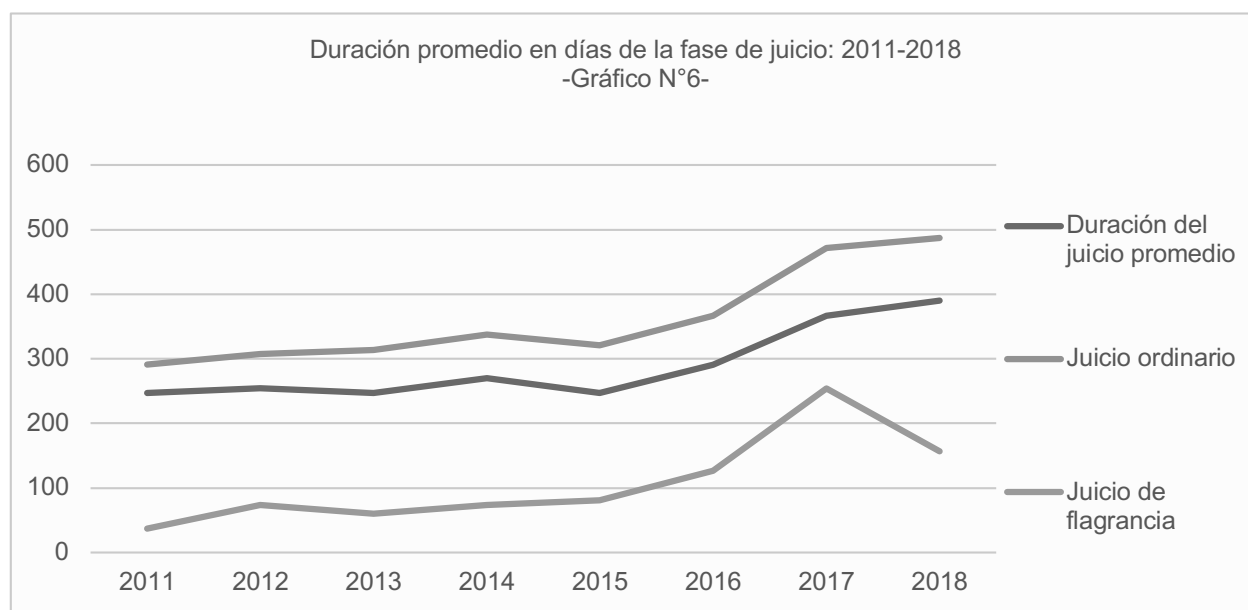
Durante el año 2018, en promedio, la etapa preparatoria tardó 7 meses y 2 semanas, mientras que la intermedia 4 meses y 3 semanas. Si se reducen estos plazos a días, significa que las primeras dos etapas del proceso penal tardaron cerca de 365 días, mientras que la fase de juicio demoró otros 390 días. Es decir, que la etapa de juicio representó 51,6% del tiempo que duró — en promedio— un proceso penal durante el año 2018. La fase de juicio es también la que más aumentó su duración promedio en el periodo estudiado:

Duración promedio en días de la fase de juicio durante el período 2011-2018

-Tabla N°3-

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Duración del juicio promedio	247	254	247	270	247	291	367	390
Juicio ordinario promedio	291	307	314	337	321	367	471	487
Juicio de flagrancia promedio	37	74	60	74	81	127	254	157

La tabla anterior se traduce en el siguiente gráfico:



En otras palabras, la duración promedio de la fase de juicio aumentó significativamente en el periodo bajo estudio (58%). La duración de los juicios celebrados en el procedimiento ordinario aumentó en 67%, mientras que en flagrancia 324%.

Este aumento del promedio de la duración de los procesos se debe, principalmente, al aumento de la cantidad de las personas sentenciadas. En el 2011, se condenó penalmente a 7 074 personas. En el 2018, a 11 215. Eso significa un incremento del 58,5%. Este no es lugar para buscar las razones

por las que aumentó de forma tan acentuada la cantidad de personas sentenciadas por los Tribunales Penales de la República. El hecho es que este fenómeno existe y ejerce una fuerte presión sobre el sistema penal.

Por otro lado, los recursos materiales del Poder Judicial no han crecido en la medida que lo ha hecho la cantidad de personas sentenciadas. Por el contrario, si se enfoca el presupuesto del Poder Judicial durante el período 2018-2021, según los datos del propio Ministerio de Hacienda, se puede ver que ha sido sometido a importantes recortes:

Variación del Presupuesto del Poder Judicial: 2018-2021

-Tabla N°4-

Presupuesto en millones de colones del 2018	Presupuesto en millones de colones del 2018 actualizado al 2021 de acuerdo con la inflación ²⁰	2021 Presupuesto en millones de colones	Variación Total
477 792	509 087	457 170	-10,26%

Los datos que se han presentado en esta investigación son anteriores a la pandemia producto del COVID-19. La pandemia disparó la duración del proceso penal. Se han tenido que suspender cientos de audiencias y cientos de juicios han tenido que ser anulados. Esta información será disponible hasta dentro de unos años y, si no se toman medidas paliativas pronto, será muy difícil que los Tribunales Penales de la República puedan impartir justicia pronta y cumplida. Se trata de una situación crítica que debe abordarse con seriedad y serenidad.

Por más que los planes operativos de la institución traten de “socar las tuercas” y exijan que se disminuya el rezago, poco o nada pueden hacer el Ministerio Público y los Tribunales Penales, si no se les dan las herramientas necesarias para hacerlo: más casos, menos recursos y menos abreviados van a significar un aumento importante de la mora judicial en la materia penal.

Replantearse el abreviado es parte de la solución. A modo de conclusión, se ofrece una serie de propuestas que pueden hacer el abreviado más atractivo para las partes:

- Que en condiciones normales las partes puedan pactar un rebajo hasta la mitad del extremo mínimo de la pena.
- Que las partes puedan pactar rebajos aún

menores en caso de delitos tentados y mujeres en estado de vulnerabilidad.

- Que la sustitución de la pena de prisión por penas sustitutivas tenga que ser parte del pacto del abreviado y que, de no pactarse expresamente, el tribunal no la pueda sustituir.
- En caso de que una acusación contenga varios hechos diferentes en concurso material, se debería poder pactar algunos de estos hechos y discutir aquellos en los que exista controversia en un debate oral y público. Esto permitiría que este tipo de debates sea más sencillo y rápido.

Bibliografía

Armijo Sancho, G; Llobet Rodríguez, J.; Rivero Sánchez, J.M. (1998). *Nuevo proceso penal y Constitución*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.

Gracia Martín, L.; Boldova Pasamar, M.; y Alastuey Dobón, C. (2016). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Salazar Murillo, R. (2003). *El juicio abreviado: Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*. San José, Costa Rica:

²⁰ Según el Índice de Precios al Consumidor del Instituto Nacional de Estadística y Censos, la inflación acumulada entre enero 2018 a octubre del 2021 fue de 6,55%.

Investigaciones Jurídicas.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°4576-2015 de las 11 horas y 6 minutos del 27 de 2015.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°546-1998 de las 9 horas y 10 minutos del 12 de junio de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°256-1999 de las 9 horas y 55 minutos del 5 de marzo de 1999.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°1411-1999 de las 8 horas y 42 minutos del 12 de noviembre de 1999.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°930-2013 de las 15 horas y 30 minutos del 18 de julio de 2013.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°630-2014 de las 9 horas y 26 minutos del 4 de abril de 2014.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°1062-2016 de las 9 horas y 42 minutos del 14 de octubre de 2016.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°1071-2016 de las 9 horas y 49 minutos del 14 de octubre de 2016.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°740-2019 de las 12 horas y 10 minutos del 14 de junio de 2019.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°117-2021 de las 14 horas y 31 minutos del 1 de octubre de 2021.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°554-2021 de las 14 horas y 14 minutos

del 21 de mayo de 2021.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°18-2016 de las 9 horas y 43 minutos del 8 de enero de 2016.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°810-2016 de las 9 horas y 45 minutos del 31 de mayo de 2016.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°1715-2016 de las 14 horas 40 minutos del 16 de diciembre de 2016.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°1732-2016 de las 10 horas y 25 minutos del 19 de diciembre de 2016.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°182-2017 de las 9 horas y 30 minutos del 16 de febrero de 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°312-2017 de las 9 horas y 12 minutos del 17 de marzo de 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°410-2017 de las 9 horas y 5 minutos del 3 de abril de 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°474-2017 de las 10 horas y 50 minutos del 26 de abril de 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto N°556-2018 de las 11 horas y 15 minutos del 7 de mayo de 2018.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°899-2018
de las 13 horas y 30 minutos del 9 de julio de
2018.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°1088-2018
de las 11 horas del 13 de agosto de 2018.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°1391-2018
de las 10 horas y 20 minutos del 8 de octubre de
2018.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°1449-2018
de las 10 horas y 45 minutos del 19 de octubre de
2018.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°1143-2021
de las 13 horas y 10 minutos del 30 de julio de
2021.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°1553-2021
de las 8 horas y 20 minutos del 13 de octubre
2021.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II
Circuito Judicial de San José. Voto N°1726-2021
de las 11 horas y 45 minutos del 10 de noviembre
de 2021.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III
Circuito Judicial de Alajuela. Voto N°159-2021
de las 11 horas y 28 minutos del 28 de febrero de
2018.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III
Circuito Judicial de Alajuela. Voto N°511-2020
de las 13 horas y 32 minutos del 12 de junio de
2020.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III
Circuito Judicial de Alajuela. Voto N°1039-2020
de las 14 horas y 40 minutos del 26 de octubre de
2020.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III
Circuito Judicial de Alajuela. Voto N°1226-2020
de las 14 horas y 20 minutos del 10 de diciembre
de 2020.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal I
Circuito Judicial de Cartago. Voto N°347-2017 de
las 13 horas y 45 minutos del 30 de junio de 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal I
Circuito Judicial de Cartago. Voto N°302-2019 de
las 9 horas y 35 minutos del 12 de julio de 2019.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal I
Circuito Judicial de Cartago. Voto N°342-2019 de
las 9 horas y 50 minutos del 26 de julio de 2019.



Dirección Académica y de Incorporaciones

Programas de Actualización Jurídica Continua

Cursos Académicos
II Cuatrimestre

ESPECIALIZACIÓN	CÓDIGO	CURSO	HORAS
Especialización en Derecho Laboral (136 horas)	DL-04	Proceso Ordinario y Fase recursiva en materia Laboral	20
Especialización en Derecho Laboral Un enfoque para administración del Talento Humano (96 hrs)	RH-04	Tiempo de Trabajo, jornadas y procedimientos especiales administrativos	24
Especialización en Derecho Penal (208 horas)	DP-05	Etapas del Proceso	36
Especialización en Derecho Familia (156 horas)	DF-04	Teoría general del proceso de familia	20
Especialización en Contratación Administrativa	CA-04	Responsabilidades de las partes, incumplimiento y control jurisdiccional en la contratación administrativa	32
Especialización en Derecho Comercial (128 horas)	DC-04	Derecho Concursal	32
Especialización en Derecho Administrativo (152 horas)	DA-05	Juicio Oral y Público, Fase recursiva y ejecución de sentencia del proceso contencioso administrativo	32
Especialización en Derecho Municipal (96 horas)	DM-03	Tributos y finanzas municipales	32
Especialización en Derecho Tributario (96 horas)	DT-03	Derecho Sancionatorio y Recursivo Tributario	20
Cursos Libres por videoconferencia	CL-07	Ley marco de empleo público	24
	CL-09	Responsabilidad civil de las plataformas digitales	12
	CL-08	Investigación de Accidentes y enfermedades laborales	8
Deontología Jurídica	DJ-02	Deontología Jurídica	32

Para más información:

WhatsApp: **2202-3707**

Correo electrónico: **educacioncontinua@colabogados.cr**

Sitio Web: **<https://www.campusvirtualabogados.cr/>**

Inversión para personas
agremiadas por curso:
32 horas: 64.000 colones
24 horas: 48.000 colones
20 horas: 40.000 colones

Incluyen certificado de participación o de
aprovechamiento según la duración del curso



Conozca la Sede Regional Puntarenas

En esta sede usted puede realizar los siguientes servicios:

- Recepción de documentos para incorporación
- Actualización de datos personales de agremiados y agremiadas
- Actualización de datos de beneficiarios(as) de póliza de gastos médicos y de fondo de mutualidad
- Pago de colegiatura y trámite de afiliación para cobro automático
- Compra de timbres
- Cursos de actualización jurídica, charlas y talleres
- Solicitud y entrega de certificaciones y constancias
- Solicitud de carné para personas incorporadas y familiares
- Recepción de documentos para reembolso de gastos médicos
- Compra de artículos promocionales y libros

Para más información comuníquese
al teléfono: **2663-0929**
o escriba al correo electrónico:
sedepuntarenas@colabogados.cr



ARTÍCULOS INTERNACIONALES



Diligencia debida en materia de Derechos Humanos en Arbitraje Internacional de Inversión.

Por: María Camila RINCÓN y Santiago ZULETA

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la naturaleza jurídica del concepto de diligencia debida y la forma en que dicho concepto ha sido definido y aplicado por los tribunales arbitrales de inversión, para evaluar la conducta del inversor en el territorio del Estado receptor de la inversión, particularmente, en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones en materia de Derechos Humanos y medioambiente, tanto nacionales como internacionales. A estos efectos, el análisis se dividirá en cinco apartados: (I) introducción; (II) el concepto de debida diligencia; (III) la evolución en la regulación de la debida diligencia en materia de empresas y Derechos Humanos; (IV) debida diligencia en los tribunales arbitrales de inversión y (V) los desafíos de los tribunales arbitrales de inversión.

En la primera sección, se presenta una breve introducción al concepto de diligencia debida. En la segunda sección, se analizan los diferentes enfoques del concepto de diligencia debida, según se aplica e interpreta en distintos sistemas legales e industrias. En el tercer apartado, se remonta a los orígenes y evolución del concepto de diligencia debida. Por otra parte, en la cuarta sección, se analizan múltiples laudos emitidos por tribunales internacionales de arbitraje y las

diferentes posiciones que han adoptado al analizar la conducta del inversionista a través del lente de la diligencia debida. Finalmente, se abordan algunos desafíos para los tribunales de inversión, como el problema de la ley aplicable cuando los Derechos Humanos entran en juego como materia de una disputa basada en obligaciones de inversión apoyada en tratados, así como el hecho de que la ley de inversión no brinda a las personas y personas afectadas por la inversión comunidades con un mecanismo significativo para remediar los abusos o violaciones de los derechos humanos relacionados con las inversiones.

Abstract: The objective of this article is to analyze the legal nature of the concept of due diligence and the way in which the concept has been defined and applied by investment arbitration tribunals to evaluate the conduct of the investor in the territory of the host State of the investment, particularly regarding compliance with human rights and environmental obligations, both domestic and international.

For these purposes, the analysis will be divided into five sections: (I) introduction; (II) the concept of due diligence; (III) the evolution in the regulation of due diligence in matters of

business and human rights; (IV) due diligence in investment arbitration tribunals; and (IV) the challenges of investment arbitration tribunals.

In the first section, a brief introduction to the concept of “due diligence” will be presented. In the second section, an analysis of different approaches to the concept of “due diligence”, as applied and interpreted in different legal systems and industries. In the third section, the main objective is to analyze the origins and evolution of the concept of “due diligence”. In the fourth section, analyze multiple awards issued

by international arbitration tribunals and the different positions that they have adopted when analyzing the investor’s behavior through the “due diligence” lenses. Finally, some challenges for investment tribunals will be presented, including the problem of applicable law when human rights come into play as matter of a dispute based on treaty-based investment obligations, and the fact that investment law fails to provide investment-affected individuals and communities with a meaningful mechanism for remedying investment-related human rights abuses or violations.

I. Introducción

El comercio internacional, a menudo, genera conflictos sociales y legales entre diferentes actores¹. Por este motivo, los Estados, la sociedad civil y el sector privado han visto la necesidad de contar con estrategias como la diligencia debida para identificar, entre otros aspectos, los riesgos del contexto, las leyes aplicables y los posibles impactos sociales y medioambientales de una inversión². El cumplimiento de la diligencia debida debe incluir la consideración del marco jurídico nacional, los tratados internacionales y otros instrumentos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Principios de Ecuador, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (PRNU), así como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales. La diligencia debida debe centrarse en el marco normativo del Estado (por ejemplo, derechos de

propiedad, de inversión y laborales); las licencias sociales (como la consulta previa y los permisos medioambientales), además de la protección y seguridad (por ejemplo, protestas sociales y terrorismo).

La diligencia debida puede ayudar a los inversionistas a crear más valor y definir un marco para sus expectativas legítimas. Además, desde el punto de vista de los Estados, puede servir para fomentar la inversión extranjera, procesar las necesidades sociales e impulsar la gobernanza en diversos sectores de la economía. Esta es una herramienta que permite que las partes reúnan y utilicen la información como mecanismo para evitar conflictos y puede ayudar a las empresas a mitigar posibles riesgos, así como a cumplir los requisitos legales nacionales y las normas internacionales de responsabilidad relativas a cuestiones específicas de Derechos Humanos.

I. El concepto de diligencia debida

La interpretación más común del concepto de diligencia debida es: “la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe esperar

¹ Saskia Sassen. (2006). *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press; (2014). *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*. Harvard University Press.

² Naciones Unidas. Resoluciones 17/4, 26/22 y 35/7.

razonablemente, y con la que normalmente actúa, un hombre prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión”³. En algunas jurisdicciones de Derecho Anglosajón, la diligencia debida suele ser un deber de tomar precauciones⁴. En otros contextos, puede ser una obligación que conlleva la realización de diferentes actividades por parte de un Estado o de una persona⁵.

Tanto en el Derecho doméstico como en Derecho Internacional, existen normas que buscan fomentar el comportamiento adecuado de los empresarios y el respeto por el Estado de Derecho. La mayoría de las jurisdicciones de tradición civilista contienen normas sobre la diligencia debida (Código Civil y Código de Comercio); por su parte, los países de tradición anglosajona contienen decisiones judiciales y doctrinas que cumplen funciones equivalentes. En los sistemas de tradición civilista influenciados por el Derecho Romano, la norma se remite a la conducta que se espera de un *paterfamilias* prudente, como cabeza de familia y de un comerciante diligente. Según el Derecho Romano, un individuo puede ser considerado responsable de un daño cuando: “lo que debería haber sido previsto por un hombre diligente no fue previsto”⁶.

³ Naciones Unidas. La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos, Guía para la interpretación. Nueva York y Ginebra, 2012. P. 7.

⁴ Cassell, D. Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence, 1 Bus. & Hum. Rts. J. 179 (2016).

⁵ K.L.H. Samuel, ‘The Legal Character of Due Diligence: Standards, Obligations or Both?’, 1 Central Asian Yearbook of International Law (2018/2019).

⁶ Jonathan Bonnitcha, Robert McCorquodale. The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, *European Journal of International Law*, Volume 28, Issue 3, August 2017, Page 902. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chx042>

En los sistemas de Derecho Anglosajón, la diligencia debida forma parte del Derecho Civil extracontractual (*tort law*)⁷. Para entender mejor la diligencia debida, es fundamental entender los antecedentes de negligencia, pues, a pesar de que ha existido un largo debate sobre la cuestión, cierta jurisprudencia estadounidense concluyó que la base de la responsabilidad extracontractual era la culpa o la falta de cuidado⁸. Así pues, la definición y el nivel de cuidado en el Derecho extracontractual se centran en lo que una parte debería haber sabido⁹.

Algunos contextos pueden no ser intrínsecamente riesgosos para las operaciones comerciales. Sin embargo, existen diferentes circunstancias como los asuntos relacionados con el Estado de Derecho, la falta de control sobre el cumplimiento de las normas, la corrupción o la conducta empresarial que pueden afectar o poner en riesgo los Derechos Humanos¹⁰. Por consiguiente, les corresponde a los Estados proteger los Derechos Humanos y para ello deben crear las condiciones adecuadas que permitan aplicar la diligencia debida y asegurar que los terceros cumplan con sus obligaciones legales¹¹.

⁷ Van Dam, C. (2011). Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, 2(3), 221-254. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/jetl.2011.221>

⁸ Ibid.

⁹ Robert J. Kaczorowski, Common-Law Background of Nineteenth-Century Tort Law, 51 Ohio St. L.J. 1127 (1990) Disponible en: http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/262

¹⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable. 2018.

¹¹ Organización de Estados Americanos. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

En el área de las empresas y los Derechos Humanos, según los PRNU, las empresas deben llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos, “con el fin de identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre cómo abordan su impacto sobre los Derechos Humanos”¹². Este proceso debe: “incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los Derechos Humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto, el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias”¹³.

II. La evolución en la regulación de la diligencia debida en materia de empresas y Derechos Humanos

La relación entre el comercio internacional y los Derechos Humanos tiene una larga historia¹⁴. La obligación principal de proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales recae en el Estado, pues son estos quienes deben proteger al ciudadano contra los abusos en esta materia cometidos por terceros. Para los inversionistas, el respeto de los Derechos Humanos es el estándar global de conducta esperada, independientemente de la capacidad o la voluntad de los Estados de cumplir con sus obligaciones en dicha materia¹⁵. Por lo que, a lo largo de la última década, la regulación sobre estos derechos ha pasado de normas y principios voluntarios a leyes de obligatorio cumplimiento a nivel nacional¹⁶.

Existen diferentes actores buscando crear nuevas normas que regulen la responsabilidad por afectaciones a los derechos humanos de los actores no estatales, como ONG, inversionistas y empresas. Las organizaciones internacionales han desarrollado varios instrumentos de Derecho no vinculante, como directrices, principios y normas, para ayudar a las empresas a evitar el riesgo de verse implicadas en violaciones de Derechos Humanos¹⁷.

En 2003, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU se puso en contacto con el profesor John Ruggie para trabajar en una propuesta sobre la responsabilidad de las empresas multinacionales como consecuencia de las violaciones de estos derechos¹⁸. Como resultado de dicho trabajo, en 2001 se publicaron los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* compuestos por los pilares de “proteger, respetar y remediar” los Derechos Humanos¹⁹. Este conjunto de principios incluye la diligencia debida como forma de gestionar proactivamente los impactos adversos potenciales y reales sobre los Derechos Humanos. La diligencia debida que se incorpora en este marco consta de cuatro componentes básicos: (i) identificar el contexto y las condiciones existentes para cumplir con los deberes de Derechos Humanos y evaluar los impactos adversos reales o potenciales sobre los Derechos Humanos; (ii) tomar las medidas adecuadas para reducir los impactos adversos

¹² Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. 2011. Principio N.º 17.

¹³ Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. 2011. Principio N.º 17.

¹⁴ Miles K. The origin of international investment law. Cambridge University Press. 2013.

¹⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. 2011. Pp. 33.

¹⁶ Cantú H. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del statu

quo? En: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, D. F. 2013, pp. 313-354,

¹⁷ Van Dam, C. (2011). Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms on the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, 2(3), 221-254. <https://doi.org/10.1515/jetl.2011.221>

¹⁸ Ruggie, J. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. W.W. Norton & Company, 2013.

¹⁹ Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. 2011.

sobre los Derechos Humanos y prevenir conflictos futuros; (iii) hacer un seguimiento de la eficacia de los procesos y las medidas que se hayan tomado; y (iv) comunicar cómo se están manejando los impactos ²⁰.

En el marco de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los Estados, las empresas y la sociedad civil han estado debatiendo el contenido de un tratado jurídicamente vinculante para regular, mediante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas ²¹. En cuanto a la diligencia debida, el borrador del tratado establece en el artículo 9 que:

“Los Estados Parte velarán por que en su legislación interna todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional en su territorio o en territorios bajo su jurisdicción o control respeten las obligaciones de diligencia debida con respecto a dichas actividades, teniendo en cuenta los posibles efectos sobre los Derechos Humanos derivados del tamaño, la naturaleza, el contexto y el riesgo asociados con las actividades empresariales” ²².

El borrador plantea la diligencia debida en materia de Derechos Humanos como una norma de conducta: exige a las empresas que hagan todo lo posible por “prevenir” causar daños a los Derechos Humanos.

A nivel de las jurisdicciones nacionales, se han expedido nuevas leyes, por ejemplo, la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido (2015), la Ley francesa sobre el “Deber de Vigilancia” (2017) y la iniciativa suiza sobre la diligencia debida ²³;

²⁰ Ibid.

²¹ <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>

²² <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>

²³ Shift (2021). Human Rights Due Diligence: the State

establecen normas nacionales que: “adquieren relevancia en el arbitraje entre inversionistas y Estado a través de las disposiciones de ‘legislación aplicable’ o, a falta de una elección expresa de ley, como ley del Estado receptor” ²⁴. La reciente evolución de la legislación nacional en el ámbito de las empresas y los Derechos Humanos puede ofrecer nuevas oportunidades para que las normas de Derechos Humanos se tengan en cuenta en el arbitraje entre inversionistas y Estados.

En el ámbito del arbitraje internacional inversionista-Estado, la referencia a cuestiones relacionadas con Derechos Humanos es muy escasa. No obstante, en la nueva generación de acuerdos internacionales de inversión (AIIs), se incluyen obligaciones directas y vinculantes para las empresas en materia de Derechos Humanos. Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversión entre Marruecos y Nigeria de 2016 se destaca por su innovadora regulación en materia de derechos humanos; contiene referencias expresas a la necesidad de proteger los Derechos Humanos y estipula que: “los inversionistas y las inversiones deberán respetar los Derechos Humanos en el Estado receptor”. Otro ejemplo se ve en las disposiciones de responsabilidad social corporativa establecidas en el Tratado Bilateral de Inversión entre Canadá y Mongolia de 2016.²⁵ Asimismo, en el artículo 7(1) del nuevo modelo de Tratado Bilateral de Inversión holandés de 2018, relacionado con las obligaciones de los inversionistas, se establece explícitamente que: “[l]os inversionistas y sus inversiones deberán cumplir con las leyes y reglamentos internos del Estado receptor, incluidos las leyes y reglamentos

of Play in Europe. Disponible en: <https://shiftproject.org/resource/mhrdd-europe-map/> (Consultado 15-12-2021).

²⁴ Maxwell and Caitlin Eaton of Herbert Smith Freehills. Human rights in ISDS: where are we now? Global Arbitration Review, 2019.

²⁵ Ver: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3698/canada---mongolia-bit-2016->

sobre Derechos Humanos, protección del medio ambiente y “leyes laborales”. Adicionalmente, el artículo 7(3) establece que: “las Partes Contratantes reafirman la importancia de que los inversionistas lleven a cabo un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre los riesgos e impactos ambientales y sociales de su inversión”²⁶.

Por su parte, el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Colombia y España prevé que:

“Una Parte Contratante podrá denegar los beneficios de este Acuerdo a: (...)

(d.) un Inversionista de la otra Parte Contratante, cuando una corte internacional reconocida por ambas partes, o una autoridad judicial de alguna de las Partes Contratantes le haya condenado, y dicha condena haya quedado en firme en los diez (10) años previos a la presentación de la solicitud de arbitraje, por:

(i.) la comisión de crímenes internacionales de acuerdo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

(ii.) patrocinar o financiar organizaciones o personas que hayan cometido:

(1.) crímenes internacionales de acuerdo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o

(2.) actos de terrorismo según lo definido por la normativa internacional aplicable sobre las conductas que constituyen terrorismo y/o incluidas en listas internacionales de personas u organizaciones relacionadas con el terrorismo”²⁷.

²⁶ Ver: <https://www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden>

²⁷ Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6373/download>.

Algunos tratados más recientes hacen referencia explícita a las Líneas Directrices de la OCDE sobre Responsabilidad Social Empresarial, lo que sugiere que la legislación sobre la responsabilidad corporativa y sobre la responsabilidad de los Estados frente a los inversionistas extranjeros tendrá su punto de encuentro en el desarrollo de la legislación sobre las reconversiones contra los inversionistas extranjeros en el marco del arbitraje de inversiones²⁸. Existen indicios que permiten ver un cambio en el énfasis de los acuerdos internacionales de inversión modernos en lo que se refiere a los Derechos Humanos. Los Estados pueden tratar de imponer a las empresas deberes y obligaciones en dicha materia como condición de protección de los tratados de inversión.

III. Diligencia debida y arbitraje internacional de inversiones

A. Alcance según las decisiones arbitrales sobre el comportamiento de inversión

El concepto de diligencia debida puede abordarse desde dos perspectivas diferentes: la primera corresponde a las normas de conducta necesarias para cumplir una obligación de medios (no de resultados) y la segunda procede del Derecho Corporativo, consiste en un proceso de identificación y gestión de riesgos. Aunque ambos conceptos se han aplicado en el marco del arbitraje entre inversionistas y Estados, este artículo se centra en la segunda perspectiva.

Se entiende por diligencia debida el proceso de investigación que realiza una empresa para identificar y gestionar riesgos comerciales. Su objetivo principal es revisar y confirmar los hechos, los datos y las declaraciones en torno a

²⁸ M. Sornarajah. *Resistance and change in the international law on Foreign Investment*. Cambridge University Press. 2015

una transacción comercial²⁹. En el ámbito de las fusiones y adquisiciones, la diligencia debida se lleva a cabo para permitir al comprador conocer los riesgos y los diferentes aspectos de la empresa que se adquiere; incluye un análisis de activos, contratos, clientes, instalaciones, recursos humanos, convenios colectivos, cuestiones medioambientales, propiedad, planta y equipo, cadena de suministro, impuestos, entre otros³⁰.

No obstante, los procesos de diligencia debida no son exclusivos del ámbito de las fusiones y adquisiciones. El término se utiliza para referirse a cualquier conjunto de procesos que una empresa realiza con el fin de identificar y gestionar riesgos, por ejemplo, los riesgos de asociarse con un nuevo socio, contratar personas naturales, realizar un préstamo o invertir en un sector específico. En otras palabras, el alcance y la extensión de una diligencia debida varían según la naturaleza y el contexto de la transacción.

En el ámbito del arbitraje entre inversionistas y Estados, los tribunales arbitrales han aplicado el concepto de diligencia debida —entendido como un proceso de evaluación de riesgos— para abordar dos problemas jurídicos diferentes: i) definir si una inversión se realizó de acuerdo con las normas del Estado receptor; y ii) definir si las expectativas de un inversionista son “legítimas”.

B. Inversión de acuerdo con la normativa del Estado receptor

Para que un inversionista pueda acceder al mecanismo de resolución de controversias de un acuerdo internacional de inversión (AII), debe cumplir una serie de requisitos jurisdiccionales

básicos, entre ellos que la inversión sea una “inversión” cubierta por el AII y que el inversionista sea nacional del otro Estado parte del AII.

Los AIIs suelen incluir disposiciones que exigen que las inversiones se realicen “de conformidad con la legislación” del Estado receptor, para que la inversión se considere cubierta por el acuerdo. En este sentido, el consentimiento otorgado por las partes de un AII se limita a los litigios derivados de inversiones que reúnen características específicas. Aunque, por regla general, la legislación aplicable en los arbitrajes entre inversionistas y Estados es el Derecho Internacional, a la hora de evaluar si una inversión se realiza “de acuerdo con la ley”, se debe aplicar la legislación interna del Estado receptor de la inversión. En este sentido, en el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. La República de Filipinas*, el tribunal señaló que:

“El tratado bilateral de inversión (TBI) es, sin duda, un instrumento internacional, pero sus artículos... remiten al derecho nacional, un mecanismo que no es inusual en los tratados... El incumplimiento de la ley nacional a la que se refiere un tratado tendrá efectos jurídicos internacionales”.³¹

Así pues, los AII que declaran expresamente que solo las inversiones realizadas “de conformidad con la ley” del Estado receptor de la inversión son inversiones cubiertas por dicho acuerdo, restringen la jurisdicción de un tribunal arbitral para decidir una demanda relativa a tal inversión. En caso de que un tribunal considere que una inversión no se ha realizado de acuerdo

²⁹ Evans, ‘Due Diligence: The English Way’, 6 International Company and Commercial Law Review (1995) 195, at 195

³⁰ Slaughter and May, Due Diligence and Disclosure in Private Acquisitions and Disposals (2007), at 8–10; Chu, ‘Avoiding Surprises through Due Diligence’, 6 Business Law Today (1996–1997) 8.

³¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Serv. Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. AR1/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 394; *Tokios Tokeles c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción, (29 de abril de 2004), 20 Rev. CIADI 205, p. 184.

con las normas del Estado receptor, podrá declarar su falta de jurisdicción *ratione materiae* para resolver el caso.³²

Algunos tribunales han decidido que la conformidad con la legislación del Estado receptor de la inversión es un requisito implícito que no requiere estar establecido en el tratado para ser aplicado³³. Este fue el caso de *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, un arbitraje en el marco del Tratado de la Carta de la Energía (TCE). A pesar de que el TCE no prevé expresamente la conformidad de la inversión con la legislación del Estado receptor, el Tribunal analizó la legalidad de la inversión y la admisibilidad de las reclamaciones del demandante en relación con dicha inversión. El tribunal concluyó que: “las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a las inversiones realizadas en contra de la ley”³⁴.

En *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. La República de Ghana*, el tribunal adoptó una posición similar al señalar que, a pesar de no estar expresamente previsto en el texto del tratado, una inversión no estará protegida si se ha realizado en violación de las leyes del Estado receptor.

Es importante aclarar que, si un tratado no prevé una cláusula que exija el cumplimiento de la inversión con la ley, un tribunal arbitral podrá decidir evaluar la legalidad de la inversión no como un asunto de jurisdicción, sino como una cuestión de admisibilidad de la demanda. En cualquier caso, la cuestión fundamental se convierte en si la

inversión se realizó de acuerdo con las leyes del Estado receptor de la inversión. Para resolverlo, los tribunales arbitrales han reconocido que el inversionista tiene la obligación de investigar la legislación y el marco normativo del país en el que invierte³⁵.

En el caso *Alasdair Ross Anderson y otros c. La República de Costa Rica*, el tribunal arbitral consideró que no tenía jurisdicción en el caso, porque la inversión no se realizó de acuerdo con la legislación costarricense. Este caso tiene que ver con una demanda presentada por 137 ciudadanos canadienses contra Costa Rica por supuestas violaciones al Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Canadá-Costa Rica, relacionadas con inversiones hechas a través de terceros (los hermanos Villalobos). El TBI entre Canadá y Costa Rica define la “inversión” como: “cualquier tipo de activo que sea propiedad de o que esté controlado ya sea directa, o indirectamente a través de una empresa o persona natural de un tercer Estado, por un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última”³⁶. El tribunal encontró que los hermanos Villalobos habían violado la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, al participar en la intermediación financiera sin autorización y concluyó que, debido a que la transacción a través de la cual los demandantes obtuvieron la propiedad de sus activos no cumplía con la ley de Costa Rica, los demandantes no tenían una inversión cubierta por el tratado de acuerdo con las leyes costarricense. Por lo tanto, el tribunal se

³² Saluka Investments BV c. República Checa, CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 204; Fakes c. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, párr. 115.

³³ Phoenix Action, Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009.

³⁴ Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párr. 138.

³⁵ Reinhard Hans Unglaube c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012, párr. 258; Marion Unglaube c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/08/1, Laudo, 16 de mayo de 2012, párr. 258.

³⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Artículo 1(g). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/603/download>.

declaró incompetente para decidir el caso ³⁷.

Al llegar a esta conclusión, el tribunal señaló que:

“Las prácticas de inversión prudente indican que cualquier inversionista deberá ejercer la diligencia debida antes de comprometer fondos en una propuesta de inversión concreta. Un elemento importante de dicha diligencia debida es que los inversionistas se aseguren de que sus inversiones cumplen la ley. Esta obligación de diligencia debida es razonable y no es excesivamente onerosa. Sobre la base de las pruebas presentadas al Tribunal, está claro que los demandantes no ejercieron el tipo de diligencia debida que los inversionistas razonables habrían ejercido para asegurarse de que sus depósitos en el esquema Villalobos eran conformes a las leyes de Costa Rica” ³⁸.

Siguiendo la misma postura, en el caso *Churchill Mining c. Indonesia*, el tribunal señaló que los inversionistas deben ejercer un nivel razonable de diligencia debida cuando realizan una inversión, especialmente cuando invierten en un entorno empresarial de riesgo. En este orden de ideas, el tribunal consideró que:

“[E]l alcance de la diligencia debida depende de las circunstancias particulares de cada caso, como lo es el clima empresarial general. Esto incluye asegurarse de que la inversión propuesta cumple con la normativa interna e investigar la fiabilidad de un socio y las declaraciones realizadas por dicho socio antes de invertir”.

³⁷ Alasdair Ross Anderson *et al* c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 58.

³⁸ Alasdair Ross Anderson *et al* c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 58.

En el caso concreto, el tribunal decidió que la demanda era inadmisibile, porque la inversión se realizó en violación del Derecho interno indonesio, ya que los títulos mineros se habían obtenido mediante una conducta fraudulenta.

C. La diligencia debida en las expectativas legítimas del inversionista

Los tribunales arbitrales también han aplicado el concepto de diligencia debida al evaluar las “expectativas legítimas” de un inversionista cuando invierte en el Estado receptor de la inversión. Como señaló el tribunal en *South American Silver c. Bolivia*, aunque existen diferentes enfoques, los tribunales internacionales de inversión han identificado los requisitos que deben cumplir las expectativas del inversionista para ser consideradas “legítimas” y merecer la protección de un AII ³⁹. En primer lugar, el inversionista debe haber actuado con la diligencia debida. En segundo lugar, las expectativas deben ser razonables a la luz de las circunstancias existentes. Las circunstancias que el inversionista debe tener en cuenta no son solo de carácter jurídico, sino que incluyen el entorno social, cultural y económico del Estado que recibe la inversión, entre otros factores ⁴⁰.

Asimismo, en el caso *Duke Energy c. Ecuador*, el tribunal señaló que:

“Para ser protegidas, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que realiza la inversión. La evaluación de la razonabilidad o legitimidad debe tener en cuenta todas las circunstancias, incluyendo no sólo los hechos que rodean

³⁹ *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso PCA No. 2013-15, Laudo, 30 de agosto de 2018, párr. 648.

⁴⁰ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párr. 340

la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas que prevalecen en el Estado receptor. Además, las expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado ofreció al inversionista y éste debe haberse basado en ellas al tomar la decisión de invertir”⁴¹.

Los tribunales han considerado que, para realizar un análisis exhaustivo de las circunstancias y los riesgos que rodean a una inversión, el inversionista debe llevar a cabo un proceso de investigación para identificar y gestionar los riesgos asociados a la inversión, así como comprender el marco normativo aplicable y garantizar su cumplimiento. En *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, el tribunal concluyó que es deber del inversionista llevar a cabo un proceso de diligencia debida antes de realizar una inversión y también es necesario mantener un comportamiento adecuado tanto antes como durante dicha inversión⁴².

En *MTD c. Chile*, el tribunal reafirmó que los TBI no son salvaguardas contra el riesgo comercial, por lo que los inversionistas deben asumir las consecuencias de sus acciones como empresarios experimentados. En este caso, una empresa malaya y su subsidiaria en Chile, MTD, iniciaron un arbitraje en virtud del TBI entre Chile y Malasia, después de que el gobierno chileno denegara a MTD la autorización para construir una ciudad satélite en el municipio chileno de Pirque. Los terrenos obtenidos por los denunciantes para desarrollar el proyecto estaban destinados a uso agrícola y debían ser recalificados antes de que MTD pudiera avanzar en la construcción de la ciudad. El gobierno chileno aseguró a MTD que

la recalificación de los terrenos se lograría con prontitud y la Comisión de Inversiones firmó una aprobación general para invertir en Chile; motivo por el cual los demandantes invirtieron 17 millones de dólares en el proyecto. Sin embargo, el organismo gubernamental responsable de la recalificación decidió no recalificar los terrenos propiedad de MTD alegando que era inconveniente e iba en contra de la legislación chilena. En este sentido, el tribunal concluyó que los demandantes tomaron una mala decisión empresarial, porque no se esforzaron en llevar a cabo una diligencia debida razonable para consultar si la recalificación era viable y si el precio por el que adquirieron los terrenos era razonable”⁴³.

En asuntos de Derechos Humanos con relación a las expectativas legítimas, los tribunales de arbitraje no han aplicado el concepto de diligencia debida como un proceso de identificación y gestión de riesgos, sino como un estándar de comportamiento. Por su parte, el tribunal de *South American Silver c. Bolivia* consideró que el inversionista no actuó con diligencia en su relación con las comunidades indígenas locales porque hubo deficiencias graves en su estrategia de comunicación con ellas, lo que exacerbó el conflicto social⁴⁴. La estrategia agresiva adoptada por la empresa se encontraba muy lejos de la búsqueda de consensos o acuerdos y solo pretendía debilitar a los opositores al proyecto⁴⁵.

En *Bear Creek c. Perú*, un caso en el que el inversionista pretendía desarrollar un proyecto minero en una zona habitada por comunidades

⁴¹ Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párr. 340

⁴² Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, párr. 525.

⁴³ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 178.

⁴⁴ South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso PCA No. 2013-15, Laudo, 30 de agosto de 2018, párr. 507.

⁴⁵ South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso PCA No. 2013-15, Laudo, 30 de agosto de 2018, párr. 505.

indígenas en la región de Puno, el tribunal tuvo que decidir sobre la contribución del inversionista a la situación de malestar social en la zona y las implicaciones de dicha contribución. En primer lugar, el tribunal aclaró que, aunque el Convenio 169 de la OIT solo impone obligaciones a los Estados, contiene principios esenciales para el desarrollo de un proceso de consulta previa. En este sentido, el tribunal evaluó si las consultas se realizaron de buena fe, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias del proyecto, así como de las comunidades afectadas, y si el objetivo era llegar a un acuerdo.

La segunda cuestión que el tribunal analizó fue si el inversionista tenía la obligación de ir más allá en sus actividades de divulgación y comunicación, si la ausencia de este elemento adicional causó o contribuyó al malestar social, y si la conducta del inversionista tuvo un impacto en la reparación al Estado. El tribunal consideró que no había pruebas suficientes para concluir que, si se hubiera aplicado adecuadamente un programa de socialización con las comunidades, no se habrían producido los hechos que condujeron a la pérdida de la inversión de la demandante ⁴⁶.

Aunque la mayoría del tribunal estuvo de acuerdo con esta decisión, el profesor Philippe Sands presentó una opinión disidente en la que afirmaba que los actos y omisiones de la demandante contribuyeron sustancialmente a los acontecimientos que llevaron al colapso del proyecto de la demandante. En concreto, arguyó que el proyecto colapsó por la imposibilidad de que el inversionista obtuviera la “licencia social”, es decir, el entendimiento entre la empresa y las comunidades en relación con el proyecto. La falta de transparencia en las etapas iniciales del proyecto contribuyó a socavar la confianza de las comunidades, por lo que habrían sido

previsibles las revueltas sociales que surgieron posteriormente ⁴⁷.

En cuanto a la aplicación del Convenio 169 de la OIT, el profesor Sands señaló que el Convenio es aplicable a los pueblos indígenas ubicados en la zona del Proyecto Santa Ana y que es obligación del Estado implementarlo a través de la legislación nacional. Ahora bien, “el hecho de que el Convenio no imponga obligaciones de forma directa en el inversionista particular extranjero en calidad de tal no significa, sin embargo, que no reviste importancia o que carece de efectos legales respecto de ellos”. Teniendo en cuenta que el Derecho aplicable a una controversia en el marco del TLC entre Canadá y Perú es el tratado mismo y las normas de Derecho Internacional, además, que el Convenio 169 de la OIT es una norma de Derecho Internacional aplicable en el territorio peruano, el tribunal tiene la facultad de basarse en el Convenio para determinar si la demandante cumplió con su obligación de hacer efectivas las expectativas del pueblo aymara de manera adecuada, teniendo en cuenta todos los requisitos legales pertinentes, incluida la aplicación de la legislación peruana a través de la cual se implementa el Convenio 169 de la OIT.

Las decisiones mencionadas anteriormente reflejan la importancia de que un inversionista conozca la normativa del Estado receptor de la inversión. Este requisito puede cumplirse mediante un proceso de diligencia debida en el que se identifiquen claramente las normas aplicables y se verifique su cumplimiento.

IV. Desafíos de los tribunales arbitrales de inversión

Los árbitros han adoptado puntos de vista

⁴⁶ Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017, párrafos 240-242.

⁴⁷ Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Opinión Parcialmente Disidente del Profesor Philippe Sands QC, 30 de noviembre de 2017, párr. 6.

muy diferentes cuando se enfrentan a la defensa generalizada de los Derechos Humanos. Por lo que la aplicación de la normativa de Derechos Humanos a los casos de inversión internacional puede ser extremadamente difícil. ¿Cómo abordan los tribunales de inversión en el día a día los casos que implican la interacción entre los Derechos Humanos y las obligaciones del Derecho de las inversiones? ¿Cuáles son los desafíos que se presentan y cómo se manejan?. Los árbitros rara vez ofrecen una explicación teórica detallada sobre la aplicación de los Derechos Humanos a los casos de AII que analizan ⁴⁸.

En primer lugar, se debe abordar la cuestión de la legislación aplicable cuando los Derechos Humanos entran en juego como parte de una disputa basada en obligaciones de inversión en el marco de un tratado ⁴⁹. Las fuentes legales disponibles para resolver este tipo de controversias ofrecen perspectivas que varían según el caso. Además, se deben identificar obligaciones que apuntan al lenguaje de los Derechos Humanos en el cuerpo de los tratados de inversión existentes. Los factores geográficos, como la pertenencia a un sistema regional de Derechos Humanos, también condicionan las categorías que se invocan al abordar temas de Derechos Humanos ⁵⁰. Algunas fuentes integran los argumentos de Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversiones como principios de Derecho Internacional, de acuerdo con varios TBI y con el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Otras

fuentes rechazan “las doctrinas que no se derivan del sistema de arbitraje de inversiones, pero están abiertas a tener en cuenta fuentes de Derecho Internacional no relacionadas con las inversiones en la toma de decisiones arbitrales” ⁵¹. Según estas últimas, el tratado establece la jurisdicción y determina la disputa. En caso de que surja un conflicto entre normativas, “un tribunal debe dar prioridad al tratado que le corresponde aplicar” ⁵².

En segundo lugar, la naturaleza, los orígenes y las características de las obligaciones en materia de Derechos Humanos son indivisibles e independientes. La mayoría de los casos que tienen que ver con los Derechos Humanos implican un mayor grado de riesgo. La jurisprudencia ha demostrado que es difícil e incluso puede llegar a ser peligroso encontrar toda la información y las pruebas pertinentes sobre Derechos Humanos para consolidar un expediente. Más aún, las violaciones de los Derechos Humanos se producen, a menudo, bajo circunstancias turbias.

En tercer lugar, existen desafíos en cuanto a los recursos legales y el acceso a la justicia. El Derecho de las inversiones no proporciona a las personas y comunidades afectadas negativamente por las inversiones, un mecanismo significativo para remediar los abusos o las violaciones de los Derechos Humanos. Adicionalmente, cada vez surgen nuevos obstáculos y dificultades para los titulares de derechos, incluidos los defensores de los Derechos Humanos que buscan justicia por abusos o violaciones relacionados con las inversiones ⁵³.

⁴⁸ Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights, IIA Monitor No. 2 (2009), International Investment Agreements, UNCTAD, p. 8.

⁴⁹ Eric De Brabandere, “*Human Rights and International Investment Law*”, en Markus Krajewski y Rhea Hoffmann (ed.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment* (Cheltenham: Edward Elgar), *Grotius Centre Working Paper 2018/75-HRL*.

⁵⁰ Steinger, Silvia. “What’s Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration”, *Leiden Journal of International Law* (2018), 31, pp. 33–58.

⁵¹ Ibid.

⁵² Fahner Hendrik J. y Happold M. *The Human Rights Defense in International Investment Arbitration: Exploring the limits of systemic integration*. *International and Comparative Law Quarterly*, 68(3), pp. 741-759.

⁵³ Columbia Center on Sustainable Investment, ‘Input to the UN Working Group on Business and Human Rights regarding guidance on human rights defenders and the role of business’ (15 de marzo de 2018) ; Columbia Center on Sustainable Investment, ‘Submission Re: Criminalization

En cuarto lugar, no es raro que los posibles árbitros para estos casos no tengan suficientes conocimientos o experiencia en materia de Derechos Humanos. La formación y educación jurídica del árbitro definirán el análisis y la interpretación del caso. Antes de emprender cualquier acción o tomar cualquier decisión, las partes deben determinar si el tribunal tiene la capacidad, la experiencia e incluso la potestad para abordar cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos.

V. Conclusión

Existen diversas fuentes legales a disposición de los inversionistas que arrojan luces sobre los deberes y las obligaciones en materia de Derechos Humanos. En caso de que no existan normas locales o internacionales estándar, el inversionista debe aplicar la normativa de responsabilidad empresarial o el Derecho no vinculante consagrado en los Principios Rectores de las Naciones Unidas y la OCDE, lo que, a su vez, implica menos probabilidades de verse involucrado en futuras controversias y litigios.

Las partes que participan en transacciones de inversión pueden limitar su responsabilidad introduciendo en los contratos de inversión, en las asociaciones público-privadas y en otros tipos de acuerdos, cláusulas sobre Derechos Humanos como las de la nueva generación de acuerdos internacionales de inversión. Otra recomendación es desarrollar un análisis jurídico del alcance de los poderes policiales del Estado anfitrión dentro de su marco constitucional y determinar su cobertura y limitaciones en cuanto a la inversión respectiva, para especificar las obligaciones del Estado receptor o su abstención frente a una

norma concreta.

La resolución de casos que contengan cuestiones de Derechos Humanos requerirá investigaciones particulares. Lo más probable es que los tribunales tengan en cuenta hasta qué punto los inversionistas han incumplido las normas nacionales e internacionales pertinentes en materia de Derechos Humanos. Los jueces y árbitros tendrán que analizar si los inversionistas investigaron y se comportaron adecuadamente siguiendo las normas internacionales aplicables en materia de Derechos Humanos y protección del medio ambiente. También es necesario tener en cuenta la diligencia debida del inversionista, asegurándose de que su inversión se realiza de acuerdo con la legislación nacional, incluidos los Derechos Humanos protegidos por el Estado receptor.

Los Estados siguen siendo los principales responsables de las obligaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hay múltiples formas de regular las empresas e imponerles nuevas obligaciones. Por ejemplo, la imposición de deberes, obligaciones y responsabilidades en materia de Derechos Humanos a las empresas puede ser una condición de protección en los tratados de inversión. Se pueden establecer leyes municipales o normas que crean incentivos, por ejemplo, leyes sobre la diligencia debida, para que las empresas cumplan y respeten los Derechos Humanos. En todo caso, los debates sobre la posibilidad de que las empresas sean objeto de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones positivas en materia de Derechos Humanos siguen formando parte de las negociaciones en cuanto a los tratados vinculantes sobre empresas y Derechos Humanos.

and attacks against indigenous peoples defending their rights: proposals for action to prevent and protect' (16 de marzo de 2018) <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/05/Input-regarding-guidance-on-human-rights-defenders-and-the-role-of-business-REV.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo entre el Gobierno de la Republica de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones, Artículo 1(g). Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/603/download>.
- Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6373/download>.
- Alasdair Ross Anderson et al c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010.
- Bonnittha, J and McCorquodale, R. The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, European Journal of International Law, Volume 28, Issue 3, 2017.
- Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017.
- Business & Human Rights Resource Centre. <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>
- Cantú H. Empresas y Derechos Humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del statu quo? En: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, D. F., 2013.
- Cassell, D. Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence, 1 Bus. & Hum. Rts. J. 179, 2016.
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008.
- Eric De Brabandere, "Human Rights and International Investment Law", en Markus Krajewski y Rhea Hoffmann (ed.), Research Handbook on Foreign Direct Investment (Cheltenham: Edward Elgar), Grotius Centre Working Paper 2018/75-HRL.
- Evans, 'Due Diligence: The English Way', International Company and Commercial Law Review, 1995.
- Fakes c. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010.
- Fraport AG Frankfurt Airport Serv. Worldwide c. República de Filipinas, Caso CIADI No. AR1/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007.
- <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investmentagreements/treaties/bit/3698/canada---mongolia-bit-2016->
- <https://www.internetconsultatie.nl/investeringsakkoorden>
- <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6373/download>
- Kaczorowski, R. Common-Law Background of Nineteenth-Century Tort Law, 51 Ohio

- St. L.J. 1127, 1990.
- K.L.H. Samuel, 'The Legal Character of Due Diligence: Standards, Obligations or Both?', 1 Central Asian Yearbook of International Law, 2018-2019.
 - Marion Unglaube c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/08/1, Laudo, 16 de mayo de 2012.
 - Maxwell and Caitlin Eaton of Herbert Smith Freehills. Human rights in ISDS: where are we now? Global Arbitration Review, 2019.
 - Miles K. The origin of international investment law. Cambridge University Press, 2013.
 - MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004.
 - Naciones Unidas. Resoluciones 17/4, 26/22 y 35/7.
 - Naciones Unidas. La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos, Guía para la interpretación. Nueva York y Ginebra, 2012.
 - Naciones Unidas. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2011.
 - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, 2018.
 - Organización de Estados Americanos. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].
 - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, 2011.
 - Phoenix Action, Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009.
 - Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.
 - Reinhard Hans Unglaube c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012.
 - Ruggie, J. Just Business: Multinational Corporations and Human Rights. W.W. Norton & Company, 2013.
 - Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016.
 - Shift. Human Rights Due Diligence: the State of Play in Europe, 2021.
 - Saluka Investments BV c. República Checa, CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006.
 - Sassen, S. Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages, Princeton University Press, 2006; Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy, Harvard University Press, 2014.

- Slaughter and May, Due Diligence and Disclosure in Private Acquisitions and Disposals, 2007.
- Sornarajah M. Resistance and change in the international law on Foreign Investment. Cambridge University Press, 2015.
- South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso PCA No. 2013-15, Laudo, 30 de agosto de 2018.
- Tokios Tokeles c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004.
- United Nations Commission on Trade and Development (UNCTAD), Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights, IIA Monitor No. 2 (2009).
- Van Dam, C. Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, 2(3). (2011).
- Wilson Chu, 'Avoiding Surprises through Due Diligence', Business Law Today, 1997.



La necesidad de la perspectiva de género en la resolución de casos de violencia obstétrica.

Por: Noelia Antonella BARRIOS COLMAN¹ y María Florencia CLÉMENT.²

Resumen: En el presente documento, se analiza un fallo del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de la 4° Nominación de la ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba, Argentina, en el cual se condena a una clínica privada por ejercer violencia de género de tipo psicológica y física en su modalidad obstétrica, por omisión. Dicho fallo se destaca por ser una resolución con perspectiva de género, donde se valora la prueba de un modo acorde a estándares nacionales e internacionales en materia de género, libre de estereotipos de género sexistas y detectando los existentes. Dentro del escrito se examina la Ley cordobesa N.º 10.401 que establece aspectos jurisdiccionales y procesales vinculados a la aplicación —en el ámbito de la referida provincia— de las disposiciones pertinentes de la Ley Nacional Argentina N.º 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, constituyéndose en un elemento clave para resolver casos de violencia obstétrica.

Palabras clave: violencia de género, violencia obstétrica valoración probatoria, perspectiva de género.

Abstract: This investigation analyze a judgment of the Court of Childhood, Adolescence, Family Violence and Gender of the 4th Nomination of the city of Córdoba, Province of Córdoba, Argentina, in which a private clinic is condemned for exercising psychological and physical gender violence in its obstetric modality, by default. It stands out for being a resolution with a gender perspective, where proof is valued in accordance with national and international standards of gender, free of sexist gender stereotypes and detecting existing ones. Within the document, Law No. 10,401 of Cordoba is examined, which establishes jurisdictional and procedural aspects related to the application -in the aforementioned province's ambit- of the pertinent dispositions of the Argentine National Law No. 26,485 of integral protection to prevent, sanction and eradicate violence against women, becoming an elemental key to solve cases of obstetric violence.

Keywords: Gender violence - Obstetric violence - Probative assessment - Gender perspective

¹ Matrícula vigente en el Colegio de Abogados de Santa Fe - 1° Circunscripción. Juan XXIII N.º 1020 - Franck (Provincia de Santa Fe, Argentina) Tel: 3401-510418. nbarrioscolman@gmail.com

² Matrícula vigente en el Colegio de Abogados de Santa Fe - 1° Circunscripción. Defensa 6647 - Santa Fe (Provincia de Santa Fe, Argentina) Tel: 342-5114048 florencia.clement@gmail.com

Introducción

A principios del año 2021, el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de la 4° Nominación de la ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba, Argentina, emitió una sentencia ³ contra una clínica privada, en la que declaró que una mujer embarazada había sido víctima de violencia de género de tipo psicológica y física en su modalidad obstétrica (por omisión). El novedoso pronunciamiento se basó en una valoración de la prueba acorde a los estándares nacionales e internacionales en materia de género, libre de estereotipos de género sexistas y detectando los existentes.

En el siguiente apartado, se analizan las principales cuestiones derivadas de dicho fallo, a fin de comprender el impacto y la importancia de contar con sentencias que se elaboren con perspectiva de género y que se animen a ir más allá de la media, constituyéndose en sí mismas como herramientas que impulsan el cambio social.

Como personas operadoras del Derecho sabemos que no son muchos los casos sobre violencia obstétrica que llegan a los tribunales, de allí la importancia de este precedente. La poca judicialización obedece a múltiples razones, entre ellas, la desconfianza de las mujeres hacia el sistema judicial, el miedo de enfrentarse al poder médico hegemónico, la necesidad de alejarse lo más posible de situaciones traumáticas que dejan huellas invisibles, pero eternas, no solo en los cuerpos, sino en la psiquis de las gestantes, entre otras.

³ Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de la 4° Nominación de la ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba, Argentina. Resolución Clínica Del Sol s/ denuncia por violencia de género del 10 de febrero de 2021. Recuperado de SAIJ.

Desarrollo

El caso disparador.

En el año 2016, una mujer cursando, aproximadamente, veintitrés semanas de embarazo se dirigió a la guardia de una clínica privada por presentar dolores y pérdidas. En el expediente alegó que, cuando ingresó a la institución, no recibió ningún tipo de control y que después de seis horas, cuando el nacimiento ya era inevitable, le informaron que el feto estaba sin vida. La mujer explicó que parió en soledad y sin ningún tipo de asistencia, que después del nacimiento no recibió el trato digno y humanitario que una situación así requiere y no recibió información en torno al motivo del fallecimiento de su bebé. Además, la clínica se negó a proporcionarle el cuerpo de la criatura y su propia historia clínica. Recién a fin de ese año, y con asistencia letrada mediante, pudo obtenerlos.

Durante el proceso, la clínica demandada negó y rechazó todas las acusaciones, dando su propia versión y sosteniendo que incluso se consideran “pioneros” en la materia, ya que poseen un protocolo interno de parto humanizado. Adujeron que la actora ingresó a la institución con un aborto en curso, que fue atendida y se le proporcionó la medicación correspondiente. Agregaron que la expulsión en bloque se realizó en la sala de parto y que luego fue controlada en el área de partos, posteriormente, derivada a su habitación para ser dada de alta al día siguiente.

Una mujer que, producto de la situación traumática brevemente descripta, tuvo tres intentos de suicidio y no pudo sepultar a su hija conforme a la fe que profesaba — hasta pasados cinco meses del desenlace fatal—, llegó a los tribunales en busca de justicia. Pero lo hizo no buscando una reparación económica, sino un reconocimiento, que las personas responsables admitieran que

la violentaron y que se equivocaron. El fallo establece una batería de medidas ejemplares, a fin de evitar que una situación como esta se repitiera en el futuro.

Algunos apuntes sobre la Ley N.º 10.401

En el marco de lo dispuesto por la Ley de la provincia de Córdoba N.º 10.401 ⁴ de *Protección integral a las víctimas de violencia a la mujer por cuestión de género, en el marco procesal, administrativo y jurisdiccional*, que establece aspectos jurisdiccionales y procesales vinculados a la aplicación —en el ámbito de la referida provincia— de las disposiciones pertinentes de la Ley Nacional Argentina N.º 26.485 ⁵, se interpuso una denuncia contra la clínica en cuestión con el objeto de determinar si existió violencia de género bajo la modalidad obstétrica hacia la demandante. Teniendo en cuenta lo enunciado por el artículo 12 de ese cuerpo legal, se aplicó el trámite incidental establecido por el Código de Procedimiento de Familia de la provincia de Córdoba. Por tanto, se hicieron efectivos los principios de contradicción, audiencia y defensa, al dar intervención a la contraria. Así, ambas partes acompañaron la prueba que cada una consideró que hacía a su derecho y respaldaba sus dichos.

La referida ley faculta al tribunal competente a adoptar medidas cautelares y de aseguramiento —determinando el plazo y el régimen de cumplimiento— e incluso estableciendo, en caso de ser necesario, medidas complementarias. Es su obligación controlar la eficacia de las medidas, teniendo facultades también para dictaminar otras

diferentes ante su incumplimiento. Este aspecto mencionado reviste importancia, dada la delicada índole de los conflictos que llegan a ese fuero —máxime si se trata de casos de violencia de género—, porque, para que las medidas sirvan, tienen que ser efectivas y ejecutables.

Ahora bien, es importante destacar que las acciones disponibles por la ley en cuestión no impiden que la víctima ejerza otro tipo de acciones o reclame reparaciones de otra naturaleza por la vía y ante quien corresponda, como podría ser una reparación pecuniaria.

La violencia obstétrica como una forma de violación de Derechos Humanos.

Sabido es que la Ley N.º 26.485 establece que la violencia obstétrica es una modalidad de manifestación de la violencia de género contra las mujeres. El artículo 6 inciso e) especifica que es aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley N.º 25.929 ⁶ de Parto Humanizado. La reglamentación de dicho artículo refiere que se considera trato deshumanizado a todo trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante, ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al recién nacido, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no. Agrega que quedan incluidos dentro de la categoría “personal de salud” toda aquella persona que trabaja en un servicio, se trate de profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o

⁴ Ley de protección integral a las víctimas de violencia, a la mujer por cuestión de género, en el marco procesal, administrativo y jurisdiccional, N.º 10.401 (2016). Recuperada de [www.http://defensapublicacba.gob.ar/](http://defensapublicacba.gob.ar/)

⁵ Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, N.º 26.485 (2009). Recuperada de InfoLEG.

⁶ Ley de Salud Pública N.º 25.929 (2004). Recuperada de InfoLEG.

de maestría.

También queda comprendida dentro del concepto la deficiente atención brindada a aquella mujer que recurre a una institución hospitalaria requiriendo atención luego de haber sufrido un aborto, sin distinguir si son procesos naturales o provocados ⁷.

Por su parte, la Ley N.º 25.929 establece los derechos que tiene toda gestante en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto. Lo propio establece también en relación con la persona recién nacida y su familia. Como veremos *infra*, la magistrada en cuestión en el caso bajo análisis, al detallar las vulneraciones sufridas por la actora, las separa en “tramos” o “momentos”, de la misma forma en la que lo hace la ley.

La violencia obstétrica constituye una violación a los Derechos Humanos, tanto como manifestación de la violencia de género contra las mujeres como desde el enfoque del derecho a la salud como un derecho humano ⁸.

Valorar la prueba con perspectiva de género.

En materia de prueba, es interesante ver cómo el Código de Procedimiento de Familia de la provincia de Córdoba, en su artículo 15 inc. 11), recepta expresamente la doctrina de las “cargas probatorias dinámicas”, conforme lo hiciera ya el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 710. Al respecto, el Dr. Jorge W. Peyrano sostiene: “*que las cargas probatorias dinámicas encierran una flexibilización de las reglas ortodoxas de distribución de la carga probatoria,*

aceptando así la validez de apartamientos excepcionales de las susodichas reglas clásicas que diseñara Chiovenda y que luego fueron mejoradas por Rosenberg” ⁹.

Tal doctrina importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir solo cuando la aplicación de aquella produzca consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas, se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba arrojada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla, porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.

Ahora bien, tal como señala el Dr. Peyrano, el desplazamiento no disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir tanto la parte afectada por el desplazamiento probatorio como su contraria, por lo que ambas partes deben generar certeza moral plena en el órgano jurisdiccional acerca de los hechos y circunstancias, cuya prueba se encuentra a su cargo.

Pero, en casos donde la desigualdad procesal es mayor, podríamos incluso ir un poco más allá y echar mano a otra técnica para morigerar esta situación que tiene que ver con las “cargas probatorias con intensidad de esfuerzos

⁷ Deganut, C., Fellini, Z. (2021). *Violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Hammurabi. p. 87.

⁸ Villaverde, M. (2006). *Salud sexual y procreación responsable*. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 31 y 32.

⁹ Peyrano, J. W. Las cargas probatorias dinámicas, hoy. Recuperado de http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf

diferentes”.

*En miras a ‘igualar’ la tarea probatoria, no se trata de desplazar el ‘onus probandi’ sino que se exigen esfuerzos probatorios muy diferentes: la parte beneficiada con el mecanismo que nos ocupa debe cumplir una faena demostrativa mucho más sencilla y acotada que la asignada a su contraria*¹⁰.

*La perspectiva de género en el ámbito probatorio mantiene abierta la crítica ahí donde la concepción racional de la prueba parece insistir en la pretensión de neutralidad y objetividad de los métodos y presupuestos de la concepción racional de la prueba*¹¹.

*La perspectiva de género es esa mirada o enfoque que logra contemplar las diferencias estructurales entre varones, mujeres y todo el espectro de la diversidad de géneros en la sociedad actual, y las diversas condiciones particulares que tales diferencias estructurales generan*¹².

Su ausencia representa, nada más ni nada menos, que la naturalización de prácticas violentas, y si viene de parte del Poder Judicial, se traduce en fallos estereotipados e injustos.

Por otra parte, se aplicaron también los principios de oficiosidad (impulso procesal a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente) y amplitud probatoria (amplitud para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio

de la sana crítica). En este sentido, la magistrada solicitó de oficio la intervención de un médico miembro del servicio forense del Poder Judicial para que aclare términos de la especialidad, así como las presentaciones incorporadas a la causa. Asimismo, requirió la intervención del Equipo Técnico del Fuero de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género, para que entrevisten a los distintos actores involucrados. Cabe destacar que, en las entrevistas realizadas, se deslizaron importantes estereotipos de género por parte del personal de salud que explican —pero no justifican— el comportamiento y el trato proporcionado a la actora.

Así, una de las médicas que efectuó el control del embarazo de manera previa a los hechos denunciados manifestó entender que las denuncias realizadas se corresponden con el enojo de la paciente por perder a su hijo, por una remuneración que esta pretende por ello, aduciendo también que su estado psíquico no sería de estabilidad. Por su parte, el médico que la atendió sostuvo que llamó su atención el hecho de que esta no haya hecho un “cierre” de la consulta —lo que quiere decir que no emitió dudas en relación con lo que él le informaba— y coincidiendo con su colega también afirmó que la joven habría comenzado el litigio por rechazar la pérdida.

A su turno, el director de la clínica privada manifestó que la institución posee protocolos de parto humanizado, pero que hay aspectos que aceptan y otros que no. Resaltó que la paciente no estaría bien psicológicamente y que los hechos denunciados se vincularían con su insatisfacción, debido a la pérdida y a la necesidad de buscar algún responsable.

El informe del Equipo Técnico convocado advierte que, de las entrevistas, surge un posicionamiento general tendiente a depositar la responsabilidad del malestar en la paciente, así como una escasa autocrítica y reflexión

¹⁰ Peyrano, J. W. *Las cargas probatorias desiguales*. Recuperado de: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_23.pdf

¹¹ Nicolson, D, 2000. citado por Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Revista internacional sobre razonamiento probatorio*. p. 285-298. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i0.22373

¹² Facio, A. (1999) Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En Facio, A. y Fries, L. (Eds.) *Género y Derecho*, (pp. 99-136) Santiago de Chile: Ediciones LOM.

respecto a las respuestas institucionales que la clínica habría brindado a la joven al momento de ingresar. Destaca que ninguna de las personas entrevistadas problematiza o mentaliza las repercusiones individuales que su accionar podría haber implicado en el estado psicoemocional de aquella y que su formación en género es escasa.

La valoración de la prueba en los términos expresados debe conjugarse con la exigencia del respeto a la tutela judicial efectiva, especialmente cuando se trata de personas vulnerables como en este caso. En este sentido, es importante recordar que las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*¹³ entienden que:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Capítulo 1 - Sección 2°). (El resaltado es añadido).

En el fallo bajo análisis, se acompañaron dos historias clínicas como prueba documental, diferentes entre sí. La actora acompañó la suya certificada por escribano, que como se señala *supra*, la obtuvo casi compulsivamente con asesoramiento letrado mediante. Y la que adjuntó la parte demandada, que poseía grandes inconsistencias en su contenido, no condiciéndose con la realidad de los hechos, consignando la intervención de una profesional que el día en que sucedieron no estaba siquiera dentro de la provincia, horarios de manera errónea, datos falsos, entre otras cuestiones.

¹³ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Recuperadas de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Lo expuesto llevó a la jueza a sostener que el asiento insincero de la información reflejada en el documento descalificaba irremediabilmente la fiabilidad de su contenido, cubriendo la información que suministraba con un denso manto de sospecha, afectando su credibilidad en torno a las afirmaciones de la parte demandada. A ello sumó las resultas de la rendición de las otras pruebas, testimoniales, documentales e informativas.

La magistrada interviniente, al momento de resolver, enumeró los derechos vulnerados distinguiendo dos momentos: el proceso de parto y el posparto (de manera similar a como la ley de parto respetado enumera los derechos). Así, entendió que, durante el proceso de parto:

- La actora no fue informada sobre su situación de salud ni se le informó el protocolo que se le aplicaba. La jueza resaltó que aquella no era una niña, sino una adulta enmarcada en un delicado proceso médico, lo que no implica tener anuladas sus funciones cognitivas.
- La actora no fue informada respecto a quién fue el profesional que la asistió, ignorando su condición de sujeta interlocutora.
- La actora no fue informada sobre las alternativas de intervenciones médicas que podrían haber tenido lugar en el delicado proceso que atravesaba, las personas profesionales decidieron por y sobre ella reduciéndola a un objeto de tratamiento.
- La actora no contó con acompañamiento de una persona de su confianza durante la totalidad del parto, ni siquiera en el momento más crítico de su situación. Es decir, no solo estaba carente de acompañamiento profesional, sino que se le indicó a quienes la acompañaban rotativamente que se retiraran.

Por su parte, detalló que con posterioridad al posparto:

- La actora no recibió copia de su historia clínica en tiempo y forma, y la que le otorgaron posteriormente tenía datos inexactos, contrariando lo dispuesto por la Ley N.º 26.529.
- La actora no recibió en un tiempo lógico los restos del parto, configurándose un trato inhumano y cruel totalmente contrarios a lo dispuesto por los tratados internacionales de Derechos Humanos.
- Cuando recibió los restos del parto —cinco meses después—, se los proporcionaron sin la debida documentación que acreditara la identidad de los restos del parto sin vida.
- Los hechos traumáticos vividos por la actora condicionaron su derecho a la planificación familiar, ya que no puede enfrentarse a la hipótesis de proyectarse en una futura maternidad debido a los traumas generados.

De manera ejemplar, la jueza sostuvo que la clínica se arraigó al más arcaico paternalismo médico y que, en el caso, se configuró un supuesto de violencia de género bajo la modalidad obstétrica, traducida en el caso concreto en violencia de tipo física y psicológica por parte de la Clínica en cuestión. Violencia ejercida por intermedio de sus profesionales y dependientes hacia la actora, incurriendo en una palmaria violación a los derechos y garantías fundamentales de la joven madre y a un indebido ejercicio de las funciones que le competen como institución que debe prestar un servicio de salud. Sostuvo la magistrada también que la joven atravesó un proceso de parto en las antípodas del parto humanizado y que el tratamiento proporcionado con posterioridad al evento fue negligente y cruel. Destacó que la institución se reserva el derecho de aplicar los aspectos del parto humanizado que le resultan convincentes, ignorando lo que dice la

ley. Por ejemplo, sosteniendo que en el proceso de alumbramiento la mujer no puede estar acompañada por una persona de su confianza.

Acciones por tomar

Haciéndose eco del artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ¹⁴ (CEDAW) que dispone:

“Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...”. La magistrada interviniente estableció una batería de medidas a tomar, con el fin de reparar los hechos sufridos y para prevenir situaciones similares.

Así, se emplazó al director de la clínica privada para que, en el término de treinta días:

- Presente un protocolo de capacitación en la temática destinado tanto a las personas profesionales de la salud, así como al personal administrativo a su cargo.
- Presente un protocolo de expedición de certificado de defunción fetal conforme la legislación vigente, con intervención del Comité de Bioética de la Institución.
- Presente un protocolo que garantice a las mujeres contar con la información necesaria respecto de los derechos que las asisten

¹⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperada de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

antes, durante y con posterioridad al parto, con o sin vida, incluso tratándose de abortos, todo ello en el marco de la normativa vigente (con la participación del Comité de Bioética).

- Implemente en lugares visibles de la Institución (salas de espera; páginas web y barandillas) información sobre la temática, debiendo informar también la manera y forma de su efectivización, en especial, lo referido al consentimiento informado previo a la práctica médica.

En este sentido, es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Campo Algodonero vs. México*, señaló que una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino también el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los Derechos Humanos ¹⁵.

Por último, se ordenó también al director que arbitre los medios necesarios y conducentes a los efectos de otorgar —a costa de la Institución— tratamiento psicológico pertinente a la actora, a los fines de poder sobrellevar lo vivenciado hasta que obtenga su alta definitiva, incluso si ello fuera vitalicio, con la persona profesional que ella escoja.

Conclusión

La existencia de Códigos Procesales acordes a

los tiempos que corren y a la legislación vigente, tanto nacional como internacional, en materia de género es imprescindible. En las provincias, donde las legislaciones datan de algunas décadas atrás, los esfuerzos por aplicar algunos estándares —como los traídos a análisis— son mayores y muchas veces casi imposible. Eso lleva lamentablemente a que, no teniendo recepción expresa, jueces y juezas crean que no deben aplicar ciertas cuestiones e incluso que muchas personas profesionales en derecho desistan de su exigencia. La propia Ley N.º 26.485 de Protección Integral a las Mujeres establece en su artículo 19 que las jurisdicciones locales dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la misma.

En la provincia de Santa Fe (Argentina), donde ejercemos la profesión a diario, la propuesta de reforma del Código Procesal Civil y Comercial en su pretenso artículo 152 establece nuevas pautas de distribución de la carga de las pruebas y para determinar quiénes están en mejores condiciones de probar.

Como hemos sostenido en otras oportunidades, estamos convencidas de que las sentencias sin perspectiva de género constituyen violencia institucional hacia mujeres y disidencias ¹⁶. Es momento de derribar el mito de que es algo optativo o que hay que aplicarlo porque es lo políticamente correcto. No es ni debería ser negociable.

Finalmente, es importante cómo en este caso se desmitifica el hecho de que las reparaciones solo valen si son económicas. A las mujeres denunciar la violencia obstétrica y llevarla posteriormente a los tribunales les representa un

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

¹⁶ Barrios Colman, N. A., Clément, M. F. (2021). Las sentencias sin perspectiva de género ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales? *Perspectiva de género en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley. p. 27-29.

trabajo emocional importante y supone asumir el riesgo a ser revictimizadas. En el caso analizado, las únicas medidas con impacto directo para la damnificada fueron las de la cobertura del tratamiento psicológico y el ordenamiento de la inscripción del nacimiento sin vida de su hija en el Registro Civil; el resto tienen el objetivo claro de prevenir casos similares para el futuro.

Bibliografía

- Barrios Colman, N. A., Clément, M. F. (2021). Las sentencias sin perspectiva de género ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales? *Perspectiva de género en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley. p. 27-29.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperada de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Deganut, C., Fellini, Z. (2021). *Violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Hammurabi. p. 87.
- Facio, A. (1999) Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En Facio, A. y Frías, L. (Eds) *Género y Derecho*, (pp. 99-136) Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Revista internacional sobre razonamiento probatorio*. p. 285-298. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i0.22373
- Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de la 4° Nominación de la ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, Argentina. Resolución Clínica Del Sol s/ denuncia por violencia de género del 10 de febrero de 2021. Recuperado de SAIJ.
- Ley de Salud Pública N.º 25.929 (2004). Recuperada de InfoLEG.
- Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, N.º 26.485 (2009). Recuperada de InfoLEG.
- Ley de protección integral a las víctimas de violencia, a la mujer por cuestión de género, en el marco procesal, administrativo y jurisdiccional, N.º 10.401 (2016). Recuperada de [www.http://defensapublicacba.gob.ar/](http://defensapublicacba.gob.ar/)
- Peyrano, J. W. *Las cargas probatorias dinámicas*, hoy. Recuperado de: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf
- Peyrano, J. W. *Las cargas probatorias desiguales*. Recuperado de: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_23.pdf
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Recuperadas de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Villaverde, M. (2006) *Salud sexual y procreación responsable*. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 31 y 32.



Responsabilidad del Estado por omisión en la protección a las mujeres. Debita diligencia.

Por: Marissa Adriana EIZAGUIRRE

Resumen: La responsabilidad del Estado involucra, en primer lugar, la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Para responder estos interrogantes, me sirvo del caso “Campo Algodonero”, precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que introduce la doctrina del riesgo previsible y evitable. La Corte Interamericana aplica la Convención de Belém do Pará, que en Argentina tiene vigencia por medio de la Ley 26485 y aplica el artículo 7 para precisar el estándar de debita diligencia, a fin de determinar el alcance del deber estatal de protección de los derechos frente a los actos particulares. Esto es así porque, para caracterizar la falta de servicio, es necesaria una norma clara que fije qué tiene que hacer el Estado o no hacer frente a situaciones de violencia de género. Se trata de precisar el estándar de la debita diligencia.

Palabras claves: riesgo previsible y evitable, debita diligencia.

Abstract: The responsibility of the State involves, in the first place, the nature of the activity, the means available to the service, the link between the victim and the service and the degree of foreseeability of the damage. To answer these questions I use the Campo Algodonero case, precedent of the Inter-American Commission of Human Rights, which introduces the doctrine of foreseeable and avoidable risk. The Inter-American Court applies the Convention of Belém do Pará, which in Argentina came into effect through Law 26485, and implements article 7 to specify the standard of due diligence in order to determine the scope of the duty of the State to protect human rights against private actions. This is so, because in order to characterize the lack of service, it is necessary to have a clear norm that establishes what the State has to do or not do in the face of situations of gender violence. It is about specifying the standard of due diligence.

Keywords: foreseeable and avoidable risk, due diligence.

PRELIMINAR

La responsabilidad del Estado en los casos de violación de los Derechos Humanos (DD. HH.) de las mujeres a cargo de la Dra. **Marisa Adriana Eisaguirre**, quien es abogada, Conjueza de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Bs. As.), miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Jueces y Magistrados de la provincia de Bs.As., magistrando en Derecho Administrativo y Administración Pública en la UBA, profesora universitaria exponente y disertante a nivel nacional e internacional.

El presente trabajo está dedicado a la memoria de María Belén Quiñones (quien fue mi referente), y de todas las innumerables víctimas de femicidio y abuso.

El objetivo de este trabajo es analizar cómo se involucra el Estado argentino en sus distintos estadios (nacional, provincial, municipal), en la responsabilidad jurídica por los daños provocados por su conducta omisiva, particularmente en los casos de violencia de género. Durante el desarrollo del presente, demostraré que el Estado está obligado a proteger a las víctimas de género y cuál/es han de ser el/los estándares de actuación frente a estos casos.

REQUISITOS

Ahorabien, la responsabilidad extracontractual del Estado, como la de toda responsabilidad por daño, debe reunir los siguientes requisitos:

- 1) Daño.
- 2) Antijuridicidad, entendida como la contradicción de un hecho con el ordenamiento jurídico en violación al deber genérico de no dañar.
- 3) La relación de causalidad que enlace la acción u omisión con el resultado dañoso

cuya reparación se reclama.

- 4) El factor de atribución de carácter subjetivo u objetivo que permita sindicar al responsable.

El análisis de cada uno de los requisitos excede el marco del presente trabajo, sin embargo, quisiera detenerme brevemente en uno de ellos: el factor de atribución. Al respecto, es doctrina de nuestro máximo tribunal nacional que dice: "... no debe formularse un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio, por lo cual la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva". Por otra parte, esa responsabilidad directa y objetiva entraña una apreciación en concreto que *toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*¹

Esa responsabilidad directa, basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.²

De modo que, conforme a ello, para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, deberá apreciarse en concreto:

- La naturaleza de la actividad.
- Los medios de que dispone el servicio.
- El lazo que une a la víctima con el servicio.
- El grado de previsibilidad del daño.

LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad civil del Estado por falta de servicio resulta más clara cuando existe un mandato legal expreso de hacer.

¹ CSJN. Fallos 321:1124: ZACARÍAS v. CORDOBA

² CSJN. Mosca, Hugo c/ Buenos Aires Provincia. M 82 XXXV. 6-3-07.

El problema surge cuando el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida de lo posible.

De modo que, para apreciar la responsabilidad del Estado, deberá observarse en concreto, en primer lugar, la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Para responder estos interrogantes, tomaré como referencia el caso conocido como “Campo Algodonero”³ precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que introduce la *doctrina del riesgo previsible y evitable*.

Particularmente, el punto 4.2.1 del fallo trata del deber de prevención de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas; los precedentes en los que se basa para la sentencia, particularmente el de la debida diligencia.

Allí la Corte Interamericana aplica la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, a la cual adhiere nuestro país mediante la Ley 26485, y aplica el artículo 7 para precisar el *estándar de debida diligencia*, a fin de determinar el alcance del deber estatal de protección de los

derechos frente a los actos particulares. Esto es así porque, para caracterizar la falta de servicio, es necesaria una norma clara que fije qué tiene que hacer el Estado o no hacer en determinadas circunstancias. Es que, cuando se habla de una protección genérica, lo que realiza la CIDH es precisar el estándar de la debida diligencia.

Introduce la teoría del riesgo previsible y evitable: altos estándares de anormalidad en la prestación del servicio, es lo que refiere el artículo 7 de la Convención. El decisorio establece que: “el deber del estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado, según la Corte, por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupos de individuos determinados y por la posibilidad razonable de prevenir y evitar ese riesgo”.

³ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

La doctrina de riesgo previsible y evitable requiere, al menos de la existencia de los siguientes elementos:

- Que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato.
- Que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado.
- Que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo.
- Por último, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo.

En definitiva, en los casos de violencia basados en el género, el Estado es responsable frente a la existencia de riesgo de la violencia basada en este tipo de hechos en particular. Que sea responsable significa dar una respuesta efectiva en los casos de este tipo, fortaleciendo las instituciones para amparar a la mujer de este tipo de agresiones.

PRECEDENTES NACIONALES

Quiñones Renato Benito y otro c/provincia de Córdoba-ordinario-Daños y perjuicios Otras formas de responsabilidad extracontractual-Recurso de Apelación-Expte. 200847/36, dictado en Córdoba, por la Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial en julio de 2014.

El fallo da por hecho que la voluntad estatal es poner a disposición los medios necesarios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer al adherir a la Convención de Belém do Pará, es interesante porque la Cámara realiza la construcción a través de la ratificación de la Ley nacional 26485/96, aún antes de la sanción de la ley provincial específica en la materia. Por lo tanto, esas disposiciones son de aplicación inmediata, previo aún a la ratificación por el Poder Legislador, la Convención establece la responsabilidad del Estado. Realmente un fallo innovador.

El fallo de Córdoba somete a consideración un caso de responsabilidad por omisión del Estado, esto es que, frente a una obligación de hacer, no ha cumplido con la misma, ello así por la aplicación del art. 1766 del CCyCN en el fallo Quiñones, la obligación incumplida fue la obligación genérica de seguridad.

El decisorio establece que el deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado según la Corte por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupos de individuos determinado

y por la posibilidad razonable de prevenir y evitar ese riesgo.

María Belén Quiñones falleció junto a su hijo a manos de su esposo y padre del menor, no obstante haber realizado innumerables denuncias por violencia...

Otro fallo interesante sobre la doctrina del riesgo previsible y evitable es receptado en los autos “A.R.H. y otra c/ E.N.M. Seguridad-PFA y otros s/ Daños y perjuicios” Expte. 50029/2011 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II”. Este caso es interesante porque, además de tomar la doctrina del riesgo previsible y evitable, la obligación de seguridad y la concepción de la debida diligencia, determina rubro por rubro el valor económico que le da a cada uno. Este era un caso conocido como el “caso del portero” en la CABA, cuando la víctima va a recoger su ropa la acompañan dos policías, uno se queda en el auto y el otro en la cocina labrando el acta, entonces, cuando ella va al dormitorio a buscar sus pertenencias y las de sus hijas, aprovecha el marido y la mata de varias puñaladas.

Es interesante destacar, en este último precedente, el valor económico otorgado a las tareas de cuidado que, aunque el reconocimiento no es novedoso en cuanto a los beneficios económicos de los trabajos de cuidado, se corresponde con los precedentes que el voto dictado en primer término se encarga de referenciar. “Ponce Gladys Leonarda c/ Seguí Rubén Darío y otros s/daños y perjuicios-acc. tran. c/ les. o muerte” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B. Sentencia 04/05/2017.

Causa A 72474 de la Suprema Corte de la provincia de Bs.As “García Mabel Adriana contra Poder Ejecutivo s/preensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Acá la SCJBA dice que, frente a la previsibilidad del riesgo basado en género que surgía de una serie de indicios sobre prácticas de agresión del señor Bualo (el victimario), que eran graves, precisos y concordantes, donde el referido riesgo no era meramente hipotético o eventual, o remoto, sino que tenía la posibilidad cierta de materializarse de inmediato, siendo que, además, el Estado estaba anoticiado de todo ello.

La solución propiciada de falta de servicio de seguridad está inscrita en el incumplimiento de un deber de protección reforzado que la debida diligencia imponía para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Sra. García y sus hijos. En este caso, es interesante destacar el voto del Dr. De Lázzari, al que adhiere la Dra. Hilda Kogan.

Un elemento no menor, que resulta de sumo interés poner de resalto, es que tanto el fallo Quiñones como el dictado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, es el instar al Estado para que realice el pago correspondiente de forma voluntaria, con celeridad y rapidez.

Finalmente, desde la fecha de la actividad organizada por la Asociación de Abogadas y Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha sido dictado el Decreto 679/2020, que aprueba el Acuerdo de Solución Amistosa celebrado con la señora Olga del Rosario Díaz, patrocinada por la Defensoría General de la Nación en el marco de la Comunicación N.º 127/2018 del registro del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas ⁴(CEDAW, por sus siglas en inglés).

No quiero abusar de este espacio, pero creo que el Acuerdo amerita el resaltado de lo siguiente: “...2.2 Asimismo, los hechos planteados en la Comunicación N.º 127/2018 evidencian múltiples incumplimientos de los estándares que surgen

de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en particular el deber de debida diligencia reforzado. Son, además, representativos de problemas que en general encuentran en el país las mujeres que denuncian violencia en el ámbito intrafamiliar. Al respecto, entre otras prácticas contrarias a los referidos estándares llevadas a cabo en el presente caso, es posible señalar: (a) la falta de adopción de medidas de protección oportunas, efectivas e idóneas, (b) la deficiencias en el diligenciamiento, ejecución y monitoreo de las medidas de protección ordenadas, (c) la falta de articulación entre las distintas autoridades que intervinieron, (e) el uso de audiencias conjuntas de conciliación o mediación, y (f) fallas en la investigación penal de hechos de violencia de género. 2.3 Como consecuencia de lo antes expresado, el Estado argentino reconoce su responsabilidad internacional por el tratamiento judicial al caso...”.

Para concluir, agradezco profundamente a tan prestigiosa institución la invitación a exponer y publicar un tema que me resulta apasionante y espero haber despertado vuestra curiosidad.
M.A.E.

BIBLIOGRAFÍA

- Cassagne, Juan Carlos 2008 “Derecho Administrativo” Novena edición. Avellaneda, Provincia de Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Decreto Nacional 679/2020
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. 1 edición 2006. “Curso de Derecho Administrativo” Buenos Aires. Ed. La Ley
- García de Enterría, Eduardo 1995 “La Lucha contra las inmunidades del poder”. Ed. Civitas. Reimpresión.
- Gordillo, Agustín. Fundación de Derecho

- Administrativo “Tratado de Derecho Administrativo”. www.gordillo.com
- Linares, Juan Francisco. “Caso Administrativo No previsto”. Ed. Astrea. 1976. Marienhoff, Miguel 2001 “Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público” Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot

Se le invita a visitar el sitio web oficial de la Revista: <https://www.abogados.or.cr/revista-el-foro/> para mantenerse informado de nuestras fechas de recepción y publicación de artículos. En este enlace, también podrás encontrar los lineamientos de publicación.

En caso de estar interesado en publicar un artículo, envíalo a:
revistaelforo@abogados.or.cr



¡Primera Conferencia DRBF en América Central!

Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)



Lugar: **Hotel Real Intercontinental,
San José Costa Rica.**



Fecha: **23-24 Jun 2022**

Modalidad: **Conferencia y Taller**

Únase a nosotros para la primera Conferencia DRBF en América Central! Con el creciente uso de Dispute Boards (DB) en la región, esta es la oportunidad perfecta para aprender sobre la evolución del uso y las mejores prácticas de los DB. El proceso de DB cobrará vida a través de discusiones interactivas con algunos de los profesionales de DB más experimentados.

La conferencia y el taller se impartirán en español. El programa es, el día Jueves un día de conferencias, seguida de un cocktail de networking en el hotel. El viernes, se ofrecerá un taller opcional de medio día sobre Técnicas de Prevención de Disputas para los miembros de DB, que se cerrará con un almuerzo

Tarífes / Fees

Miembro DRBF/ DRBF Member - Conferencia/-Conference \$200;

Taller/Workshop \$175

No miembro/ Non-member - Conferencia/Conference \$250;

Taller/Workshop \$225

Gobierno/Académico / Government /

Academic - Conferencia/Conference \$225;

Taller/Workshop \$200

Los miembros de DRBF reciben nuestros mejores precios. Si aún no es miembro de DRBF, considere que los países de América Latina califican para la Membresía de Mercados Emergentes de DRBF de US\$30. Si decide unirse durante el evento, obtendrá inmediatamente los precios para miembros. La membresía es válida hasta el 31 de diciembre de 2022.

Regístrate aquí:

<https://www.drb.org/drbf-central-america-regional-conference-23-24-june-2022>



El Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica
y la Asociación Interamericana de la Propiedad
Intelectual (ASIPI)

lo invita al seminario 2022:

METaverso, LA NUEVA FRONTERA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ¿MITO O REALIDAD?

 **5-7 junio de 2022**
 **Los Sueños Marriott Ocean
& Golf Resort**
REGÍSTRESE AQUÍ:
<https://asipi.org/costarica2022/>

Adicional a esta actividad, se llevará a cabo la mesa redonda:
**"La Mediación en las Américas como una figura para
resolver los conflictos en Propiedad Intelectual"**

 **Fecha: 4 junio de 2022**
 **Horario: 3:30 p.m. a 5:00 p.m.**
 **Lugar: Los Sueños Marriott Ocean & Golf Resort**
REGÍSTRESE AQUÍ:
<https://asipi.org/costarica2022/mesa-redonda-mediacion/>

Costo:
\$30.00
por participante

Habrà un espacio de
networking posterior

Experiencia en la que no será necesario registrarse al congreso

Teléfono: **(506) 2202-3600**

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

www.abogados.or.cr



colegiodeabogadoscr

Agradecimiento especial a:

GRUPO |



INS