



# REVISTA EL FORO

---

COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA

---

Diseño y Diagramación:  
Ofiprinte Comercial MB S.A.

REVISTA EL FORO  
Edición Número 23, I Cuatrimestre 2023  
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](http://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

### **Junta Directiva 2022-2023**

Álvaro Sánchez González, Presidente  
Sandra Arauz Chacón, Vicepresidenta:  
Olman Ulate Calderón, Secretario  
Abril Villegas Pérez, Prosecretario  
Francisco Eiter Cruz Marchena, Tesorero  
Rebeca Vargas Chavarría, Vocal I  
Hugo Hernández Alfaro, Vocal II  
Kristel Faith Neurohr, Vocal III  
Daniel González Ramírez, Vocal IV  
Dyanne Marengo González, Vocal V  
Carlos Villegas Méndez, Fiscal



# REVISTA EL FORO

Edición No. 23

Revista del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

San José, Costa Rica ■ Enero 2023



**DIRECTORA**

*Abril Villegas Pérez*



**PASANTE ASISTENTE  
DE DIRECCIÓN**

*Sebastián Arguedas Vargas*

## CONSEJO EDITORIAL



**Andrea**  
*Hulbert Volio*



**Mauricio**  
*París Cruz*



**Olman**  
*Ulate Calderón*



**Rodrigo**  
*Barahona Israel*



**Rolando**  
*Vega Robert*



**Rosibel**  
*Jara Velásquez*



**Sandra**  
*Arauz Chacón*



**Sergio**  
*Herra Rodríguez*



**Vivian**  
*Liberman  
Loterstein*

# Sumario

## 5. **Presentación**

*por: Abril VILLEGAS PÉREZ – Directora Revista EL FORO*

*y Sebastián ARGUEDAS VARGAS – Pasante - Asistente de Dirección y Sebastián ARGUEDAS VARGAS – Pasante - Asistente de Dirección*

## 8. **"El error judicial directo e indirecto de la persona juzgadora en el proceso de violencia doméstica y sus posibles consecuencias en la responsabilidad civil y disciplinaria".**

*por: Gerardo Antonio BLANCO VILLALTA*

## 23. **"Procedimiento Administrativo. ¿Una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa?"**

*por: José Andrés MEZA VILLALOBOS*

## 44. **"La telemedicina en la pandemia y pospandemia del COVID-19. Necesidad de un marco regulatorio en Costa Rica".**

*por: Randall MADRIGAL MADRIGAL*

## 57. **"Análisis de la validez y eficacia de las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo, de forma posterior a finalizar la relación laboral".**

*por: Diego QUIRQUIRÓS PICADO*

## 66. **"El amparo de legalidad a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional".**

*por: Celin ARCE GÓMEZ*

## 77. **"Valor Probatorio del Reconocimiento Ocular de Personas".**

*por: Inyirman MENA MORALES*

## 87. **"Código de Ética y Derecho de Retención".**

*por: Fernando MONTERO PIÑA*

## 91. **"Esponsales en el Derecho argentino y en Costa Rica".**

*por: Keyla Verónica NAZAR*

# Presentación



**Abril VILLEGAS PÉREZ**  
Directora – El Foro



**Sebastián ARGUEDAS VARGAS**  
Pasante – Asistente de Dirección – El Foro

La Revista El Foro presenta la primera edición de este año 2023, la cual cuenta con una gama de artículos muy interesantes de diversos temas jurídicos, tanto constitucionales como de la materia de penal, laboral, civil e incluso derecho internacional. En esta edición presentamos con mucha honra dos novedades: I. Se creó un programa de pasantía para brindar la oportunidad a estudiantes de la carrera de Derecho para que puedan realizar una práctica en asistencia a la Dirección de la Revista El foro; II. Además, los estudiantes de licenciatura que obtengan el reconocimiento de Recomendación de Publicación en su tesis de grado, podrán enviar a publicar un artículo referente. Únicamente se elegirá uno por edición. Creemos en el esfuerzo de los estudiantes y su capacidad de colaborar con la excelencia de esta editorial. Así las cosas, de seguido presentamos los artículos de esta Edición Número 23.

Primero, contamos con la obra del jurista costarricense Gerardo Blanco Villalta, titulado **“El error judicial directo e indirecto de la persona juzgadora en el proceso de violencia doméstica y sus posibles consecuencias en la responsabilidad civil y disciplinaria”**. El señor Blanco es Máster en Justicia Juvenil de la Universidad de Gineve (Suiza), Máster en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica y actualmente se desempeña como juez del Juzgado de Violencia Doméstica del I Circuito Judicial de San José. En su escrito nos habla sobre las generalidades de los procesos de violencia doméstica y las complejidades en los que se pueden ver envueltos cuando se cometen errores con dolo o culpa dentro de las decisiones jurisdiccionales.

Por otra parte, el abogado José Andrés Meza Villalobos, especialista en Derecho Público, Máster en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, egresado del programa de Doctorado en Derecho en la Universidad de Costa Rica, especialista en Regulación de Servicios Públicos y Competencia por la Universidad española de Valladolid, así como Diplomado en Derecho Administrativo Sancionador por esta misma casa de estudios, nos introduce a una nueva visión del Derecho Administrativo

con su artículo titulado **“Procedimiento administrativo ¿Una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa?”** donde nos expone sobre el papel que juega el procedimiento administrativo en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, analizando aspectos como antecedentes históricos, aspectos generales del procedimiento, distintas ópticas del fenómeno de la discrecionalidad administrativa y el papel de esta en el procedimiento sancionatorio.

Asimismo, Randall Madrigal Madrigal, abogado y notario público por la Universidad de Costa Rica, profesor y coordinador de la cátedra de Ética y Legislación Farmacéutica de la Universidad de Ciencias Médicas (UCIMED), profesor de Legislación Farmacéutica en la Universidad de Costa Rica, así como coordinador de la Comisión de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y coordinador de la Unidad de Asesoría Jurídica del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica; nos expone con su artículo **“La telemedicina en la pandemia y pospandemia del COVID-19. Necesidad de un marco regulatorio en Costa Rica”** sobre un tema que ha adquirido gran relevancia en los últimos años gracias a la importancia de tecnologías que permitan que los pacientes puedan acceder a una consulta a distancia. El señor Madrigal realiza un abordaje histórico y plantea algunas recomendaciones desde el punto de vista jurídico y sanitario en pro de una mejor implementación de esta modalidad de servicio en nuestro país.

Inaugurando en la presente edición el nuevo apartado de tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho con recomendación de publicación, el Lic. Diego Quirós Picado, miembro del bufete BLP Abogados S.A., nos presenta su investigación titulada **“Análisis de la validez y eficacia de las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo, de forma posterior a finalizar la relación laboral”** donde nos refiere a los aspectos generales de esta figura, su regulación en Costa Rica, los conflictos de derechos fundamentales resultantes y profundiza acerca de su legalidad bajo un examen donde resaltan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

El señor Celin Arce Gómez, protagonista de una larga trayectoria en el ámbito jurídico, Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia, especialista en Derecho Público por la Universidad de Costa Rica y Máster en Ciencias Políticas extendido por esta misma universidad, nos complace con su artículo titulado **“El amparo de legalidad a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional”** donde por medio de un completo recorrido histórico y gran análisis jurisprudencial analiza la complejidad de este procedimiento.

Para los especialistas del Derecho Penal, el abogado Inyirman Custodio Mena Morales, autor de varias obras en esta misma área de especialidad, nos induce a reflexionar con su artículo titulado **“Valor probatorio del reconocimiento ocular de personas”** acerca de las generalidades de esta figura y las del reconocimiento en rueda y en fotografías, así como su relevancia en el proceso penal.



El reconocido jurista costarricense Fernando Montero Piña, autor de numerosas publicaciones, profesor universitario durante más de tres décadas y expositor nacional e internacional realiza un breve repaso en su escrito **“Código de ética y Derecho de retención”** de los aspectos generales y legalidades de esta institución con respecto al mencionado cuerpo legal.

En la sección de artículos internacionales, contamos con la participación de Keila Nazar, abogada argentina distinguida con Medalla de Oro, martillera y corredora pública, docente en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.). Su escrito **“Esponsales en el Derecho argentino y en Costa Rica”** analiza desde el punto de vista del derecho comparado la figura de los esponsales, aquella promesa de contraer matrimonio, pasando desde sus orígenes, la figura del matrimonio, y un contraste entre la jurisprudencia argentina y costarricense.

Por lo tanto, presentadas las obras anteriores, esperamos con esta edición darles la mejor bienvenida a este año 2023 y deseamos poder contar con sus obras en las próximas ediciones de este nuevo periodo.

## El error judicial directo e indirecto de la persona juzgadora en el proceso de violencia doméstica y sus posibles consecuencias en la responsabilidad civil y disciplinaria

M.Sc. Gerardo Antonio BLANCO VILLALTA <sup>1</sup>

**Palabras claves:** proceso de violencia doméstica, independencia judicial, error judicial directo e indirecto, responsabilidad civil y disciplinaria de la persona juzgadora.

**Keywords:** *Domestic Violence Process – Judicial Independence – Direct and Indirect Judicial Error – Civil and Disciplinary Responsibility of the Judging Person.*

**Sinopsis:** Este ensayo<sup>2</sup> explica que el proceso de violencia doméstica puede ser, en apariencia, sencillo, informal y práctico; pero no siempre es así, ya que, en la toma de decisiones, pueden existir errores judiciales, que puedan ocasionar daños y perjuicios a las personas usuarias; y con ello, se genere responsabilidad civil y disciplinaria por

parte de la persona administradora de la justicia. Pero, desde ya, es importante aclarar que no toda decisión se puede disfrazar de independencia judicial y no todo error humano en un expediente judicial es un error judicial.

**Abstract:** *This essay explains that the process of domestic violence can be, apparently, simple, informal, and practical, but this is not always the case, since in decision-making there may be judicial errors, which may cause damages to users; with this, civil and disciplinary responsibility is generated on the part of the person administering justice. However, from now on, it is important to clarify that not every decision can be disguised as judicial independence, and not every human error in a judicial file is a judicial error.*

---

<sup>1</sup> Máster en Justicia Juvenil de la Universidad de Gineve (Suiza). Máster en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica. Juez en propiedad en el Juzgado de Violencia Doméstica del I Circuito Judicial de San José, Costa Rica. Exmiembro de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Anteriormente, docente en la Defensoría Social del Colegio de Abogados de Costa Rica. Profesor universitario en el área de postgrados de la Universidad Latina de Costa Rica en la Maestría Profesional de Derecho de Familia. Profesor universitario en la carrera de Derecho de la Universidad Central. Autor de varios libros y artículos en diversas revistas nacionales e internacionales. Consultas o comentarios a los correos electrónicos: [gbv\\_161189@hotmail.com](mailto:gbv_161189@hotmail.com) y [gbv161189@gmail.com](mailto:gbv161189@gmail.com)

<sup>2</sup> Nota del autor: el ensayo versa en un desarrollo procedimental descriptivo que es enriquecido por una serie de ejemplos factuales.

## Introducción

La persona juzgadora con vocación sabe que, detrás de cada expediente, está una importante decisión que puede cambiar la vida de una o más personas; no se puede pensar que el expediente de esa persona usuaria es uno más, cuando la decisión inicial y final del proceso es lo más importante en su existencia. El trabajo de la persona juzgadora de la materia de violencia doméstica es muy importante; diariamente, con sus decisiones, se logran salvar muchas vidas, cuando, con las medidas de protección, se detiene la violencia doméstica y se evita la propagación de más o mayores agresiones.

Sin embargo, en la función jurisdiccional pueden existir errores, algunos de ellos son subsanables y corregibles; pero también existen los errores judiciales, que podrían incluso generar daños y perjuicios a la persona usuaria, la cual no tiene el deber ni la obligación de soportar. Esta persona usuaria puede pedir o exigir la retribución integral del daño, mediante la sanción económica de quien ha cometido ese error judicial; también podrá solicitar que se abra el proceso disciplinario en contra de esa persona e incluso tal error podría ser o no un delito <sup>3</sup>.

## El proceso de violencia doméstica <sup>4</sup>

Para entender este ensayo, se explica brevemente el procedimiento de la Ley contra la Violencia Doméstica, ya que es requisito para apreciar con mayor detalle los ejemplos que más

<sup>3</sup> Nota del autor: Por la limitación en la cantidad máxima de páginas que se pueden utilizar para redactar este ensayo, se prescindió de escribir sobre la relación del error judicial y la materia penal.

<sup>4</sup> Nota del autor: Se considera importante explicar brevemente el proceso de violencia doméstica, ya que el presente ensayo va dirigido a todo público, desde personas usuarias, estudiantes de derecho, personas letradas en derecho que litigan y que laboran o no laboran en esta materia judicial, así como también jueces y juezas.

adelante se exponen.

La Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres impuso a los Estados la obligación de "...incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso...", así como la obligación de "...establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos..." (Literales c y f del artículo 7).

Al aprobar esa Convención, el Estado costarricense se comprometió a cumplir con las disposiciones contenidas en ella y, por eso, una de las medidas que adoptó fue promulgar la Ley contra la Violencia Doméstica —mediante Ley 7586, la cual fue publicada y entró a regir el 2 de mayo de 1996—. Luego, para que el proceso judicial fuera aún más expedito, le introdujo varias reformas por medio de la Ley 8925. Con la reforma que se introdujo en el año 2011, el proceso se simplificó todavía más, al adoptarse una estructura monitoria.

Desde que entró en vigor esa reforma, el procedimiento es el siguiente: **1.** La persona que se considera víctima de violencia doméstica expone los hechos <sup>5</sup> por los que se siente afectada y solicita la imposición de medidas de protección a la autoridad judicial. Una vez recibida la solicitud, el juez o la jueza emite una resolución

<sup>5</sup> Nota del autor: En el proceso de violencia doméstica, no se requiere de patrocinio letrado, en otras palabras, no se requiere de abogado o abogada para solicitar medidas de protección. La persona que se considera víctima puede ir directamente al Juzgado que tramita la materia de violencia doméstica más cerca de su comunidad, y se le tomará la solicitud de medidas de protección directamente en el Juzgado.

en la que, de una vez, toma una decisión <sup>6</sup>. **2.** En ese momento inicial, para emitir esa resolución, la autoridad judicial debe valorar: a. Si la persona que solicita la protección está legitimada para pedirla <sup>7</sup>. b. Si la Ley contra la Violencia Doméstica es aplicable<sup>8</sup>. c. Si los hechos que se han expuesto constituyen, objetivamente, violencia doméstica, en alguna de sus modalidades de violencia física, psicológica, sexual o patrimonial. <sup>9</sup>

<sup>6</sup> Nota del autor: La doctrina la conoce como sentencia anticipada.

<sup>7</sup> Ley contra la Violencia Doméstica. Artículo 7. Solicitantes legítimos. Estarán legitimados para solicitar las medidas de protección descritas en el capítulo anterior: a) Los mayores de doce años afectados por una situación de violencia doméstica. Cuando se trate de menores de doce años o de personas con discapacidad física o mental, la medida deberá ser solicitada por su representante legal, el Patronato Nacional de la Infancia, una autoridad de policía o un mayor de edad. b) Las instituciones públicas o privadas que lleven a cabo programas de protección de los derechos humanos y la familia, cuando la persona agredida lo solicite, se encuentre grave o presente alguna discapacidad que le impida solicitar la protección o tener conciencia de la agresión que se le inflige. c) Los mayores de edad, cuando la persona agredida esté imposibilitada para solicitarlas por encontrarse grave como producto de una situación de violencia doméstica.

<sup>8</sup> Ley contra la Violencia Doméstica. Artículo 1. Fines. Esta Ley regulará la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica, cuyo principio rector es el artículo 51 de la Constitución Política. La autoridad competente deberá procurar que las personas agresoras no utilicen contra las víctimas la presente Ley. Las autoridades que intervengan en la aplicación de esta Ley brindarán protección especial a madres, personas menores de edad, personas adultas mayores y personas que presenten alguna condición de discapacidad, considerando las situaciones específicas de cada una. Asimismo, esta Ley protegerá, en particular, a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja o de abuso sexual intrafamiliar.

<sup>9</sup> Ley contra la Violencia Doméstica. Artículo 2. Definiciones. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones: a) Violencia doméstica: Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual,

En este momento del proceso, la autoridad judicial no valora pruebas, sino que tan solo examina el relato. Si la respuesta a alguna de estas tres preguntas es negativa, la persona juzgadora debe rechazar de una vez la solicitud de protección. Ahora bien, si la respuesta a estas tres preguntas es afirmativa, entonces, la autoridad judicial debe decretar las medidas de protección que estime pertinentes, idóneas, necesarias, razonables y proporcionales <sup>10</sup>. <sup>11</sup>

psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que lo originó. b) Violencia psicológica: Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. c) Violencia física: Acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona. d) Violencia sexual: Acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas. e) Violencia patrimonial: Acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior. f) Parentesco: Relación de adopción, afinidad o consanguinidad hasta tercer grado inclusive, por vía ascendente, descendente o colateral, originada en un vínculo jurídico, biológico o de unión de hecho. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que lo originó. Las definiciones comprendidas en los incisos b), c), d), e) y f) no serán restrictivas.

<sup>10</sup> Cfr. Tribunal de Familia, voto número 81-2016, de las nueve horas y cuarenta y seis minutos del dos de marzo del año dos mil dieciséis.

<sup>11</sup> Nota del autor: A pesar de que no es tema central de este ensayo, la fundamentación debe tener un lenguaje comprensible, para que sea aplicable el real acceso a la justicia, y su redacción debe ir dirigida hacia la persona usuaria, la cual debe entender todo lo que se le resuelve;

Si la solicitud de protección se rechaza de plano, la resolución es apelable dentro del plazo de tres días hábiles, y el Juzgado debe admitir el recurso y remitir el expediente al Tribunal de Familia. Así mismo, si la petición de protección no se rechaza de plano, pero no se concede todas las medidas de protección solicitadas, entonces, la parte gestionante puede apelar dentro del plazo de tres días hábiles. En tal circunstancia, como su petición genérica sí fue atendida y por ello sí se dispusieron algunas medidas de protección, se debe notificar a la parte contraria. Si se está en alguno de los casos en que la comparecencia se señala de manera oficiosa<sup>12</sup>, o en su defecto, si la persona obligada a cumplir la protección pide dentro del plazo de los cinco días hábiles que se celebre la audiencia oral y privada, el juez o la jueza convocará a las partes a una audiencia oral y privada, y escuchará todos los alegatos, incluyendo los que haga la persona solicitante de la protección por el rechazo de algunas de las medidas que pidió.

Al finalizar, la autoridad judicial se pronunciará sobre todas las alegaciones y su decisión<sup>13</sup>, cualquiera que sea, podrá ser apelada<sup>14</sup> por la persona que se considere perjudicada, en el plazo de tres días hábiles. Ahora bien, si no se está en el caso de ordenar la celebración de la

por ejemplo, por qué se le ordenó salir de su casa o por qué no se puede acercarse a la distancia que se decidió imponer por parte de la persona juzgadora. No es fundamentar el solamente copiar los hechos de la solicitud de las medidas de protección y ordenar las medidas de protección.

<sup>12</sup> Nota del autor: Se debe convocar la comparecencia de oficio cuando la parte solicitante de las medidas de protección ha sido acusada anteriormente de hechos de violencia doméstica.

<sup>13</sup> Nota del autor: Al finalizar la comparecencia, la persona juzgadora deberá dictar la parte dispositiva de la sentencia; y, posteriormente, se tiene solo cinco días hábiles para dictar la sentencia definitiva.

<sup>14</sup> Nota del autor: La presentación de la apelación no suspende la ejecución de las medidas de protección conforme el numeral 15 de la Ley contra la Violencia Doméstica.

comparecencia de oficio, y la persona obligada a cumplir con las medidas que sí se decretaron tampoco pide que se celebre, entonces, vencido el plazo de los cinco días que el artículo 12 le confería para pedir la comparecencia, el juez o la jueza debe admitir el recurso de apelación que había interpuesto la persona que solicitó la protección, para que el Tribunal de Familia resuelva sobre la inconformidad de la persona gestionante por las medidas que pidió y que le fueron rechazadas<sup>15</sup>. El Tribunal de Familia deberá resolver el recurso de apelación en el plazo de quince días hábiles.<sup>16</sup>

### La independencia judicial<sup>17</sup>

En ocasiones, para algunas personas, existe confusión de lo que realmente es la independencia judicial y, en otras, al error judicial se le defiende por parte de quien lo ha cometido como el uso o el ejercicio de la independencia judicial. Por ello, para los efectos de este ensayo, es menester explicar ambos conceptos; ya que no toda decisión judicial se puede disfrazar de independencia judicial; y no todo error humano en un expediente judicial es un error judicial.

Se puede conceptualizar como independencia judicial, exponiendo que es: “...una organización horizontal, en la que cada juez es soberano al decidir el caso, conforme a la ley, esto es el Poder Judicial...”<sup>18</sup>. En la Escuela Judicial de

<sup>15</sup> Cfr. Tribunal de Familia, voto número 123-2020, de las once horas y dos minutos del diecinueve de marzo del año dos mil veinte.

<sup>16</sup> Ley contra la Violencia Doméstica. Artículo 16. Resolución del recurso. La autoridad superior deberá resolver el recurso de apelación dentro de los quince días siguientes a la fecha en que finalizó su tramitación.

<sup>17</sup> Nota del autor: Es importante explicar la independencia judicial para que no todo error judicial se disfraze de este concepto. También para que se entienda que la independencia judicial no libera a la persona juzgadora de ser parte acusada o demandada en un proceso civil, penal o disciplinario.

<sup>18</sup> Dobles Ovares, Víctor Alfonso. *La independencia*

España, se define la independencia judicial de la siguiente manera: “*La independencia como concepto jurídico supone la ausencia de todo tipo de subordinación jurídica del juez respecto de algo o alguien y paralelamente su sometimiento al imperio de la ley, sólo a esta, en el ejercicio de la función jurisdiccional...*”<sup>19</sup>. Del mismo modo, la jurisprudencia nacional, con redacción de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, señala con respecto al concepto de la independencia judicial que es: “*...la ausencia de subordinación a otro, el no-reconocimiento de un mayor poder o autoridad. La independencia del juez es un concepto jurídico relativo la ausencia de subordinación jurídica...*”<sup>20</sup>.

Por su parte, el Estatuto de la Justicia y derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial lo define de la siguiente manera: “*Como garantía para las personas, los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones...y solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley...*”<sup>21</sup>. Además, el Estatuto de Juez Iberoamericano lo define de la siguiente forma: “*Como garantía para los justiciables, los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales...*”<sup>22</sup>. También se ha

*judicial en Costa Rica.* (Heredia: Editorial del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2008).

<sup>19</sup> Quintero Carretero, Juan Pedro. *La Responsabilidad personal del juez: Poder Judicial y Responsabilidad.* La Responsabilidad del Estado juez. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Pág. 429, 2008).

<sup>20</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2883-1996, de las diecisiete horas del trece de junio del año mil novecientos noventa y seis.

<sup>21</sup> Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial. Poder Judicial, San José, Costa Rica. Departamento de Artes Gráficas. Documento: B.31551. Art. 19. Pág. 10.

<sup>22</sup> Estatuto del Juez Iberoamericano. La VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. Celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo del año 2001. Art. 1. Pág. 121. Documento disponible en: <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/>

definido la independencia judicial de la siguiente manera: “*...es un requisito previo del principio de legalidad y garantía fundamental en la existencia de un juicio justo...*”<sup>23</sup>.

En síntesis, se puede definir como independencia judicial el poder resolver conforme a derecho, sin que existan situaciones externas que interfieran en el razonamiento interno que realiza la persona juzgadora en la resolución de determinado caso en concreto, y existe también el derecho de las personas usuarias que así sea. Por lo tanto, es obligación del juez y de la jueza dar el funcionamiento adecuado del ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto como lo considere, tal como lo explica la siguiente cita: “*...Aplicar la ley no será mantener la solución que previó el legislador para el caso, sino aplicar al caso una solución entre las muchas convalidables por la ley...*”<sup>24</sup>.

### El error judicial directo e indirecto

Es obligatorio establecer que no todo error humano se puede catalogar como un error judicial, por ejemplo, que, en una sentencia de la materia de violencia doméstica, se cometa un único error material y se escriba de manera equivocada el nombre de una de las partes en un considerando, no es y nunca puede ser un error judicial.

[index.php/publicaciones/marco-etico/168-estatuto-del-juez-iberoamericano](https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/index.php/publicaciones/marco-etico/168-estatuto-del-juez-iberoamericano)

<sup>23</sup> Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. (2002). Borrador del Código de Bangalore sobre la conducta judicial de 2001. Aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, tal como fue revisado en la reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de la Haya, Países Bajos, los días 25 y 26 de noviembre del año 2002. Codhem. Pág. 1 Documento disponible en: <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/index.php/publicaciones/marco-etico/172-principios-de-bangalore-sobre-la-conducta-judicial>

<sup>24</sup> Ollero, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial.* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2. ° ed. Pág. 21, 2005).

Tampoco puede generar daños y perjuicios en la persona usuaria, ya que este error material puede ser corregido de oficio, o bien la parte interesada puede hacer ver a la persona juzgadora de ese error material para que se realice la corrección.

Tampoco es un error judicial que la persona juzgadora resuelva lo contrario a los intereses de la parte vencida, siempre y cuando la sentencia sea respetuosa del debido proceso, apegada a derecho, bien fundamentada, y analizó todo el acervo probatorio, tanto en lo individual como en su conjunto. Es importante dejar claro que todo error judicial debe ser analizado desde lo objetivo y no desde lo subjetivo.

Concepto propuesto: el error judicial ocurre cuando estrictamente el error cometido fue ocasionado con dolo<sup>25</sup> o culpa<sup>26</sup> por parte de la persona juzgadora. En otras palabras, el error judicial se acompaña de la ausencia de eficiencia, de la negligencia o de la ineficacia en la interpretación de las normas procesales y sustantivas por parte de quien resuelve. Existen dos tipos de error judicial: el directo y el indirecto.

Distinción conceptual y causas entre los dos tipos de errores judiciales propuestos: el error judicial directo sería cuando la persona juzgadora falla al interpretar o aplicar el derecho sustantivo; en otras palabras, todos los hechos están correctos, solo la decisión de aplicar una norma u otra es lo que falla, o la elección de la aplicación de la norma es la correcta, pero se falla con una interpretación o ejecución errónea. Por su parte, el error judicial indirecto se da cuando existe una apreciación incorrecta de las pruebas, por ejemplo, al darle un valor a un contenido

inexistente en un documento o pericia, o dar un valor a la declaración de una persona testigo de algo que nunca dijo al momento de declarar<sup>27</sup>. Para algunos juristas, el error judicial indirecto y el error de hecho son lo mismo, de este último se cuenta con el concepto ejemplificado en la siguiente jurisprudencia:

*“...se incurre en error de hecho, cuando los Jueces al valorar la prueba, deforman el espectro histórico que de ellas deba construirse razonablemente. Es decir que se dan conclusiones equivocadas de los diversos supuestos probatorios aportados al proceso que pueden ser testimonios, confesiones, documentos, inspecciones judiciales, pericias u otros medios de prueba admitidos por nuestro ordenamiento procesal. Se ha ejemplificado esta situación al indicar que se comete este yerro de naturaleza material al valorar y analizar los elementos de prueba "poniendo en boca de confesantes o de testigos o de peritos, lo que éstos no han dicho, o que han informado de modo diferente; leyendo lo que un documento no expresa o lo consigna en otro sentido; sacando de los indicios y presunciones, consecuencias que evidentemente los contradicen; dando por cierto un hecho no probado y, en fin, negando su existencia a pesar de estar en forma acreditada. ...”<sup>28</sup>.*

Alcances y efectos jurídicos de los dos tipos de errores judiciales propuestos: el error judicial directo y el error judicial indirecto son muy casuísticos, no es algo que siempre se va a dar de una determinada forma; por ello, así de casuístico

<sup>25</sup> Nota del autor: Desde un lenguaje sencillo, podría decirse que actuar con dolo es hacer las cosas de manera premeditada, voluntaria y sin ningún tipo de presión o fuerza externa.

<sup>26</sup> Nota del autor: Es cuando se realiza con negligencia, imprudencia o falta al deber de cuidado.

<sup>27</sup> Cfr. Picado Vargas, Carlos. *Error Judicial y proceso de responsabilidad civil*. (San José. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A. 1er ed. Págs. 237 al 244, 2016).

<sup>28</sup> Cfr. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 62-1996 de las quince horas veinte minutos del veintiuno de febrero del año mil novecientos noventa y seis.

también es el alcance o los efectos jurídicos del error judicial, porque podría darse o no lo siguiente: anulación del error judicial mediante resolución del superior jerárquico; presentación de uno o varios procesos contra la persona que comete el error judicial en las materias de penal, civil, administrativo o disciplinario; y presentación de un proceso contencioso administrativo contra del Estado o directamente contra el Poder Judicial.

### Ejemplos de los errores judiciales propuestos

Un ejemplo de un error judicial directo sería que una persona juzgadora otorgue medidas de protección por el plazo de seis meses, y que en su sentencia diga que es posible prorrogar las medidas de protección por otros seis meses más. Obviamente, con base en la Ley anterior <sup>29</sup>. En este caso, el error judicial directo es usar una ley derogada.

Un ejemplo de un error judicial directo sería cuando no existe la menor duda en los hechos probados, pero se levantan las medidas de protección, ya que la persona juzgadora en su sentencia de primera instancia consideró que el esposo sí podía, por un tema de seguridad, descargar una aplicación de localización en el celular de su esposa, a pesar de que ella de manera expresa ha dicho que no quiere tener esa aplicación en el teléfono que es de su propiedad.

En la sentencia de primera instancia, la persona juzgadora en su fundamentación dice que, en la zona donde viven las partes, existen constantes secuestros, violaciones, trata de personas y demás delitos, y que la aplicación tecnológica por lo menos permitirá conocer la ubicación en tiempo real de la esposa, a razón de darle mayor seguridad; que a su parecer el derecho a la privacidad e

<sup>29</sup> Ley contra la Violencia Doméstica, Ley 7586, la cual fue publicada y entró a regir el 2 de mayo de 1996; y omitiendo aplicar la reforma de la Ley 8925 que entró a regir el 3 de febrero del año 2011.

inviolabilidad de las comunicaciones tiene un menor valor que el derecho a la vida, y que es exactamente lo que su esposo pretende proteger.

El control mediante la tecnología, que fue avalado por aquella sentencia de primera instancia, ha generado una fuerte desmejora en la salud mental de la esposa; y por ello presenta recurso de apelación ante el Tribunal de Familia, para que, en la sentencia de segunda instancia, además de la revocatoria, se declare que ha existido un error judicial; para, posteriormente, cobrar los daños y perjuicios ante la persona que cometió dicho error judicial directo. Además, que se ordene un testimonio de piezas al Ministerio Público y al Tribunal de Inspección Judicial.

Lo anterior es un ejemplo drástico, pero permite, a su vez, demostrar que un criterio jurisdiccional puede lesionar los derechos de una persona usuaria; ya que la esposa no es un objeto o posesión del esposo, ni es una extensión del cuerpo de este. Tampoco la esposa debe estar en una posición de subordinación de su esposo; y ella tiene todo el derecho de ejercer sus derechos constitucionales de propiedad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y libertad de tránsito; sin estar siendo vigilada, supervisada o controlada por parte de su esposo.

Otro ejemplo de un error judicial directo es cuando se toman decisiones de manera subjetiva, parcializada, arbitraria y contraria a derecho. Por ejemplo, un hombre llega de madrugada un sábado a solicitar medidas de protección al Juzgado de Violencia Doméstica de su comunidad. El hombre dice ser ganadero y estar casado, pero acepta que cometió adulterio, y hoy su esposa le ha descubierto su infidelidad; entre tanto enojo, ira y frustración, ella lo amenazó con desaparecer a su ganado para que se disminuya la cantidad de bienes gananciales a repartir.

La esposa, con mucho enojo y resentimiento,

le ha dicho que va a llevar un camión para llevarse todo el ganado, para liberarlo, regalarlo, venderlo o matarlo. El hombre solicita en el Juzgado de Violencia Doméstica que se den las medidas de protección que se consideren convenientes, pero que, al mismo tiempo, se realice dentro de estas medidas de protección un inventario del ganado, ya que existe una amenaza que, de ser ejecutada, podría afectar su patrimonio.

La persona juzgadora de inmediato resuelve, pero en su auto de traslado da algunas medidas de protección del artículo 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica, pero en lo resuelto no dice nada sobre el inventario. El hombre disgustado dice que quiere apelar, por la omisión de resolución en lo pedido, y por la denegatoria de su derecho al acceso de la justicia. La respuesta de la persona juzgadora es que haga la apelación en el horario ordinario, y de manera verbal le dice que no se otorgó la medida de protección del inventario, porque el tema de los bienes gananciales le corresponde al Juzgado de Familia; además, que la materia de violencia doméstica es exclusivamente cautelar, que no declara ni concede derechos.

El hombre disgustado se retira del lugar, y se dirige a la finca donde guarda su ganado, con la mala fortuna de que llegó y ya no están los semovientes; llama a su esposa y ella no le contesta; a partir de ese día desconoce el paradero de todos sus animales. En este caso en particular, podrían existir diversos procesos de diversas materias como la penal e incluso el proceso de la vía familiar; pero ya el daño patrimonial está consumado, ya que, de haber existido el inventario, existiría al menos una prueba documental que demuestre que ese ganado existió, en qué cantidad, calidad y en qué especie; que el inventario sería prueba esencial que sería de interés para el proceso penal o familiar; o incluso que, de haber existido conocimiento de la parte contraria del inventario judicial, tal vez no se hubiese cometido el ilícito.

El error judicial directo está en que lo solicitado por el hombre es algo que sí está dentro de las medidas de protección típicas<sup>30</sup>, exactamente en el artículo 3 de la Ley contra la Violencia Doméstica, y la decisión de dar o no dar esa medida de protección se omitió de manera dolosa y arbitraria; por consiguiente, sí podría existir responsabilidad penal, civil y disciplinaria ante este error judicial directo.

Se puede dar un error judicial directo con la omisión de la fundamentación<sup>31</sup> del auto inicial que otorga las medidas de protección; en el cual, en la segunda instancia de oficio, se toma la decisión de anular por la ausencia de la fundamentación, y esta decisión del superior jerárquico genera daños y perjuicios para ambas partes del proceso: para la persona solicitante de las medidas de protección, porque se le deja sin protección mientras se dicta la nueva resolución, y para la persona obligada al cumplimiento de las medidas de protección, porque le obligaron a cumplir algo que estaba no estaba fundamentado, lo cual le suprimió, limitó y restringió muchos de sus derechos; entre ellos, por ejemplo, se le sacó de la casa sin explicarle los motivos de su salida.

<sup>30</sup> Ley contra la Violencia Doméstica. Medidas de protección. Cuando se trate de situaciones de violencia doméstica, la autoridad competente ordenará cualquiera de las siguientes medidas de protección: n) Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional, en particular el menaje de casa u otros que le sirvan como medio de trabajo a la persona agredida.

<sup>31</sup> Nota del autor: Existe la obligación de la persona juzgadora de fundamentar la resolución que otorga medidas de protección en la materia de violencia doméstica, con base en lo siguiente: Circular número 184-2021, generada por el Consejo Superior en el número 70-2021, celebrada el 17 de agosto del año 2021, artículo LVII, a solicitud de la Comisión Permanente para el Seguimiento de la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar en el Poder Judicial. Publicada el 19 de agosto del año 2021, por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. En concordancia con la circular número 67-09 emitida por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia el 22 de junio del año 2009.

En el presente ejemplo, el error judicial directo está en la omisión de los deberes al no fundamentar del todo la resolución que otorga medidas de protección en la materia de violencia doméstica. Además, existiría una responsabilidad civil y disciplinaria de la persona juzgadora.

Como ejemplo de un error judicial indirecto, se podría tener que la persona juzgadora hizo una lectura rápida u omitió del todo la lectura de una prueba documental, y en la sentencia de primera instancia se nota; ya que, en el fallo en la fundamentación, la persona juzgadora dice cosas que la prueba documental no dice del todo o lo modifica parcialmente. Esta errónea valoración probatoria tiene repercusión en la decisión final de la sentencia. Lo cual da como resultado, el lamentable fallecimiento de la persona obligada al cumplimiento de las medidas de protección, quien desde el inicio del proceso judicial siempre dijo que quería regresar a su casa antes de fallecer de su cáncer terminal de pulmón, y que, por una errónea valoración probatoria, no fue posible cumplir su deseo. Tal decisión le hizo sufrir hasta en los últimos días de su vida; por consiguiente, sí podría existir responsabilidad civil y disciplinaria ante este error judicial indirecto.

Otro ejemplo de error judicial indirecto es que la persona juzgadora hace cinco comparecencias los martes, ya que en el juzgado para el cual labora es normal que no lleguen todas las personas usuarias, testigos y abogados o abogadas a todas las comparecencias; y lo normal es que, de las cinco comparecencias, solo se hagan entre dos o máximo tres. Pero un día martes llegaron todas las personas usuarias, testigos y abogados o abogadas; por lo que ese día se hicieron las cinco comparecencias señaladas e incluso todas las partes llevaron al menos dos testigos, siendo que se recibió por comparecencia al menos a cuatro personas como testigos, para un total de veinte testimonios en un solo día más la declaración de todas las partes, la escucha de las personas

letradas en derecho, y la recepción de toda la demás prueba documental, material y pericial.

Al terminar el día, la persona juzgadora, al momento de dictar la sentencia de primera instancia de uno de estos asuntos, comete uno o varios errores judiciales indirectos, al confundir lo que dijo una persona testigo de un expediente, con lo que dijo otra persona testigo de otro expediente. Estos errores judiciales indirectos son determinantes en la toma de la decisión judicial, y así se aprecia en la redacción de la sentencia de primera instancia. La persona juzgadora no escuchó los audios, sino que se confió de tener en su memoria “frescos” los recuerdos de lo declarado por las personas testigos.

La persona usuaria que fue afectada por estos errores judiciales indirectos presenta recurso de apelación ante el Tribunal de Familia, para que, en segunda instancia, se anule la sentencia, y se indique que ha existido al menos un error judicial indirecto; además, se comunique mediante testimonio de piezas al Tribunal de Inspección Judicial. En el transcurso de la apelación, la persona solicitante de las medidas de protección sacó del domicilio todos los bienes del hogar, llevándose el inodoro, lavatorio, bombillos, y dejó la casa vacía, e incluso causó daños graves a la estructura de la propiedad.

La persona usuaria afectada considera que, si no se hubieran cometido los errores judiciales indirectos, en los cuales se puso en la declaración de los testigos cosas que no se dijeron, estos hechos delictivos y de afectación patrimonial no hubieran ocurrido. Se valora que toda persona juzgadora tiene el control de su agenda y, a pesar de que existen números y estadísticas con las cuales cumplir, el error judicial indirecto en sí fue la omisión de la escucha de los audios para escuchar nuevamente lo que declaró cada parte, testigo y abogado, lo cual es un actuar culposo, negligente y una falta al deber de cuidado de las

funciones del cargo que desempeña la persona que cometió este error judicial indirecto.

Un ejemplo también de error judicial indirecto sería que, en la materia de violencia doméstica, existe la posibilidad de reparar los daños, pero no son cualquier tipo de daños los que se pueden otorgar en esta materia, sino que solamente los daños conocidos como emergentes<sup>32</sup>: para los demás daños se debe acudir a la vía judicial correspondiente<sup>33</sup>. En este caso, una persona usuaria solicita la reparación de sus daños emergentes, y aporta una preforma o una factura con un monto de cien mil colones. La persona juzgadora no leyó adecuadamente la factura e impuso un monto a pagar de un millón de colones.

En este caso, se está dando ultrapetita, porque se está dando más de lo pedido, pero al mismo tiempo se puso al documento un valor que no tenía. Por ello, en la decisión judicial existe un error judicial indirecto, así como una responsabilidad civil y disciplinaria de la persona juzgadora.

### **La responsabilidad disciplinaria de la persona juzgadora**

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece que se podrá iniciar un proceso disciplinario ante errores graves de la persona juzgadora<sup>34</sup>, siendo

<sup>32</sup> Nota del autor: Para algunos juristas, el daño emergente no existe, pero sí aceptan que los daños que se pueden reparar en la materia de violencia doméstica son los daños materiales de urgente reposición.

<sup>33</sup> Cfr. Tribunal de Familia, voto 154-2007, de las diez horas veinte minutos del treinta de enero del año dos mil veinte.

<sup>34</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 199. Será rechazada de plano toda queja que se refiera exclusivamente a problemas de interpretación de normas jurídicas. Sin embargo, en casos de retardo o errores graves e injustificados en la administración de justicia, el Tribunal de Inspección Judicial, sin más trámite deberá poner el hecho en conocimiento de la Corte Plena, para que esta, una vez hecha la investigación del caso, resuelva sobre la permanencia, suspensión o separación del funcionario.

así, la persona juzgadora sí puede ser investigada en un proceso disciplinario, por lo que resuelve, pero para explicar esto, es menester explicar el deber del juez y la jueza al momento de dictar sus sentencias.

“Tal deber, de ejercer la función jurisdiccional, deriva de la relación de empleo público que le vincula con el Estado, hallándose regido, como tal, por los principios generales del derecho administrativo, y del derecho que tienen las partes o peticionarios en el sentido que sus reclamos sean resueltos o proveídos, con el contenido de la respectiva decisión. El incumplimiento de este deber, o su cumplimiento en forma irregular, autoriza, por una parte, la aplicación de sanciones disciplinarias, pudiendo justificar, inclusive, la destitución o remoción del juez o la jueza, y, por otra parte, también puede generar las responsabilidades de orden civil y penal”.

“Dentro de este gran deber de ser juez o jueza, se está obligado a resolver conforme a los plazos y términos de ley, la motivación de las decisiones, y dirigir el proceso. Así las cosas, el Tribunal de Inspección Judicial tiene revisar las funciones propias de la persona juzgadora. El principio si es efectivamente aplicado, por cuanto únicamente le corresponde el ámbito de lo disciplinario, no la valoración técnico-jurídica de la labor del juez en los casos concretos. Debe anotarse que la actividad fiscalizadora del Tribunal no puede interferir sobre la función jurisdiccional, porque estas sanciones -las disciplinarias- no tienen el efecto de anular o alterar las resoluciones jurisdiccionales, o de influir directamente sobre el asunto en cuestión, y los fallos del Tribunal de Inspección Judicial nunca producirán cosa juzgada respecto del caso, pues son dos cosas totalmente apartes: el contenido jurídico de la sentencia, y la actuación de la jueza o del juez como funcionario público”.

“El Tribunal de Inspección Judicial, en

relación con el régimen disciplinario, lo que debe valorar de la jueza o del juez es, por una parte, todo lo que produce el servicio público eficiente, por lo cual debe examinar e investigar la función normal de las oficinas, la actividad desempeñada, la tramitación de expedientes, los procedimientos, etc.; y por otra parte, debe valorar la eficiencia de la persona juzgadora como funcionaria pública, de manera que el contenido de sus sentencias lo que demuestra es su capacidad profesional e idoneidad en el puesto que desempeña, es decir, si conoce y aplica correctamente el derecho, por cuanto los Tribunales Superiores ven limitada esa fiscalización a su propia competencia, y no pueden imponer sanciones de esta categoría, únicamente las derivadas de la actividad arbitraria del expediente. Ello implica que a la persona juzgadora, únicamente se le puede imponer una sanción disciplinaria cuando mediante un procedimiento de investigación, en el que se garanticen sus derechos derivados del debido proceso, se compruebe el incumplimiento de las funciones que le son propias en razón del cargo que desempeña, pero no por criterios vertidos en los fallos y decisiones de carácter jurisdiccional, los cuáles solo serán susceptibles de la revisión por el superior, cuando medien los recursos de ley, excepto que de ellos se derive la convicción clara de su incumplimiento para desempeñar el cargo para el que fue nombrado”.

“En otras palabras, el Tribunal de Inspección Judicial puede entrar a valorar la actividad genérica de la persona juzgadora mediante el estudio de sus pronunciamientos, pero únicamente para determinar su idoneidad en el puesto que desempeña; no podrá incidir directamente en un caso concreto, señalando los errores de interpretación en que estima incurrió la persona juzgadora al aplicar el derecho, por cuanto ésta es una función eminentemente jurisdiccional, y dicha instancia es de carácter administrativo. Por ello, necesita de una pluralidad de casos, no pudiendo valorar la capacidad o competencia de una

persona juzgadora por un solo pronunciamiento -salvo que se trate de un error manifiestamente absurdo y de gran gravedad-, porque ello sería facultarlo para evaluar el contenido jurídico de los fallos jurisdiccionales, lo que bajo ningún punto de vista es posible. Debe quedar claro que, para el buen desempeño de las labores le faculta para visitar los despachos judiciales, y llevar control de lo resuelto, de los pendientes, atrasos, etc., todo para verificar la aptitud del funcionario para el cargo que desempeña, y en última instancia, para asegurar una mejor administración de justicia. No debe olvidarse que se permite la destitución de la persona juzgadora en la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>35</sup> 36. 37

### **La responsabilidad civil de la persona juzgadora**

La Constitución Política en su numeral 41<sup>38</sup> ; los artículos 1045<sup>39</sup> y 1048<sup>40</sup> del Código Civil;

<sup>35</sup> Nota del autor: Todo lo que está entre comillas del presente apartado de la responsabilidad disciplinaria de la persona juzgadora, también, puede ser consultado en el acta número 04 del veinte de febrero del año dos mil diecisiete de la Secretaría de la Corte del Poder Judicial.

<sup>36</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 28. Podrá ser destituido de su cargo, siguiendo el procedimiento establecido y con la previa oportunidad de defensa: Inciso 4. Que resultare incompetente o inadecuado para el desempeño de su cargo.

<sup>37</sup> Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2014-15225, de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de setiembre del año dos mil catorce, 2015-16072, de las nueve horas treinta minutos del dieciséis de octubre del año dos mil quince.

<sup>38</sup> Constitución Política. Artículo 41. Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerles Justicia pronta, cumplida, sin denegaron y en estricta conformidad con las leyes.

<sup>39</sup> Código Civil. Artículo 1045. Todo aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

<sup>40</sup> Código Civil. Artículo 1048. “...El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos

y el numeral 190<sup>41</sup> de la Ley General de la Administración Pública pretenden que se resarzan los daños y perjuicios de las personas. Incluso en el derecho familiar, se puede realizar el cobro de los daños y perjuicios<sup>42</sup>, tal como lo expresa la siguiente cita:

*"...A pesar de que el tema de la responsabilidad civil extracontractual es parte de la más añeja tradición civilista, y que ha sido objeto de muchísimos estudios y discusiones doctrinales y jurisprudenciales, es sorprendente cómo en nuestro medio la práctica forense, dentro del Derecho de Familia aún es muy "tímida" en cuanto a reclamar daños y perjuicios, provocados por algunas de las múltiples manifestaciones generadoras de responsabilidad civil en el Derecho de Familia..."<sup>43</sup>.*

Ahora bien, para poder cobrar daños y perjuicios, deben darse ciertos requisitos o presupuestos: una acción u omisión, una antijuridicidad, un nexo causal y el daño. La acción y la omisión deben haber sido realizadas

---

*y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar..."*

<sup>41</sup> Ley General de la Administración Pública. Artículo 190. 1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

<sup>42</sup> Por ejemplo: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 2011-860, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del dos de noviembre del año dos mil once.

<sup>43</sup> Soto Castro, Rolando. "Daños y perjuicios derivados de la ruptura de los sponsales", *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*. (2012): N 9. Pág. 59. San José: Costa Rica.

de manera voluntaria (dolosa)<sup>44</sup> o mediante culpa. La antijuridicidad es el comportamiento contrario a derecho que es realizado por la persona acusada (existe el deber generalizado de no hacer daño). Por su parte, la relación de causalidad es el daño incorporal causado, y es preciso que haya sido causado por la persona responsable con la acción u omisión.

El nexo causal<sup>45</sup> o la relación causal es aquel nexo o ligamen inmediato que nace entre la persona que propina el agravio a los bienes extrapatrimoniales de otra persona, es la base y un parámetro esencial para determinar la correspondencia del daño causado. Por último, el daño se debe demostrar para poder ordenar el pago y resarcir al afectado. La demostración del daño debe darse en cada caso en concreto.

En Costa Rica, rige el principio de la libertad probatoria, una manera o forma para poder demostrar el daño pueden ser: mediante pericias<sup>46</sup> del Departamento Interdisciplinario del Poder Judicial, ya sea un dictamen de trabajo social o de psicología, los cuales no van a decir nunca cuánto dinero se le debe dar a la persona ofendida, sino que sirven únicamente para demostrar el daño generado y el nexo causal<sup>47</sup>. El daño en sentido jurídico: "...constituye todo menoscabo, pérdida,

---

<sup>44</sup> Código Civil. Artículo 701. El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione, aunque se hubiere pactado lo contrario.

<sup>45</sup> Código Civil artículo 704. En la indemnización de daños y perjuicios solo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse.

<sup>46</sup> Nota del autor: La pericia demuestra escenarios, circunstancias específicas a valorar; las cuales se tienen que valorar con el resto de la prueba aportada al expediente.

<sup>47</sup> Cft. Blanco Villalta, Gerardo Antonio y Granados Aguilar, Eimy. *Derecho de Familia: La pretensión civil en el proceso de filiación*. (San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2016, p. 75 – 96).

*o detrimento en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona damnificada, el cual provoca la privación de un bien jurídico respeto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso...”<sup>48</sup>.*

La sentencia que conoce del asunto debe decir si los daños reclamados se declaran con lugar o sin lugar, si el Estado o el Poder Judicial son responsables solidarios, y también debe decidir el monto económico que la parte vencida debe pagar a la parte victoriosa. El monto económico a pagar debe ser proporcional al daño generado, y también debe ser proporcional a lo que la parte demandada puede pagar, porque no se puede ordenar pagar un monto económico insignificante que no sirva como una verdadera sanción, o un monto económico tan alto que es imposible de pagar.

### Conclusión

1- No todo error humano es un error judicial. 2- No toda decisión judicial se puede disfrazar de independencia judicial. 3- El error judicial se tiene que cometer con dolo o culpa. 4- Toda persona usuaria que recibe un daño tiene el derecho de generar su reclamo en la vía judicial o administrativa. 5- Toda persona que causa el daño tiene el deber de repararlo. 6- El error judicial directo es cuando no existen dudas en los hechos probados de la sentencia, pero se usa de manera errónea una ley que puede estar derogada, o bien se usa la ley correcta, pero la interpretación de esa ley no es la correcta. 7- El error judicial indirecto es cuando se pone algo en la prueba que no existe, se dice que el testigo dijo algo que no dijo, o que la prueba documental o pericial dice algo que

realmente no dice.

8- La persona juzgadora puede verse inmersa en un proceso administrativo, civil, disciplinario o penal cuando comete un error grave. 9- El Tribunal de Inspección Judicial puede revisar las resoluciones de las personas juzgadoras con el fin de verificar si son idóneas para el cargo, pero esta revisión es administrativa, no tiene efectos en los casos en sí, ya que el Tribunal de Inspección Judicial no puede revocar o anular las resoluciones de las personas juzgadoras, por cuanto, su función es estrictamente administrativa y disciplinaria. 10- Solamente el Tribunal de Familia puede anular o revocar resoluciones de las personas juzgadoras que tramitan la materia de violencia doméstica.

### Bibliografía consultada

#### Libros:

Blanco Villalta, Gerardo Antonio. y Granados Aguilar, Eimy. *Derecho de Familia: La pretensión civil en el proceso de filiación*. San José: Costa Rica, Editorial Juritexto, 2016.

Dobles Ovares, Víctor Alfonso. *La independencia judicial en Costa Rica*. Heredia: Editorial del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2008.

Montero Piña, Fernando. *Daño Moral*. 1era ed. San José: Costa Rica. Impresión Gráficas del Este, 2002.

Mora Mora, Luis Paulino. *La independencia del juez como derecho humano*. San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Ollero, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ° ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

<sup>48</sup> Montero Piña, Fernando. *Daño Moral*. 1 era ed. (San José. Costa Rica. Impresión Gráficas del Este, 2002, Pág. 18). Nota: También, en ese sentido, se puede observar la sentencia Número 112-1992 de la Sala Primera de La Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

Picado Vargas, Carlos. *Error Judicial y proceso de responsabilidad civil*. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2016.

Quintero Carretero, Juan Pedro. *La Responsabilidad personal del juez: Poder Judicial y Responsabilidad*. La Responsabilidad del Estado juez. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008.

#### Revistas:

Armijo Sancho, Gilbert. *La independencia del juez, su destitución y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista de Ciencias Penales. (2009): Número 26, mayo.

Soto Castro, Rolando. “Daños y perjuicios derivados de la ruptura de los esponsales”. *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*. (2012): Número 9, Págs. 59-67. San José: Costa Rica.

#### Leyes:

Constitución Política de Costa Rica, artículo 41,

Código Civil de Costa Rica, artículos 701, 704 y 1045.

#### Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2883-1996, de las diecisiete horas del trece de junio del año mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2014-15225, de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de setiembre del año dos mil catorce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia, voto 2015-16072, de las nueve horas treinta minutos del dieciséis de octubre del año dos mil quince.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 112-1992.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 62-1996 de las quince horas veinte minutos del veintiuno de febrero del año mil novecientos noventa y seis.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 2011-860, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del dos de noviembre del año dos mil once

Tribunal de Familia, voto 154-2007, de las diez horas veinte minutos del treinta de enero del año dos mil veinte.

Tribunal de Familia, voto número 81-2016, de las nueve horas y cuarenta y seis minutos del dos de marzo del año dos mil dieciséis.

Tribunal de Familia, voto número 123-2020, de las once horas y dos minutos del diecinueve de marzo del año dos mil veinte.

#### Otros cuerpos jurídicos:

Circular número 184-2021, generada por el Consejo Superior en el número 70-2021, celebrada el 17 de agosto del año 2021, artículo LVII, a solicitud de la Comisión Permanente para el Seguimiento de la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar en el Poder Judicial. Publicada el 19 de agosto del año 2021, por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia. En concordancia con la circular número 67-09 emitida por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia el 22 de junio del año 2009.

Estatuto del Juez Iberoamericano. La VI



cumbre iberoamericana de presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. Celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo del año 2001. Documento disponible en: <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/index.php/publicaciones/marco-etico/168-estatuto-del-juez-iberoamericano>

Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial. Poder Judicial, San José, Costa Rica. Departamento de Artes Gráficas. Documento: B.31551.

Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. (2002). Borrador del Código de Bangalore sobre la conducta judicial de 2001. Aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, tal y como fue revisado en la reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de la Haya, Países Bajos, los días 25 y 26 de noviembre del año 2002. Codhem. Documento disponible en: <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/index.php/publicaciones/marco-etico/172-principios-de-bangalore-sobre-la-conducta-judicial>



## Procedimiento administrativo. ¿Una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa?

M.Sc. José Andrés MEZA VILLALOBOS \*

*Abogado*

**SUMARIO:** 1) Antecedentes históricos del procedimiento administrativo. 2) Aspectos generales del procedimiento administrativo. 3) Puntos de encuentro en Derecho comparado. Codificación y participación ciudadana. 4) Discrecionalidad administrativa. 5) Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. 6) Discrecionalidad y procedimientos (Administrativos). 7) Discrecionalidad administrativa en el procedimiento sancionatorio, mención específica al acto de fijación de la sanción. ¿Es discrecional?

### RESUMEN

El presente artículo pretende realizar un análisis sobre el papel que juega el procedimiento administrativo en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, analizando algunos puntos importantes de su evolución histórica; su papel de coadyuvante para la adopción de decisiones administrativas legítimas y legales, para

concluir con un análisis sobre el tema de la discrecionalidad en la adopción de sanción en el marco de procedimientos administrativos, donde se encuentra de por medio el ejercicio del *ius puniendi estatal*.

**PALABRAS CLAVE:** discrecionalidad, procedimiento administrativo, potestad sancionatoria, procesos autocompositivos y heterocompositivos, control.

**ABSTRACT:** The following article aims to carry out an analysis of the role that the administrative procedure plays in the exercise of administrative discretion, analyzing some important points of its historical evolution, its role as a contributor to the adoption of legitimate and legal administrative decisions, to conclude with an analysis on the issue of discretion in the adoption of sanctions in the framework of administrative procedures where the exercise of state *ius puniendi* is involved.

\* El autor se especializa en el ámbito del Derecho Público, cuenta con una Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, una especialización en Regulación de Servicios Públicos y Competencia por la Universidad española de Valladolid, así como un Diplomado en Derecho Administrativo Sancionador por esta misma casa de estudios. Es egresado del programa de Doctorado en Derecho en la Universidad de Costa Rica.

**KEYWORDS:** Administrative Discretion, Administrative Procedure, Penalty Power, Self-Compounding and Hetero-Compounding Processes, and Control.

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la ciencia del Derecho administrativo ha sido objeto de constante análisis, y la producción del acervo bibliográfico ha sufrido un aumento vertiginoso de la mano con el posicionamiento que esta rama del Derecho ha tomado a nivel internacional en las últimas décadas; donde fenómenos parten de abundantes análisis desde la óptica de la famosa *Huida del Derecho Administrativo*<sup>1</sup>, hasta aterrizar en temas actuales, por ejemplo, el de la incidencia de economías colaborativas en el ámbito de lo público, con el tema de las alianzas público-privadas como herramienta valiosa para la satisfacción de las necesidades del Estado, por mencionar dos temas en boga en estos momentos.

No obstante, existen temas clásicos del Derecho administrativo que, sin importar el tiempo que transcurra, por su perenne actualidad y su incidencia directa en el quehacer de lo público, sin importar la especialidad de que se trate, subsisten en las discusiones teórico-filosóficas a través de nuevos enfoques que redefinen el lente con el

<sup>1</sup> El tema de la huida del Derecho administrativo ha sido objeto de amplios análisis, por ejemplo, desde una óptica más conservadora, puede verse el trabajo de la profesora Silvia de Saz Cordero, “La Huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, (Enero-Abril 1994)57-98, o desde una óptica más integradora, puede consultarse el trabajo de Juan José González López, “La “Huida del Derecho Administrativo” como factor criminógeno”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 era Época, n.º 16, (julio de 2016), 375-412, en el que se busca establecer una relación de causalidad entre este fenómeno y el aumento de la criminalidad, específicamente en lo atinente a la corrupción administrativa.

cual se aborda su temática. Un ejemplo de esto lo constituye el procedimiento administrativo, cuya naturaleza dinámica, según se vea, permite abordajes distintos en procura de solucionar problemas actuales mediante la adaptación de las regulaciones establecidas a tiempos modernos.

En este sentido, la visualización del procedimiento administrativo como una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa es un tema poco estudiado, si se compara con el relativo al control judicial de la discrecionalidad administrativa. De ahí la necesidad de redefinir esta herramienta y sus alcances en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y la conformación de la voluntad administrativa, siempre sujeta a control.

### I. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Para cualquier interesado en la materia del Derecho administrativo, ya sea tanto desde el aspecto formal como del sustancial, en cuyas manos se haga una obra que desarrolle a manera de tratado la materia, le parecería completamente natural y lógico que se incluya en esta lo relativo al procedimiento administrativo, como elemento de conformación de la voluntad administrativa. No obstante, pocas obras se ocupan de analizar lo relativo al surgimiento de la figura como se conoce ahora, cuyos rasgos característicos, a pesar de las singularidades propias, son compartidos a lo largo de distintas latitudes. Pero, antes de continuar, conviene plantearse: antes del desarrollo actual, ¿qué hubo? ¿Cómo surge el procedimiento administrativo como se conoce ahora? La respuesta a estas preguntas deviene en necesaria, al menos de forma breve. en la medida en que la naturaleza del presente trabajo lo permite.

Según lo señala Barnes (2015), el desarrollo hacia el procedimiento administrativo como se le

conoce hoy fue discurriendo por diversas etapas, entre las cuales se puede identificar una primera caracterizada por el procedimiento singular y especial, donde existían normas inseparablemente unidas a las previsiones sectoriales de carácter sustantivo, por ejemplo, la solicitud de una licencia, o la presentación de una queja)<sup>2</sup>. Posteriormente, le siguieron pronunciamientos jurisprudenciales, para después iniciar un lento camino hacia una cierta abstracción o síntesis, marcando la pauta a través del recurso administrativo en sus diversas variantes, las normas relativas al modo interno de operar de los órganos de la Administración (o procedimiento “interno” de la Administración) y los procedimientos en vía de petición o a instancia de parte (señaladamente, procedimientos autorizatorios).<sup>3</sup>

Continuando con el desarrollo, y con la finalidad de unificar, simplificar o fijar normas comunes sobre los procedimientos de recurso y los de vía de petición<sup>4</sup>, surgen las primeras leyes generales, con la participación de la doctrina y expertos en la materia. Los cuales buscan, además de lo indicado, establecer nuevos procedimientos de revocación, sanciones y promulgación de disposiciones generales; de forma tal que las leyes dictadas vienen a fijar los elementos característicos de distintos tipos de procedimientos marco o tipo.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Señala el autor, que un ejemplo de esto se da en España con la Real Orden de 14 de mayo de 1846, a través de la cual se dictaron reglas para el establecimiento de nuevos riegos fábricas y otras empresas agrícolas e industriales para el aprovechamiento del agua de los ríos.

<sup>3</sup> Véase, Javier, Barnés. 2015. “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 203-204.

<sup>4</sup> Por ejemplo, las licencias, permisos, concesiones demaniales, entre otros.

<sup>5</sup> Véase Javier, Barnés, “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 204.

Valga señalar que, como suele suceder con las normas marco, estas fueron copiadas y adaptadas en distintas latitudes según fuera la necesidad que pretendían satisfacer. La clave en estos casos estuvo y ha estado en la convivencia de normas marco o generales, y normas de índole especial o sectoriales, que vengan a regular de forma más especializada distintas materias, para ir abandonando el esquema procesal que una vez las inspiró (enfocado sobre todo en normativa procesal judicial); con el fin de revestir una caracterización propia de la dificultad de establecer una escisión entre normas materiales y formales dentro del propio Derecho administrativo, dado que usualmente la normativa tiende a incluir regulación de ambas naturalezas en un mismo instrumento<sup>6</sup>.

Bien lo señala Barnes (2015), que la: *“experiencia histórica pone de manifiesto que las leyes de procedimiento han regulado principios generales de actuación y procedimientos tipo a un tiempo, en el mismo cuerpo normativo. Esa común cultura se obtiene asimismo por la asunción de conceptos comunes (acto administrativo, procedimiento, derechos procedimentales...); el establecimiento de ciertas garantías o derechos para un grupo o género de procedimientos, así como deberes o cargas de la Administración y del ciudadano”*.<sup>7</sup>

De este modo, queda claro que la aparición del procedimiento administrativo no surge a partir de una generación espontánea, sino que es producto de un desarrollo sesudo por parte de la doctrina y expertos en la materia que, a manera de prueba y error, fueron buscando la forma de solucionar

<sup>6</sup> Por ejemplo, en materia de regulación de servicios públicos, de competencia y sancionatoria, por mencionar únicamente tres ejemplos.

<sup>7</sup> Javier, Barnés, “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 207.

una problemática compleja y cotidiana, que a la postre dio como resultado regulaciones como las actuales. Estas, si bien continúan partiendo de la existencia de normas macros o generales que alimentan a las sectoriales en aquellos puntos que resultan abstrusas u omisas; lo cierto es que han permitido la evolución procedimental, al punto de dotar tanto a los administrados como a las administraciones, de garantías y herramientas procesales y sustantivas, que permiten no solo transparentar, sino hacer del procedimiento un ejercicio cada vez más eficiente, en garantía del respeto al bloque de juridicidad.

## II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ya en su momento, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, desde su obra, rescataban el esfuerzo realizado por Merkl de aislar un concepto de procedimiento, como categoría propia dentro de la teoría general del derecho y no como parte de la óptica judicial. De esa forma, indican los autores: *“el procedimiento vendría a ser el camino, el iter jurídicamente regulado a priori, a través el cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica en un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo). El procedimiento, en general, se singularizaría, por lo tanto, en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos”*.<sup>8</sup>

Desde esta óptica, se visualiza que procedimiento administrativo, según la tesis de los autores, sería el camino precedente, que debe seguir la Administración para proceder con el dictado de actos administrativos. Asimismo, no puede obviarse el hecho de que, aun cuando se

<sup>8</sup> Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. (Navarra, España: Civitas, 2011),456.

relaciona al procedimiento administrativo como esta *conditio sine qua non* para la adopción de actos administrativos válidos y eficaces, no puede soslayarse la relación que también tiene el procedimiento administrativo en el ámbito más contencioso. De ahí que resulta menester reconocer en esta parte, las semejanzas que existen entre el proceso judicial y el administrativo, dada la pertenencia de ambos al mismo tronco común.

Bien puede señalarse el hecho de que el proceso en sí busca la averiguación de una verdad (real o formal<sup>9</sup>) en este, además de la satisfacción de las pretensiones planteadas por las partes, mediante la intervención de una instancia independiente, como modelo tanto heterocompositivo como autocompositivo, según corresponda. No obstante, si bien el procedimiento busca también la averiguación de esta verdad, que pueda devenir en la satisfacción de pretensiones ejercitadas durante este, lo cierto es que, a diferencia del proceso, el procedimiento no ve agotada su finalidad en este punto; es decir, busca también constituir una garantía para las partes involucradas en una situación particular regulada, pero, también, se erige como un mecanismo, para la satisfacción del interés general mediante el dictado de actos o decisiones administrativas, apegadas a derecho. De ahí que se le otorgue al procedimiento esa doble finalidad; tanto la de averiguación de una verdad dentro de una causa abierta como de la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones administrativas en el marco del cumplimiento de fines legitimantes de la función estatal.

A través de esa doble dimensión, precisamente, se logra el control de la Administración, de manera

<sup>9</sup> Con respecto a este tema, de la averiguación de una verdad real o formal, como parte de los fines del procedimiento, puede verse en el ámbito costarricense la obra de Ronald Hidalgo Cuadra, *La cuestión de los hechos. Enfoque General y desde el Derecho Administrativo*, (San José, Costa Rica: Isolma, 2018).

que, cuando en el ejercicio de sus potestades discrecionales proceda con el dictado de actos administrativos, estos deban sujetarse a las reglas establecidas de previo, ya sea mediante una positivización expresa o mediante su regulación doctrinaria y jurisprudencial.

No obstante, existen regulaciones donde el enfoque que se le da al procedimiento administrativo va más dirigido a la función asimilable con la jurisdiccional, por ejemplo, sucede con la Ley General de la Administración Pública costarricense, que le otorga todo un título a su desarrollo y regulación. En este sentido, en la discusión de aprobación de la Ley General de la Administración Pública, del año 1978, el célebre jurista costarricense Rodolfo Piza Escalante señaló: *“En su libro segundo a partir del artículo 218 el proyecto establece por primera vez en Costa Rica un régimen de procedimiento administrativo general para toda la Administración Pública. Si bien estructurado sobre el sistema medula y complejo de la Administración Central, su aplicación a las demás administraciones habrá de hacerse, por supuesto adaptando algunas disposiciones a las particularidades de esas administraciones o de los servicios que prestan y sin perjuicio de lo que establezcan las leyes especiales que lo rigen”*.

Lo cual va de la mano con lo que fuera señalado supra. Además, continúa indicando el célebre jurista costarricense que: *“(…)el proyecto se orienta a asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derecho subjetivos e intereses legítimos del administrado de acuerdo con el ordenamiento jurídico”*<sup>10</sup>. Lo que se buscó a través de la regulación propuesta en ese momento fue materializar los propósitos básicos de 1) resolver

la contraposición entre autoridad y libertad, así como prerrogativa y garantía y 2) la garantía de la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que asienta todo el régimen institucional costarricense y que valen no solo para garantizar intereses legítimos, sino también la defensa del interés público.

Es precisamente por esto último que los actos que se dictan como producto de un procedimiento administrativo puedan afectar tanto a los administrados como a otros entes de la Administración pública, y de ahí surge un reto al que se enfrenta el Derecho público y en sí el aparato estatal: regular los procedimientos que afectan competencias de varios órganos de la misma Administración o inclusive de distintas Administraciones públicas, situación que se agrava cuando una o más instituciones de las involucradas goza de autonomía.

En el caso español, por ejemplo, se ha optado por soluciones como la sucesión de procedimientos encadenados, los procedimientos bifásicos o la inserción de las competencias ajenas como “cuerpos extraños” en forma de informes preceptivos y, en su caso, vinculantes, o en forma de piezas separadas. Señalan, en este sentido, Parejo y Vaquer (2018), que las anteriores soluciones resultan poco funcionales, por lo que se insta a volver la mirada a regulaciones como la de Italia o Portugal, con las denominadas *conferencias de servicios y procedimientos en conferencia*, en las que se busca que las competencias deban ponerse de acuerdo en lugar de comunicarse a través de una *“sucesión de monólogos proceduralizados”*.<sup>11</sup>

En ese mismo contexto de cooperación, se encuentran los procedimientos cooperativos que se dan en el seno de la Unión Europea, tanto los

<sup>10</sup> Roberto Quirós Coronado, *Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional*, (San José, Costa Rica: Aselex, 1996), 312-313.

<sup>11</sup> Luciano Parejo Alfonso y Marcos Vaquer Caballería, *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018), 16-17.

horizontales entre Estados miembros como los verticales entre uno o varios Estados miembros y la Unión Europea; respecto de los que sigue sin decirse nada en países como España, pero que ya se incluye regulación en Alemania. En este caso, señalan Parejo y Vaquer (2018), que el comparatismo resulta de mucha utilidad.<sup>12</sup>

### III. PUNTOS DE ENCUENTRO EN DERECHO COMPARADO. CODIFICACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Señalan Parejo y Vaquer (2018)<sup>13</sup>, una de las conclusiones más evidentes que arroja la aproximación comparatista al Derecho del procedimiento administrativo es la gran dispersión que puede observarse en cuanto a la prontitud o tardanza en codificar legalmente la materia. Por ejemplo, en el caso de España, como uno de los primeros países en promulgar legislación en la materia con su Ley seminal de 1889<sup>14</sup>; también destacan los casos de Austria con su ley de 1925 o inclusive los de Estados Unidos con su famosa Ley de Procedimiento Administrativo de 1946. Por su parte, Alemania aprobó su *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* en 1976 e Italia no lo hizo hasta la Ley 241 de 1990, siendo Francia la última de ellas con su Ley de 12 de abril de 2000, la cual regulaba los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

Es así que, a través de un desarrollo profuso de la materia procedimental, se ha arribado a una concepción del procedimiento administrativo, como un mecanismo de contraste de opiniones y de acceso a la información, donde pueden acudir sujetos de diversa naturaleza (pública o privada) a formular sus pretensiones en espera de que le sean

resueltas por la Administración; pero, también, incluso llegando en casos a coadyuvar con el fin perseguido por esta, ya sea de forma directa o indirecta, trayendo abajo aquella concepción decimonónica dualista excluyente, de que el procedimiento atañe a intereses contrapuestos en contienda.

Es así como, a través del procedimiento, se ha logrado materializar la participación de aquellos interesados en la conformación de la voluntad de la Administración, bajo una nueva óptica que, como señala Cassagne (2011)<sup>15</sup>, en aquellos casos en que el derecho de participación se derive de la ley, este no puede conculcar el carácter representativo establecido en la forma de gobierno constitucionalmente dispuesta, como sucede no solo en el caso argentino, sino también en el costarricense, en el cual encuentra un respaldo claro a partir de la reforma operada al artículo 9 de la Carta Magna en el año 2003, que caracteriza al Gobierno de la República como popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. De esta forma, introduce, en la óptica de lo público, el tema de la participación ciudadana desde la más alta norma jurídica, en atención al principio democrático imperante en dicha Constitución.

En igual sentido, señala Vaquer<sup>16</sup> que: “*todo procedimiento es un foro de diálogo (...) Incluso los procedimientos internos de la Administración son diálogos entre órganos. Y la dialéctica de los procedimientos administrativos no tiene*

<sup>12</sup> Ídem

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Nótese que, para obtener un Código General en el país ibérico, hubo que esperar hasta la Ley de 1958.

<sup>15</sup> Juan Carlos Casaggne, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n° 67, (2011), 67-68.

<sup>16</sup> Marcos Vaquer Caballería, “¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?” *Borrador de contribución al libro colectivo Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*. Inédito. Consultado el 1 de noviembre de 2020 en el enlace: [https://www.academia.edu/41926985/\\_Para\\_qu%C3%A9\\_sirve\\_el\\_procedimiento\\_administrativo](https://www.academia.edu/41926985/_Para_qu%C3%A9_sirve_el_procedimiento_administrativo)

*porqué ser necesariamente hegeliana, es decir, de contradicción o antitética. A diferencia de los procesos judiciales donde se opone la tesis de la parte demandante a la antítesis de la parte demandada para resolverse en la síntesis de la sentencia, en los procedimientos administrativos pueden encontrarse dialécticas tanto competitivas como colaborativas”.*

Concluye el autor, a partir de lo anterior, que, como consecuencia de esta diversidad y complejidad, a la imagen tradicional del procedimiento como camino (iter), se le puede agregar la de foro (fórum), o lugar público donde se produce el diálogo abierto entre todas las personas (públicas y privadas), concernidas por la determinación del interés general en un asunto cualquiera.

Desde esta óptica, puede señalarse que el procedimiento administrativo se erige como un instrumento al servicio del derecho, en la gestión administrativa y en un baluarte de la lucha contra la arbitrariedad y el abuso de poder. Propicia un equilibrio entre partes, el diálogo, la confluencia de intereses y la satisfacción de pretensiones, en directa satisfacción del interés general.

Otra manifestación de esta nueva óptica del procedimiento administrativo se encuentra en el papel que se les atribuye a los acuerdos como forma de terminación o preparación para el fin del procedimiento. Por ejemplo, en España, este tipo de acuerdos se introdujeron en la normativa general desde el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en Portugal. Su inclusión se dio a través del artículo 57 de su Código del Procedimiento Administrativo de 2015, y en Alemania dicha posibilidad está prevista desde la década de 1970. Siendo que, en Estados Unidos, al igual que en Costa Rica, la práctica de la *negotiated rulemaking* ha ido cobrando fuerzas, a pesar de no encontrar una

regulación positiva como las mencionadas.

La diferencia en el caso costarricense es que, si bien en la Ley General de la Administración Pública no se prevén de forma expresa ese tipo de soluciones alternativas, pues los medios de finalización alterna son el desistimiento y la renuncia<sup>17</sup>; lo cierto es que la Constitución Política prevé, en su artículo 43, la posibilidad que tiene toda persona de terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente. Normativa que se vio reforzada con la promulgación de la Ley N.º 7727, Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

De hecho, según lo señalan Calderón y González (2006), el artículo 2 de dicha ley vendría a recoger el principio constitucional antes mencionado: *“al señalar que toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, es aquí donde resulta necesario entender que la Constitución no cierra las posibilidades de soluciones alternativas, sino que más bien las incluye como un derecho más de los y las ciudadanas, siendo la naturaleza patrimonial y disponible, del bien en disputa, las dos únicas salvedades para acudir a estas vías”*.<sup>18</sup>

De lo anterior, se deriva que existe una reserva constitucional<sup>19</sup> dada a las partes que las legitima

<sup>17</sup> Artículos 337 a 339 de la Ley 6227.

<sup>18</sup> Patricia Calderón Rodríguez y Rafael González Ballar, “La conciliación en material laboral: Su efectividad y viabilidad para las casas de justicia”, Revista de Ciencias Jurídicas n.º 111 (set-dic. 2006), 18.

<sup>19</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, al analizar el tema de participación en la conformación de la voluntad administrativa en su sentencia STC 119/1995, de 17 de julio, señaló: *“la participación en la actuación administrativa -prevista ya, por cierto, en la legislación anterior a la Constitución-, (...) no es tanto*

para acudir a este tipo de vías alternativas, con el fin de dar por concluida una controversia, situación que es plenamente aplicable, *mutatis mutandi*, al procedimiento administrativo. De hecho, en Francia, se ha venido a materializar esta importancia de la participación ciudadana, al punto de que se estableció el denominado *Código de las Relaciones entre el Público y la Administración*, con la finalidad de garantizar y canalizar la participación ciudadana, como fuerzas impulsoras de la legislación procedimental.<sup>20</sup>

*una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto uno de los cauces de los que en un Estado social deben disponer los ciudadanos -bien individualmente, bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades especialmente aptas para la defensa de los denominados intereses «difusos»- para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afectan. Dicho derecho, cuya relevancia no puede ser discutida, nace, sin embargo, de la Ley y tiene -con los límites a que antes hemos aludido- la configuración que el legislador quiera darle; no supone, en todo caso, una participación política en sentido estricto, sino una participación -en modo alguno desdeñable- en la actuación administrativa, de carácter funcional o procedimental, que garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El hecho mismo de que muchas de estas formas de participación se articulen, como se ha dicho, a través de entidades de base asociativa o corporativa pone de relieve su diferente naturaleza respecto de la participación política garantizada por el artículo 23 CE; ésta, según tiene declarado este Tribunal, es reconocida primordialmente a los ciudadanos -uti cives- y no en favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo SSTC 212/1993 y 80/1994, y ATC 942/1985). Este hecho manifiesta, igualmente, que no estamos ante cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos -en los distintos ámbitos en que territorialmente se articula el Estado- precisamente en lo que tiene de general, sino más bien para oír; en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un tertium genus que se ha denominado democracia participativa”.*

<sup>20</sup> Al respecto, puede verse: Gilles Pellissier, “Los procedimientos administrativos en el Derecho Francés”, en *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. I. Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch.

#### IV. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Se dice, en el ámbito del Derecho administrativo, que el tema de la discrecionalidad administrativa es y será siempre el problema de fondo que se procura resolver, a través del análisis y reflexión propia de esta rama del Derecho. Entonces, una investigación que procure releer con un nuevo enfoque lo escrito a la fecha, y con base en dicho estudio aportar un enfoque distinto de forma seria y reflexiva, sin lugar a duda, constituirá un aporte al estudio de la ciencia del derecho que, en el ámbito del Derecho administrativo, es tan necesario. En este caso, el procedimiento administrativo se manifiesta como una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa para evitar la arbitrariedad de la Administración, desde una visión tanto autocompositiva como heterocompositiva, según sean sus participantes.

De ese modo, existen diversas teorías que explican el fenómeno de la discrecionalidad administrativa. Unas se decantan por ver este particular ejercicio de la potestad administrativa como una facultad pura administrativa o discrecionalidad pura, también llamada discrecionalidad técnica y la abstraen de la actividad jurídica<sup>21</sup>. Otras (doctrina mayoritaria), por el contrario, la incluyen como un elemento inescindible del Derecho administrativo, y como un mecanismo necesario con el que cuenta la Administración para dar cumplimiento de una manera efectiva y eficiente al interés público.

Esto no es más que consecuencia lógica de la imposibilidad para el legislador o la propia Administración de regular de forma concreta y expresa todos los supuestos de hecho con que

2018)71-113.

<sup>21</sup> Alejandro Nieto, *Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo*, (Madrid, España: INAP, 1986), 263 y ss.

puede encontrarse, así como los efectos jurídicos que desea atribuirle a determinada conducta. Es decir, es el reconocimiento de que, en la práctica, aquel principio de plenitud del ordenamiento no puede concretarse sin echar mano a principios y herramientas tales que le permitan al operador jurídico introducir y regular nuevas conductas a partir del marco normativo dado.

Dicho de otro modo: “*la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*”.<sup>22</sup>

En relación con las teorías disponibles, se encuentra la denominada discrecionalidad amplia (*latu sensu*), la cual implica que la Administración tenga la facultad de poder completar un supuesto de hecho normativo imperfecto o inacabado, con independencia de si la norma incluye en su contenido un supuesto de hecho que hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados o si solamente son las consecuencias las que deja de forma abierta<sup>23</sup>. Aspecto este último propio de

aquella discrecionalidad que se ha denominado estricta (*strictu sensu*).

Asimismo, se pueden identificar, relacionadas con los postulados anteriores, tres variantes sobre la ubicación de la discrecionalidad<sup>24</sup>: 1) teoría o tesis reduccionista, que ubica a la discrecionalidad como un fenómeno exclusivamente derivado de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas (también se le denomina clásica); 2) la teoría o tesis unitaria, según la cual la discrecionalidad se origina como producto de la indeterminación de las consecuencias jurídicas y de los supuestos de hecho y 3) la teoría según la cual la discrecionalidad se ubica como un ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo<sup>25</sup>.

Es así que, según el lugar del postulado normativo en el que se encuentre la indeterminación, así la Administración contará con la posibilidad de completar (determinar) el elemento faltante, de forma tal que se logra la satisfacción del interés público que esta persigue. No obstante, dicha elección y su control no han estado exentos de controversias, propias de coyunturas históricas y de características propias de los sistemas jurídicos adoptados en cada lugar. Por ejemplo, en Francia, con una jurisdicción particular para la Administración, Estados Unidos

---

*dotada de una competencia general de control, aprueba el examen de la corrección de la actividad administrativa incluso en aquellos casos en que la ley sólo imponía una mera directriz de actuación, utilizando a tal fin conceptos jurídicos indeterminados*”.

<sup>24</sup> Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, (Madrid, España: Marcial Pons, 1997), 107.

<sup>25</sup> Juan Gustavo Corvalán, “Estado actual de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Alemania”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 24 (enero-junio 2017), 6.

---

<sup>22</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011), 483.

<sup>23</sup> Con esto, según se indica en Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, (Marcial Pons, Madrid, 1997), 11, “ (...) se rechaza radicalmente la habitual distinción entre el margen de apreciación en la aplicación de conceptos indeterminados del supuesto de hecho normativo, por un lado, y la discrecionalidad en sentido estricto (esto es, el margen de decisión en el ámbito de las consecuencias jurídicas), por otro. La distinción entre “auténtica” discrecionalidad en la adopción de las consecuencias jurídicas (*Rechtsfolgeermessen*) y mero margen de apreciación se generalizó en Alemania con el propósito abierto u oculto, de preservar la necesaria flexibilidad de la Administración frente a una jurisdicción contencioso-administrativa que,

y regímenes de Common Law, con un sistema que establece una jurisdicción primaria a la cual se le concede deferencia privándose los temas de una revisión posterior o el sistema más propio del Derecho continental, donde se propugna una posibilidad de control más profundo, como sucede en España.

De hecho, en este país ibérico, en torno al tema de la discrecionalidad administrativa, se han generado debates de suma importancia, que han aportado a la ciencia del Derecho desde distintas ópticas. Muestra de esto constituye el que se generase en España, en la década de los años noventa, cuando Luciano Parejo Alfonso<sup>26</sup>, de la mano con Miguel Sánchez Morón<sup>27</sup>, asumieron una posición en procura de un control limitado de la Administración; mientras que Tomás Ramón Fernández<sup>28</sup>, y también Eduardo García de Enterría<sup>29</sup> propugnaban un ámbito de control ilimitado de la conducta administrativa; de forma tal que no existieran ámbitos ajenos al control jurisdiccional, aun cuando este control implicara la sustitución de la Administración.

A partir de este debate, que ha servido como base para los enfoques que se han generado después, han surgido interpretaciones novedosas, no exentas de crítica, sobre si realmente existe la posibilidad de que el juez pueda entrar a revisar no solo la conducta administrativa, en pleno; es decir, tanto los elementos discrecionales como los elementos reglados, sino que también si este se encuentra facultado para llegar a sustituir la conducta administrativa, sin que esto implique una

violación al principio de separación de poderes<sup>30</sup>.

Si se sigue la tesis francesa, que aboga por una separación estricta y total de poderes, al punto de que existe a través del Consejo de Estado, una jurisdicción especializada para analizar las conductas administrativas, ajena al Poder Judicial; pareciera que esta intromisión por parte de la autoridad judicial no podría darse<sup>31</sup> sin necesariamente conculcar el principio de separación de poderes sobre el cual descansan los sistemas democráticos.

De alguna forma, podría pensarse que una línea similar sigue el sistema norteamericano, el cual aplica el sistema de jurisdicción primaria; según el cual, una vez agotada esta vía previa, no podría entrarse a revisar los actos de la Administración. Situación que se sigue para el ámbito de la regulación de servicios públicos

<sup>30</sup> Por ejemplo, en Italia, en cuanto al tema del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, la autora Annalisa Giusti, “El Control del Juez Administrativo Italiano sobre las sanciones de la Comisión Nacional de las Sociedades Mercantiles y Bolsa (CONSOB)” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 7 (agosto 2017):140, destaca en el ámbito bajo estudio las siguientes obras italianas: ex multis, MARZUOLI, C.: *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, 1985; DE PRETIS, D.: *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padua, 1995; LAZZARA, P.: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padua, 2002; CINTIOLI, F.: *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milán, 2005; Giusti, A.: *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Nápoles, 2007.

<sup>31</sup> De hecho, en el caso francés, no se consideraban que los derechos subjetivos fueran susceptibles de configuración, cuando la Administración emitía actos de mera facultad o imperio, dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio o industria (v.g. la policía administrativa) o el funcionamiento de la organización administrativa. Al respecto Firmin Julien Laferrière, *Cours théorique et pratique de Droit Public et Administratif, t. II*, (París, 1854), 733 y ss, citado por Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, (Civitas, Madrid, 1994), 26 nota 10.

<sup>26</sup> Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid, España: Tecnos, 1993).

<sup>27</sup> Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial* (Tecnos, Madrid, 1994).

<sup>28</sup> Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración* (Civitas, Madrid, 1994).

<sup>29</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración* (Civitas, Madrid, 1995).

en Estados Unidos, lo cual tiene sentido cuando se toma en consideración que el tema de la Regulación de Servicios Públicos se lleva a cabo por agencias y no por el Estado. De ahí que la filosofía de funcionamiento y control difiera de aquella importada en los países con un sistema de Derecho continental, que aplican la función regulatoria desde la óptica de un Derecho administrativo económico (sistema que no opera como tal en el país norteamericano).

A partir de esta particularidad de funcionamiento en el país del norte, según la cual se aplica la regla de la deferencia, que procura el respeto del criterio de la Administración, en tanto sus decisiones no sean razonables o no sean manifiestamente arbitrarias<sup>32</sup>, se ha sostenido que existe un ámbito inmune al control jurisdiccional o al menos que implica la existencia de un control no pleno y limitado de la actuación administrativa; sobre todo, en países que han adoptado su modelo constitucional con base en el americano<sup>33</sup>. No obstante, aún en estos países, al igual que en los de Derecho continental, dicha discusión tiene sus defensores y detractores, en especial en el ámbito de la sustitución judicial donde existen posiciones que respaldan los pronunciamientos judiciales a favor de esta y otras en contra<sup>34</sup>.

En contraposición a esta teoría que establece ámbitos inmunes al control, o lo que es lo mismo, un control limitado de la actuación administrativa, existe una tesis, la cual se comparte en este análisis; salvo en cuanto al tema principal objeto de investigación, que propende al control pleno de la actuación administrativa, como resultado de los principios de interdicción de la arbitrariedad,

<sup>32</sup> Alberto Bianchi, “Las potestades administrativas del Presidente de la Nación”, en *Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Buenos Aires, 2005), 55 y ss.

<sup>33</sup> Como por ejemplo en Argentina.

<sup>34</sup> Miguel Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1995), 54.

legalidad y el del acceso a una tutela judicial (o administrativa) efectiva<sup>35</sup>. Según esta tesis, el juez tiene la facultad de entrar a analizar todos los aspectos de la conducta administrativa, tanto los elementos reglados como discrecionales, de manera que no exista ningún ámbito inmune al control jurisdiccional<sup>36</sup>, como garantía para el administrado de que existe una posibilidad de revisión plena que le garantice la obtención de un resultado justo.

Ahora bien, en cuanto al tema de la discrecionalidad administrativa y su control, se considera correcta la posición seguida por autores como Juan Carlos Cassagne<sup>37</sup>; quien sostiene que no es necesario que la constitución deba, como sucede en el caso español, indicar expresamente que existe un principio de interdicción de la arbitrariedad, a efectos de que resulte aplicable este principio, sino que basta con que se desprenda del contenido de la constitución tanto este como el de la tutela judicial efectiva. De forma que se dote a los administrados de tal facultad por parte del órgano juzgador.

Se trata de la concreción de aquel control débil o fuerte<sup>38</sup> que se ha desarrollado en torno

<sup>35</sup> Por ejemplo, en Alemania, una primera evolución hacia la excepción de ámbitos inmunes al control jurisdiccional de la actividad discrecional, establecidos en 1878, se dio a partir de lo estipulado en el artículo 114 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1960, a través del cual se comenzaron a establecer acciones que buscaban impugnar decisiones discrecionales, que en aquellos casos en los que se excedieran los límites legales de la discrecionalidad o cuando el ejercicio de la potestad no tuviera correspondencia, con el fin para el que fue concedida, facultaban el ingreso por parte del órgano jurisdiccional para la revisión de la conducta administrativa.

<sup>36</sup> En esta línea se decantan autores como Tomás Ramón Fernández, Eduardo García de Enterría, Juan Carlos Cassagne.

<sup>37</sup> Juan Carlos Cassagne, *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa* (Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2016), 292-293.

<sup>38</sup> Annalisa Giusti, “El Control del Juez Administrativo

al tema de la discrecionalidad administrativa, en el que, en el primero, excluye la posibilidad de un control sustitutivo de la administración por parte de los jueces que llegue a sobreponer su propia evaluación técnica o su propio análisis sobre la correcta aplicación o materialización del concepto jurídico indeterminado (v.g. el interés público) por encima del de la Administración, limitándose a comprobar la lógica, uniformidad y adecuación de la resolución y sus motivos, a la satisfacción del fin propuesto.

## V. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido importada en Iberoamérica, a partir de lo desarrollado en Alemania, siendo que esta corriente se encuentra íntimamente ligada con el tema de la discrecionalidad administrativa, al punto de que, en determinados casos, se ha sujetado la segunda a la existencia de la primera. No obstante, conviene diferenciar lo relativo a los elementos valorativos, dentro de lo que la jurisprudencia española enmarca como “discrecionalidad de juicio”, del ámbito de la discrecionalidad administrativa, pues son estos elementos valorativos los que se podrían ligar al tema de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Señala Rodríguez (2011) que, en la opinión de Mozo Seonane, el tema de los conceptos jurídicos indeterminados presente dos peligros: 1) su empleo abusivo en el ámbito del derecho, y 2) en el ámbito de la ejecución administrativa de la ley, late siempre la amenaza de que se utilicen como fuente legitimadora de la arbitrariedad.

Italiano sobre las sanciones de la Comisión Nacional de las Sociedades Mercantiles y Bolsa (CONSOB)” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 7 (agosto 2017), 141.

Siendo que, precisamente, para evitar esto último se construyó la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.<sup>39</sup>

Para García de Enterría, lo particular de los conceptos jurídicos indeterminados es la unidad de solución justa frente a lo característico de las potestades discrecionales: la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Así, la calificación en una situación concreta<sup>40</sup> no podría ser más de una, por ejemplo, o existe utilidad pública o no la hay, o se establece un precio justo o no. En cambio, señala el propio García de Enterría que la discrecionalidad consiste esencialmente en una cierta libertad de elección.<sup>41</sup>

En igual sentido, señaló en su momento Nieto (1964) que, entre la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, existe una diferencia esencial, en el tanto en la discrecionalidad administrativa (o discrecionalidad auténtica como él le llama), la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas es jurídicamente irreprochable. En cambio, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, la elección no es libre, pues no hay pluralidad de soluciones válidas, sino que

<sup>39</sup> Jaime Rodríguez Arana, “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (n°67, 2011), 210.

<sup>40</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*. (Navarra, España: Aranzadi, 2011), 482, responden a las críticas planteadas en relación con esta premisa, que con decir que exista una “unidad de solución justa”, no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta, sino que, en realidad, lo que quiere decir es que, en un caso determinado, la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remita a una “*apreciación por juicios disyuntivos*”, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente.

<sup>41</sup> Ídem.

solo es correcta una solución dentro de varias posibilidades.<sup>42</sup>

Cabe acotar que, como señala Rodríguez (2011), la diferencia entre un concepto normativo determinado y otro indeterminado es simplemente cuantitativa, de grado, lo que se traducirá en una mayor dificultad de apreciación, pero en ambos casos posible y preconfigurada en la norma respectiva. Lo que no puede decirse de los supuestos de atribución de discrecionalidad en los cuales la ley otorga al órgano administrativo una libertad de actuación, dentro de cuyos márgenes este puede decidir en favor de una de las varias soluciones posibles, siendo que todas, en principio, serán admisibles. Continúa el autor indicando que, en ese “reducto de libertad”, no hay contenido objetivo previo, por lo que discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado obedecen a un ratio esencialmente distinta: su diferencia no es de grado, sino cualitativa.<sup>43</sup>

Entonces, cuando se habla de conceptos jurídicos indeterminados, no se estaría hablando de discrecionalidad auténtica como la llama Alejandro Nieto, sino que se estaría ante un supuesto de hecho, preestablecido al menos teóricamente, y sujeto al fin que la norma pretende tutelar en el caso concreto. Todo esto si se acepta la teoría de la solución única planteada por García de Enterría, opuesta por Luciano Parejo Alfonso, que se decanta más por una teoría de pluralidad de soluciones legítimas en materia de resoluciones discrecionales, dejando por fuera de fiscalización los hechos que determinan la decisión que adopta la Administración.

<sup>42</sup> Alejandro Nieto, “Reducción Jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, (n° 44, 1964),154.

<sup>43</sup> Jaime Rodríguez Arana, “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (n°67, 2011),212.

Entodo caso, a diferencia de la discrecionalidad administrativa, donde la Administración conserva la libertad de elección entre indiferentes jurídicos, como lo señalan García de Enterría y Fernández (2011), la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley; puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante, su imprecisión, con la finalidad de acotar un supuesto concreto), unas circunstancias reales determinadas. Justamente por eso, es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad, en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido; proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador.<sup>44</sup>

## VI. DISCRECIONALIDAD Y PROCEDIMIENTO (ADMINISTRATIVOS)

En los acápites anteriores, se introdujeron los temas de la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, no solo en cuanto a su naturaleza, sino también lo relacionado con los debates que han girado en torno al control que debe y puede hacerse de esta desde distintas ópticas, en especial la judicial, que ha sido la de mayor desarrollo en doctrina; principalmente, por los dilemas de fondo que esta encierra en materias que trastocan fibras sensibles del Estado democrático y social de Derecho.

Ya sea desde la óptica de la defensa de la separación de poderes, o desde una perspectiva conservadora o una más novedosa, con la facultad o no de sustitución de la decisión administrativa por parte del juez o no. Como inclusive sucede desde la posición de aquellos que defienden con

<sup>44</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011),483.

hidalguía la existencia de ámbitos inmunes que no deben ser sujetos al control judicial. Tesis que, por la naturaleza del presente trabajo, no se debatirá, pero que no es compartida por los autores de este.

La ventaja que se evidencia cuando se analiza el tema del control de la discrecionalidad de la Administración desde el procedimiento administrativo, partiendo de la óptica funcional dual que fuera adelantada en acápites precedentes, es que algunas de las principales tesis que defienden el rechazo al control de la discrecionalidad pierden su razón de ser; pues lo cierto es que, en una instancia que se concibe como un foro de encuentro de intereses y pretensiones, que busca la satisfacción del interés general, en la conformación de la voluntad administrativa, no se aprecia que el tema de la separación de poderes, invasión de competencias y sustitución de la decisión administrativa lleguen a constituir un problema atinente al procedimiento como tal.

Y es que no puede ser de otra manera, pues se trata de un control ex ante, previo al dictado del acto administrativo; con lo cual, no solo se hace más eficiente desde la óptica de costos que implica un eventual proceso judicial; sino que también, al menos desde un punto de vista teórico, y cada vez más desde una dimensión práctica, se logra materializar el principio de una tutela administrativa efectiva, procurando que el dictado de los actos administrativos se ajuste a derecho, o lo que es lo mismo, desde la óptica discrecional, que se logre materializar la interdicción de la arbitrariedad.

Incluso cuando se piensa en procedimientos especiales, que parten de la existencia de un acto administrativo eficaz dictado por la Administración, como sucede con los regulados en el artículo 173 y 174 de la Ley General de la Administración Pública costarricense, el razonamiento resulta plenamente aplicable; pues se encuentra siempre en el ámbito de la

vía administrativa. En el cual se establece un procedimiento previo de consulta que debe seguir la Administración como *conditio sine qua non* para la anulación del acto administrativo.<sup>45</sup>

## VII. PROCEDIMIENTO COMO MEDIO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Se ha señalado, de forma precedente, que la discrecionalidad administrativa, a diferencia de lo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, implica la libertad de la Administración de elegir entre distintas opciones igualmente válidas; lo que denominó García de Enterría<sup>46</sup>: la elección entre “indiferentes jurídicos”, según fuera rescatado con anterioridad. De ahí que surja la pregunta, en el caso del procedimiento administrativo: ¿cuáles son esas opciones válidas sobre las que tiene la potestad de elección la Administración? Y una vez analizadas estas, cabe preguntarse: ¿en realidad son igualmente válidas?

Con respecto a estas inquietudes, se sabe que el procedimiento constituye un límite a la discrecionalidad administrativa; en el tanto, presupone el ejercicio de una potestad reglada de forma previa, materializada en la sucesión de actos o iter procedimental que ha sido regulada mediante un instrumento jurídico que puede ser de distinta naturaleza jerárquica.

En este sentido, dentro del procedimiento, cabe preguntarse si la apertura de un procedimiento administrativo, por ejemplo, sancionatorio, sería

<sup>45</sup> Sobre el tema de la anulación de oficio de los actos administrativos en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, puede verse la obra de Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I<sup>o</sup>, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2009).

<sup>46</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011), 483.

un acto discrecional o no. Al respecto, valga señalar que, en principio, como todo acto de valoración probatoria, aun cuando se trate de un juicio de verosimilitud, que no prejuzga sobre el resultado del procedimiento, dicha actuación en sí es discrecional, lo que no hace que toda la resolución que determina la apertura sea discrecional.

Esta concepción va de la mano con lo ya señalado sobre que nunca se está ante actos plenamente discrecionales, sino actos con elementos discrecionales. Igual sucedería con las demás actuaciones que incluyan valoraciones de este tipo sujetas a una decisión por parte de la autoridad administrativa. Nótese que, principalmente en la decisión de inicio, como en la final, se parte de la existencia de un ámbito de discrecionalidad para la Administración. No obstante, esta discrecionalidad en principio debería verse reducida en función del material probatorio que haya sido posible evacuar y analizar, de manera que la decisión administrativa obedezca a la determinación de una comprobación o no de los enunciados fácticos que fueron oportunamente imputados; en cuyo caso, de tenerse por demostrados los hechos, y su imputabilidad a la parte investigada, sin que le asista algún eximente de responsabilidad, la consecuencia natural y esperable sería la de imponer una sanción. Sobre este tema se vuelve en el acápite siguiente.

El otro escenario en cuanto a la relación que pudiera tener el procedimiento, quizás no como control de la discrecionalidad, sino como materialización de esta, es la decisión administrativa sobre regular un procedimiento, ya sea *ex novo* o mediante la modificación de uno preexistente. Esta decisión, si bien debe ser motivada como todo acto de la Administración, lo cierto es que presenta un contenido discrecional importante. Por ejemplo, un caso de esto se encuentra establecido en el artículo 25 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los

Servicios Públicos; según el cual, la Autoridad Reguladora emitirá y publicará los reglamentos técnicos que especifiquen las condiciones de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, con que deben suministrarse los servicios públicos, conforme a los estándares específicos existentes en el país o en el extranjero.

Del análisis de esta norma se desprende la existencia de un margen amplio de discrecionalidad no sólo apriorístico en cuanto a la determinación o no de si resulta necesario el dictado de una normativa en el sentido apuntado por el texto, sino también en cuanto a su contenido. Curiosamente, el procedimiento en este punto vuelve a manifestarse como un elemento de control, pues dicha normativa, para aprobarse, debe seguir el procedimiento establecido al efecto por la Ley General de la Administración Pública y la reglamentación emitida por la propia Autoridad al respecto.

En este punto, pareciera que, como señalan Gallego y Menéndez (2001)<sup>47</sup>, se encuentran frente a una discrecionalidad conformadora, según la cual el texto de la norma se limita a poner la consecución de fines u objetivos que la actuación administrativa ha de alcanzar, a través de la regulación, como es el caso de materializar la prestación de un servicio en las condiciones que prevean los estándares existentes en el país de origen o incluso en el extranjero.

<sup>47</sup> Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, *Actos y procedimiento administrativo*. Madrid, España: Marcial Pons, 2001.

## VIII. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO, MENCIÓN ESPECÍFICA AL ACTO DE FIJACIÓN DE LA SANCIÓN. ¿ES DISCRECIONAL?

En el acápite precedente, fue adelantado que los procedimientos administrativos de corte sancionatorio no suelen ser ajenos a la existencia de elementos de discrecionalidad en los actos que se dictan como parte del trámite administrativo. No obstante, especial relevancia cobra el tema del acto sancionatorio, es decir, el acto mediante el cual la Administración, en ejercicio de su potestad, impone una consecuencia jurídica gravosa que el administrado se encuentra, en principio, obligado a soportar, en el entendido que se trate de un acto que resulte válido y eficaz.

Evidentemente, tratándose este de una actuación administrativa en el ejercicio del *ius puniendi* genérico de la Administración, que implica una intromisión gravosa sobre la situación jurídica de una determinada parte, mediante la imposición de sanciones que implican, multas o incluso sanciones de inhabilitación, este punto debe ser analizado con especial cuidado en lo atinente a la discrecionalidad que tiene la entidad estatal para proceder con el dictado y ejecución de la sanción.

Se ha establecido que existen mecanismos tanto a lo interno como a lo externo de la Administración, a efectos de controlar el dictado de los actos, de forma que se evite la incursión de la arbitrariedad en la conformación de la voluntad administrativa. Amén de esto, la existencia de controles endógenos (procedimentales) y exógenos (en vías contenciosas) que facultan a la parte agraviada para accionar buscando una revisión del acto que se denuncia como arbitrario,

con la finalidad de que este sea removido del ordenamiento jurídico y, de prosperar este, le sea reestablecida su situación jurídica preexistente, o se le indemnice por los daños que haya sufrido, como materialización del principio *neminem laedere*, que también permea con especial fortaleza el ámbito de lo público.

En cualquier análisis de la materia de sanciones administrativas, no puede dejar de mencionarse el tema de la aplicación de los principios del Derecho penal al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Históricamente, desde lo desarrollado por Alejandro Nieto en su célebre obra que lleva el mismo nombre<sup>48</sup>, con una concepción de que al ámbito administrativo le resultan aplicables los principios del Derecho penal, pero de forma sancionada a una concepción novedosa actual, con la que se concuerda. Esta es sostenida por Tomillo y Sanz (2018)<sup>49</sup> y por Rebollo (2016), en cuanto a su oposición con algunos autores; tendieron a concluir que, en Derecho administrativo sancionador no rigen los principios de personalidad y de culpabilidad o, por lo menos, que tienen una enorme excepción respecto a las personas jurídicas. Lo cual supondría una diferencia radical entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; entre el delito y la infracción administrativa: aquel sería acción culpable; esta ni es acción en sentido estricto ni es verdaderamente culpable. No, al menos, cuando de las personas jurídicas se trata. Como mínimo ante estas, el Derecho administrativo sancionador “se rige por un sistema de responsabilidad puramente objetiva”<sup>50</sup>. De

<sup>48</sup> Alejandro Nieto García, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, España: Tecnos, 1994.

<sup>49</sup> Manuel Gómez Tomillo, e Iñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, Navarra, España: Aranzadi, 2017.

<sup>50</sup> Véase en este sentido a Manuel Rebollo Puig, Manuel, “Responsabilidad Sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”, *Revista IUS ET VERITAS*, (nº 53, diciembre, 2016), 223, quien señala como referentes de la tesis que él critica a: Nieto, Derecho

este modo, también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, específicamente en la imposición de sanciones, también deberían observarse sin matices las garantías propias del Derecho penal, pues ambos parten de un ejercicio de un mismo *ius puniendi* estatal.

De este modo, y partiendo de si es un acto discrecional o no la sanción, que debe dictarse con todas las garantías propias de su naturaleza, conviene preguntarse si este reviste carácter discrecional y de ser así, cuál sería su límite. Con respecto a la primera interrogante, se parte de la premisa anteriormente introducida. Si llegado el momento procesal del dictado de la resolución sancionatoria se tiene por demostrada la existencia de los hechos, su imputabilidad a la parte investigada y la inexistencia de una causal que excluya la responsabilidad de la parte, no habría teóricamente otra alternativa que dictar la sanción. Igual sucedería en el escenario opuesto, donde exista certeza de la no existencia de los hechos o de existir la certeza de que no son imputables a la investigada, o que a esta le asista un eximente de responsabilidad, no pareciera que exista otra opción dentro del marco de la legalidad que proceder con el acto de absolutoria.

Nótese que, en este escenario, se parte de la existencia de acreditación de circunstancias que, en principio, demandan el ejercicio de un margen de apreciación discrecional de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica o los

requisitos que establezca la normativa procesal al respecto. Se refiere a una virtual reducción de la discrecionalidad a cero, donde a la Administración no le queda más opción que dictar el acto según lo previsto en el ordenamiento.

Ahora bien, este pudiera ser solo un elemento de la imposición de la sanción, pues, en casos en los que exista un margen de apreciación para el establecimiento de un *quantum* de la sanción, se estaría en presencia de facultad de apreciación discrecional por parte del juzgador. Valga señalar, porque se aboga para que, en la regulación de las sanciones, no se conceda un margen tan amplio para la Administración que no le permita sujetar la valoración a condiciones al menos técnicamente objetivables. Por ejemplo, Laguna (2019) señala, en cuanto a la cuantificación de las sanciones, que es importante que, a los efectos, se establezcan criterios objetivos, como el índice de precios al consumo, de forma que no se deje a la pura discrecionalidad su cuantificación. Como muestra de regímenes amplios en cuanto a la fijación del margen de sanción, se encuentra el artículo 38 de la Ley 7593, el cual establece un margen de fijación de la sanción entre 5 y 20 salarios base, para las conductas ahí tipificadas; sin que se regulen a nivel de la propia ley ni su reglamento criterios objetivos en virtud de los cuales deba fijarse la sanción.

En casos como este, entran los principios de proporcionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad a fungir como elementos de control de la discrecionalidad de la Administración. Es decir, si bien existe un margen de apreciación en virtud del cual el juzgador o intérprete autorizado debe elegir, lo cierto es que, como elementos de sujeción de dicha elección al ordenamiento jurídico, se encuentra el hecho de que esta deba dictarse dentro de los márgenes previstos por la propia norma; el deber de motivar su resolución considerando la totalidad de elementos que fueron sometidos a su conocimiento durante

---

Administrativo sancionador, 5<sup>a</sup> ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 391 y siguientes; y, sobre todo, 401-3 y 428, donde simplemente afirma que a las personas jurídicas no se les exige culpabilidad y que ello está “fuera de duda”. Para R. Parada, Derecho Administrativo, II, Régimen jurídico de la actividad administrativa, 22<sup>a</sup> ed. (Madrid: Open, 2015), 398-9, la responsabilidad de las personas jurídicas es “una excepción al principio de la necesidad del elemento de culpabilidad”. Asimismo, véase I. Pemán Gavín, El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones administrativas (Barcelona: Cedecs, 2000), 363-4.

el procedimiento y la inclusión de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese escenario, si bien no opera un elemento de reducción de la discrecionalidad tan claro como en los precedentes, lo cierto es que la valoración de la imposición de la sanción con su respectivo juicio de reproche deberá ajustarse a un nivel de proporcionalidad que guarde correlación entre la gravedad de la falta y los hechos en torno a esta (como transgresión de la conducta esperable objeto de tutela), con la cuantificación de la sanción, de lo contrario, se estaría frente a una decisión arbitraria, por tanto, antijurídica que se encontraría viciada de nulidad.

De ahí la importancia de establecer criterios de cuantificación de la sanción objetivos, que hagan no solo la labor de la Administración más fácil, sino que también faculten la labor de revisar la actuación mediante la fiscalización de la correspondencia del acto dictado con los criterios previamente establecidos. Ejercicio en demasía más viable que la determinación de si la conducta se enmarca dentro de los derroteros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como en el de la interdicción de la arbitrariedad. Sin dejar de mencionar que contribuiría a la satisfacción de un principio de seguridad jurídica y de confianza legítima por parte del particular.

## IX. CONCLUSIONES

- La aparición del procedimiento administrativo no surge a partir de una generación espontánea, sino que es producto de un desarrollo sesudo por parte de la doctrina y expertos en la materia que, a manera de prueba y error, fueron buscando la forma de solucionar una problemática compleja y cotidiana, la cual, a la postre, dio como resultado regulaciones como las actuales.

- El procedimiento busca la averiguación de la verdad, que pueda devenir en la satisfacción de pretensiones ejercitadas durante este; no obstante, a diferencia del proceso, el procedimiento no ve agotada su finalidad en este punto; es decir, busca también constituir una garantía para las partes involucradas en una situación particular regulada, pero, también, se erige como un mecanismo, para la satisfacción del interés general mediante el dictado de actos o decisiones administrativas, apegadas a Derecho.

- A través de la anterior doble dimensión, precisamente, se logra el control de la Administración, de manera que, cuando en el ejercicio de sus potestades discrecionales proceda con el dictado de actos administrativos, estos deban sujetarse a las reglas establecidas de previo, ya sea mediante una positivización expresa o mediante su regulación doctrinaria y jurisprudencial.

- Una de las conclusiones más evidentes que arroja la aproximación comparatista al Derecho del procedimiento administrativo es la gran dispersión que puede observarse en cuanto a la prontitud o tardanza en codificar legalmente la materia.

- A través del procedimiento, se ha logrado materializar la participación de aquellos interesados en la conformación de la voluntad de la Administración, bajo una nueva óptica del procedimiento como una instancia de confluencia de intereses, pretensiones y voluntades, que apunta a la satisfacción del interés general.

- Desde esta óptica, puede señalarse que el procedimiento administrativo se erige como un instrumento al servicio del derecho, en la gestión administrativa y en un baluarte de la lucha contra la arbitrariedad y el abuso

de poder, propiciando un equilibrio entre partes, el diálogo, la confluencia de intereses y la satisfacción de pretensiones, en directa satisfacción del interés general.

- El procedimiento administrativo se manifiesta como una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa, para evitar la arbitrariedad de la Administración, desde una visión tanto autocompositiva como heterocompositiva según sean sus participantes.
- La discrecionalidad puede conceptualizarse: *“como una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”*.
- Existen distintas teorías que plantean un control judicial pleno o limitado en cuanto a la discrecionalidad administrativa, planteando en casos, según su posicionamiento dentro del debate, que existe la posibilidad de que la autoridad judicial, válidamente, sustituya la decisión administrativa.
- A diferencia de la discrecionalidad administrativa, donde la Administración conserva la libertad de elección entre indiferentes jurídicos, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley; puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión, con la finalidad de acotar un supuesto concreto), unas circunstancias reales determinadas; lo que lo convierte en un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad, en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido.
- El procedimiento administrativo constituye un límite a la discrecionalidad administrativa, en el tanto, presupone el ejercicio de una potestad reglada de forma previa, materializada en la sucesión de actos o iter procedimental que ha sido regulada mediante un instrumento jurídico que puede ser de distinta naturaleza jerárquica.
- Principalmente en la sustanciación de la decisión de inicio, como en la final, se parte de la existencia de un ámbito de discrecionalidad para la Administración. No obstante, esta discrecionalidad en principio debería verse reducida en función del material probatorio que haya sido posible evacuar y analizar; de manera que la decisión administrativa obedezca a la determinación de una comprobación o no de los enunciados fácticos que fueron oportunamente imputados; en cuyo caso, de tenerse por demostrados los hechos, y su imputabilidad a la parte investigada, sin que le asista algún eximente de responsabilidad, la consecuencia natural y esperable sería la de la imposición de una sanción.
- Si bien existe un margen de apreciación en virtud del cual el juzgador o intérprete autorizado debe elegir, lo cierto es que, como elementos de sujeción de dicha elección al ordenamiento jurídico, se encuentra el hecho de que esta deba dictarse dentro de los márgenes previstos por la propia norma; el deber de motivar su resolución tomando en consideración la totalidad de elementos que fueron sometidos a su conocimiento durante el procedimiento y la inclusión de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
- Resulta de vital importancia establecer criterios de cuantificación de la sanción

objetivos, que hagan no solo la labor de la Administración más fácil, sino que también faculten la labor de revisión de la actuación, mediante la fiscalización de la correspondencia del acto dictado con los criterios previamente establecidos. Ejercicio en demasía más viable que la determinación de si la conducta se enmarca dentro de los derroteros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como en el de la interdicción de la arbitrariedad y el de confianza legítima.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- Barnés, Javier. “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 203-204.
- Bacigalupo, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, (Marcial Pons, Madrid, 1997).
- Beltrán de Felipe, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1995).
- Bianchi, Alberto. “Las potestades administrativas del Presidente de la Nación”, en *Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Buenos Aires, 2005).
- Calderón Rodríguez, Patricia y González Ballar, Rafael. “La conciliación en material laboral: Su efectividad y viabilidad para las casas de justicia”, *Revista de Ciencias Jurídicas* n ° 111 (set-dic. 2006), 13-30.
- Casaggne, Juan Carlos. “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n ° 67, (2011), 29-45.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa* (Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2016).
- Corvalán, Juan Gustavo. “Estado actual de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Alemania”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n ° 24 (enero-junio 2017), 5-26.
- De Saz Cordero, Silvia. La Huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n ° 133, (Enero-Abril 1994) 57-98.
- Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración* (Civitas, Madrid, 1994).
- Gallego, Anabitarte Alfredo y Menéndez Rexach, Ángel, *Actos y procedimiento administrativo*. Madrid, España: Marcial Pons, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración* (Civitas, Madrid, 1995).
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011).
- Giusti, Annalisa. “El Control del Juez Administrativo Italiano sobre las sanciones de la Comisión Nacional de las Sociedades Mercantiles y Bolsa (CONSOB)” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 7 (agosto 2017), 128-145.
- Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo,

- Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, Navarra, España: Aranzadi, 2017.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2009).
- Hidalgo Cuadra, Ronald. *La cuestión de los hechos. Enfoque General y desde el Derecho Administrativo*, (San José, Costa Rica: Isolma, 2018).
- Nieto, Alejandro. “Reducción Jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, (n° 44, 1964), 147-162.
- Nieto, Alejandro. *Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo*, (Madrid, España: INAP, 1986).
- Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, España: Tecnos, 1994.
- Parejo Alfonso, Luciano y Vaquer Caballería, Marcos. *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018).
- Pellissier, Gilles. “Los procedimientos administrativos en el Derecho Francés”, en *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. I. Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018).
- Quirós Coronado, Roberto. *Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional*, (San José, Costa Rica: Aselex, 1996).
- Rebollo Puig, Manuel, “Responsabilidad Sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”, *Revista IUS ET VERITAS*, (n° 53, diciembre, 2016), 220-245.
- Rodríguez Arana, Jaime. “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (n° 67, 2011), 207-229.
- Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y control judicial* (Tecnos, Madrid, 1994).
- Vaquer Caballería, Marcos. “¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?” *Borrador de contribución al libro colectivo Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*. Inédito. Consultado el 1 de noviembre de 2020 en el enlace: [https://www.academia.edu/41926985/\\_Para\\_qu%C3%A9\\_sirve\\_el\\_procedimiento\\_administrativo](https://www.academia.edu/41926985/_Para_qu%C3%A9_sirve_el_procedimiento_administrativo)



## La telemedicina en la pandemia y pospandemia del COVID-19. Necesidad de un marco regulatorio en Costa Rica

*Randall MADRIGAL MADRIGAL <sup>1</sup>*

*Coordinador de la Unidad de Asesoría Jurídica del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica; asesor jurídico externo del Colegio de Cirujanos Dentistas de Costa Rica y del Colegio de Optometristas de Costa Rica.*

### Resumen

Las medidas sanitarias dispuestas por las autoridades de salud, orientadas a disminuir el riesgo de las cadenas de transmisión de la enfermedad del COVID-19, han generado la necesidad de buscar iniciativas que permitan la continuidad de la actividad productiva en el país, por lo que se refuerzan alternativas como el teletrabajo. En el campo de las prestaciones sanitarias, donde es imperativo que no se interrumpa el servicio, a fin de que los pacientes reciban la atención y tratamientos requeridos en resguardo de su salud, la telemedicina ha sido, desde la declaratoria de la pandemia, una herramienta de gran valía; que ha experimentado un crecimiento exponencial, resultando cada vez mayor el número de profesionales de la salud que incluyen esta modalidad de servicio. No obstante, sin demeritar su utilidad, hay complejos asuntos

que resolver aún en el campo de la telemedicina, desde el plano jurídico y sanitario; a efectos de que las intervenciones virtuales de los profesionales sanitarios brindadas no impliquen un desmejoramiento en la seguridad y la calidad de la atención, con respecto a la atención de manera presencial.

### Abstract

The sanitary measures ordered by the health authorities, aimed at reducing the risk of the transmission chains of the Covid-19 disease, have generated the need to seek initiatives that allow the continuity of productive activity in the country, reinforcing alternatives such as teleworking. In the field of health services, where it is imperative that the service is not interrupted so that patients receive the care and treatments required to safeguard their health, telemedicine

---

<sup>1</sup> Abogado y notario público por la Universidad de Costa Rica (2002). Profesor y coordinador de la cátedra de Ética y Legislación Farmacéutica de la Universidad de Ciencias Médicas (Ucimed) y profesor de Legislación Farmacéutica en la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Comisión de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

has been a tool of great value since the declaration of the pandemic; it has experienced exponential growth, resulting in an increasing number of health professionals who include this type of service. Without detriment to its usefulness, there are complex issues that still need to be resolved in the field of telemedicine from the legal and health level so that the provided virtual interventions of health professionals do not imply a deterioration in the safety and quality of care that is provided with respect to face-to-face care.

**Palabras clave:** telemedicina, emergencia

## 1. La telemedicina en el contexto de la pandemia del COVID-19

Desde comienzos del año 2020, se generó a nivel mundial una alerta sanitaria por el brote de un nuevo coronavirus en China, para lo cual inició una cobertura por diferentes canales de comunicación en tiempo real, de lo que pocos meses después, en marzo 2020, fuese considerado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una pandemia. La cual deja ya una alarmante suma de personas contagiadas y de otras lamentablemente fallecidas, así como una más que notoria afectación del tejido social y productivo.<sup>2</sup>

En Costa Rica, las consecuencias no han sido menores, habiéndose decretado desde marzo de 2020 estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República<sup>3</sup>, debido a la situación de

<sup>2</sup> Organización Mundial de la Salud. (2020). *Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19*. <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline>

<sup>3</sup> Costa Rica. Decreto Ejecutivo n.º 42277 del 16 de marzo de 2020, publicado en el Alcance 46 al Diario Oficial La Gaceta n.º 51 del 16 de marzo de 2020, Declara estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República de Costa Rica, debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. Este decreto ejecutivo fue derogado por el artículo 1º del Decreto

sanitaria por la pandemia del COVID-19, intervenciones virtuales del profesional sanitario, *lex artis* profesional, Ministerio de Salud, colegios profesionales, seguridad del paciente, calidad de la atención sanitaria, códigos deontológicos.

### **Keywords:**

Telemedicine, Health Emergency Due to the Covid-19 Pandemic, Virtual Interventions of the Health Professionals, Professional Lex Artis, Ministry of Health, Professional Associations, Patient Safety, Quality of Health Care, and Deontological Codes.

emergencia sanitaria provocada por la enfermedad del COVID-19; declaratoria de emergencia que se da a partir del Decreto Ejecutivo 42227-MP-S. Dicho decreto hoy se encuentra derogado a partir de otra disposición reglamentaria: el Decreto Ejecutivo 43650 del 10 de agosto de 2022, *Declara la cesación del estado de emergencia declarado mediante Decreto Ejecutivo N.º 42227-MP-S*; publicado en el Diario Oficial La Gaceta 155 del 17 de agosto de 2022.

Durante la pandemia, se ha evidenciado una importante escalada en el uso de la telemedicina, como un oportuno recurso para no interrumpir la continuidad en la prestación de los servicios de salud; pues es imperativo que el paciente mantenga adherencia a sus tratamientos y en general; sobre todo, ante ciertas patologías, no pierda contacto con su profesional o profesionales tratantes. Sin duda, la telemedicina cobró plena vigencia, aunque ya esta tiene, claro está, antecedentes en el mundo y Costa Rica no es la excepción.

En el ámbito asistencial público, la Caja Ejecutivo N.º 43650 del 10 de agosto del 2022 "Declara la cesación del estado de emergencia declarado mediante Decreto Ejecutivo N.º 42227-MP-S". [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=97600&nValor3=131944&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=97600&nValor3=131944&strTipM=TC)

Costarricense de Seguro Social (CCSS), desde hace varios años, viene echando mano de la telemedicina. Así, por ejemplo, con vista en el sitio web: <https://www.ccss.sa.cr/noticia?ccss-realiza-10-146-consultas-por-telemedicina>, una noticia del año 2012 da cuenta que: “Un total de 10.146 consultas realizan las distintas áreas de salud y hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), mediante programas de telemedicina.” En esa misma noticia, se indica que: “se ofrecen consultas en diversas especialidades, entre ellas: dermatología, ortopedia, otorrinolaringología, oftalmología, vascular periférico, nefrología, pediatría ortopédica y nutrición”; habiéndose gestionado en la seguridad social más de 1,7 millones de consultas por telesalud, una herramienta, sin duda, potenciada por la emergencia sanitaria provocada por la pandemia.<sup>4</sup>

Sobre la telemedicina, resulta preciso desde ya plantearse una definición. La Asociación Médica Mundial ha señalado que<sup>5</sup>:

*“La telemedicina es el ejercicio de la medicina a distancia, cuyas intervenciones, diagnósticos, decisiones terapéuticas y recomendaciones de tratamientos subsiguientes están basadas en datos de los pacientes, documentos y otra información transmitida a través de sistemas de telecomunicación. La telemedicina puede realizarse entre un médico y un paciente o entre dos o más médicos, incluidos otros profesionales de la salud”.*

<sup>4</sup> En seis meses la Caja atendió 1,7 millones de citas a través de medios no presenciales. Sinart.go.cr 2020. <https://costoricamedios.cr/2020/11/24/caja-atendio-17-millones-de-citas-a-traves-de-medios-alternativos-no-presenciales/>

<sup>5</sup> DECLARACIÓN DE LA AMM SOBRE LA ÉTICA DE LA TELEMEDICINA. 2018. Adoptada por la 58a Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, octubre 2007 y enmendada por la 69ª Asamblea General de la AMM, Reikiavik, Islandia, octubre 2018. <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-telemedicina/>

Por su parte, esta es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como:

*“La prestación de servicios de salud (en los que la distancia es un factor determinante) por parte de profesionales sanitarios a través de la utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para el intercambio de información válida para el diagnóstico, el tratamiento, la prevención de enfermedades, la investigación y la evaluación y para la formación continuada de profesionales sanitarios, todo ello con el objetivo final de mejorar la salud de la población y de las comunidades”.*<sup>6</sup>

Los orígenes de la telemedicina no son recientes. En la obra: Desarrollo de la telesalud en América Latina Aspectos conceptuales y estado actual<sup>7</sup>, se evidencia que, pese a la plena actualidad de esta, resulta ya de vieja data:

#### **“D. Origen de la telemedicina**

(...)

*“En 1925, un médico del hospital de Maynard Columbus envió un radiotelegrama solicitando antitoxina para combatir la epidemia de difteria que estaba atacando a los niños de la comunidad y que representaba un riesgo de salud pública. Dicho telegrama también fue reenviado a otros puntos de Alaska buscando rastrear otros lugares donde se dispusiera de la antitoxina, para lo que se coordinaron 20 trineos que empleaban a 150 perros. Esta*

<sup>6</sup> Organización Mundial de la Salud. 2010. <https://ww1.issa.int/es/analysis/telemedicina-buenas-practicas-en-america-latina>

<sup>7</sup> Naciones Unidas. 2013. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Desarrollo de la telesalud en América Latina Aspectos conceptuales y estado actual. Santiago, Chile. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35453/1/S2013129\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35453/1/S2013129_es.pdf)

*experiencia revela una coordinación exitosa donde se mezcla la tecnología moderna con medios antiguos.*

*A partir del año 1935 en Italia, se hizo asistencia médica remota a la tripulación de navíos en mar por medio del International Radio Medical Centre (CIRM). El CIRM provee por radio asistencia médica gratuita a los navíos y a otras embarcaciones.*

(...)

*En 1980, con la introducción de las computadoras, se pasa de las aplicaciones basadas en el uso de la televisión en tiempo real a la modalidad de almacenamiento y envío. Dicha modalidad consiste en recolectar datos e información en formato digital, almacenarla y, posteriormente, transmitirla a un sitio receptor. De esta forma se elimina la necesidad de requerir al paciente, a los médicos y al equipo de soporte de manera simultánea, lo que se conoce como store and forward.*

### **E. Últimas décadas**

*La primera generación de programas de telemedicina basados en imagen enfrentó los retos de requerir amplios anchos de banda y no contar con desarrollos avanzados en compresión de datos, al mismo tiempo que las tecnologías y servicios de Internet se encontraban en etapas iniciales.*

*Junto con el progreso tecnológico ha surgido internacionalmente el debate de cómo apoyar el incremento en el acceso, la calidad, la seguridad y la eficiencia del sector salud haciendo uso de las tecnologías de información.”*

El último párrafo de la cita transcrita trata

sobre un punto que se considera medular: las intervenciones virtuales no deben darse en menoscabo de la seguridad y la calidad del proceso de atención <sup>8</sup>. Muy importantes aspectos emergen con las intervenciones virtuales, los cuales, sin duda, permiten la continuidad <sup>9</sup> en la prestación de los servicios, sin comprometer el acceso, procurando en todo momento que no se vean afectados de forma negativa, bienes jurídicos superiores de la población, como la vida y la salud.

Algunos colegios profesionales del ámbito de las ciencias de la salud en Costa Rica han considerado la telemedicina <sup>10</sup> o la intervención profesional por medios virtuales. Un ejemplo de ello es el caso del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, que dispuso los alcances y limitaciones de las intervenciones virtuales, mediante acuerdo de su Junta de Gobierno <sup>11</sup>.

Por su parte, disposiciones del ente rector de la salud (Ministerio de Salud) vinculan acciones de profesionales sanitarios que intervienen en la

<sup>8</sup> La seguridad en la práctica sanitaria es un factor crítico de la atención, en el contexto del derecho a una atención segura. En tal sentido la Organización Mundial de la salud desde inicios del presente siglo, ha gestado una importante cruzada a favor de la seguridad del paciente. <https://www.who.int/es/news/item/13-09-2019-who-calls-for-urgent-action-to-reduce-patient-harm-in-healthcare>

<sup>9</sup> Continuidad que no puede desvincularse eso sí de los componentes de seguridad y calidad.

<sup>10</sup> Se ha empleado en este artículo el término telemedicina, haciendo referencia, ante todo, a las intervenciones de los profesionales sanitarios en el ámbito asistencial, sin que se trate de una práctica exclusiva del médico, desarrollándose esta en otros campos, por ejemplo, la prestación de servicios farmacéuticos.

<sup>11</sup> Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. 2020. “Lineamientos Generales para la Prestación y Control del Ejercicio de la Medicina y Cirugía, sus Especialidades y Subespecialidades – Modalidad Especial Durante la Emergencia Nacional por el COVID-19”, basados en el acuerdo 2020-03-20, tomado de la sesión extraordinaria en fecha 25 de marzo del 2020. <http://www.medicos.cr/website/documentos/Comunicados/020420.html>

prescripción y dispensación de medicamentos, a partir de los *Lineamientos generales para el despacho al domicilio de medicamentos psicotrópicos y estupefacientes debido a la alerta sanitaria por Coronavirus (COVID-19)*<sup>12</sup>. Asimismo, el Colegio de Cirujanos Dentistas estableció un protocolo de teleconsulta dental<sup>13</sup>. Por su parte, el Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, en el campo de la visita médica, dispuso la *Guía de actuación del profesional en farmacia para realizar visita médica virtual como medida temporal frente a la pandemia causada por COVID-19*<sup>14</sup>:

*“La visita médica virtual será realizada por cualquier medio tecnológico que: (1) Garantice que la visita médica virtual está siendo realizada por visitadores médicos autorizados a profesionales en ciencias de la salud facultados para prescribir y despachar medicamentos; (2) Garantice la trasmisión de la información científica y técnica de las especialidades terapéuticas con el objetivo de procurar la correcta prescripción de los medicamentos. (3). -Permita la interacción entre ambas partes durante todo el desarrollo de la visita médica virtual. (4). - Permita cumplir con la regulado por la Ley n.º 8968, Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales,*

*específicamente con los artículos 4, 5 y 6 que regulan la autodeterminación informativa, consentimiento informado y la calidad de la información respectivamente (...)”*.

Es importante tomar en cuenta que, desde etapas tempranas de la pandemia, el Poder Ejecutivo, a partir del Ministerio de Salud, emitió diversas resoluciones mediante las cuales se dispuso la clausura temporal de establecimientos comerciales y, en general, de establecimientos con Permiso Sanitario de Funcionamiento (PSF).<sup>15</sup> Tales medidas de clausura temporal no alcanzaron a los establecimientos de salud, por la importancia de la continuidad de la atención de estos servicios. Así mismo, subsecuentes resoluciones y demás actos administrativos de alcance general que, por el repunte de casos de COVID-19 establecieron el cierre temporal de establecimientos con permiso sanitario de funcionamiento, exceptuaron igualmente de tal cierre a los servicios de salud, por lógicas razones de necesidad de la atención.

No obstante, en armonía con las medidas dictadas por las autoridades de salud en procura del distanciamiento social —o más bien físico—, orientadas al menor desplazamiento posible y concurrencia de las personas en sitios de concentración, para evitar las cadenas de contagio, es notorio que la telemedicina<sup>16</sup> recibió un más que

<sup>12</sup> Ministerio de Salud de Costa Rica. 2020. Lineamientos generales para el despacho al domicilio de medicamentos psicotrópicos y estupefacientes debido a la alerta sanitaria por Coronavirus (COVID-19). [https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre\\_ministerio/prensa/docs/lineam\\_generales\\_despacho\\_domicilio\\_medicamentos\\_psicotr\\_estupef\\_31032020.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre_ministerio/prensa/docs/lineam_generales_despacho_domicilio_medicamentos_psicotr_estupef_31032020.pdf)

<sup>13</sup> Colegio de Cirujanos Dentistas de Costa Rica. 2020. Protocolo de teleconsulta dental. <http://www.colegiodentistas.org/sitCol/wp-content/uploads/2020/04/PROTOCOLO-TELECONSULTA-DENTAL.pdf>

<sup>14</sup> Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica. 2020. Guía de actuación del profesional en farmacia para realizar visita médica virtual como medida temporal frente a la pandemia causada por COVID-19. <http://www.cofar.com>

<sup>15</sup> Verbigracia la resolución DM-RM-0852-2020, Resolución ministerial medidas sanitarias para clausurar temporalmente establecimientos comerciales, de las 15:00 horas del 1º de abril de 2020; en la que, eso sí, se exceptuaban: Los establecimientos de salud públicos y privados (clínicas, farmacias, hospitales, laboratorios, consultorios, servicios de radiodiagnósticos, servicios de emergencias, entre otros), así como las clínicas veterinarias.

<sup>16</sup> *La Telemedicina adquiere así un importante rol complementario de la atención médica presencial ya que posibilita, por una parte, el acceso y la continuidad de la prestación sanitaria para aquellas patologías que así lo permiten sin los riesgos que supone la concurrencia a los centros de salud y, por otra, facilita en contextos de emergencia la evaluación de pacientes con sospecha de COVID-19, su seguimiento y monitoreo de contactos*

evidente espaldarazo; encontrando, por ejemplo, en las redes sociales, publicidad recurrente de profesionales sanitarios y establecimientos de salud donde sus servicios están a un clic de distancia <sup>17</sup>.

Puede evidenciarse un crecimiento exponencial de la telemedicina, de lo que se da cuenta el mundo. En España, se ha llegado a dimensionar, a partir de algunas mediciones, el auge de la telemedicina durante la pandemia de COVID-19. En este sentido, el III Estudio de Salud y Estilo de Vida de Aegon —que se centra en el análisis del estado de salud, estilo de vida, hábitos y conductas relacionadas con la salud de los españoles— señala que uno de cada tres encuestados afirma haber usado la telemedicina durante la pandemia. Además, siete de cada 10 usuarios de la telemedicina declaran que les ha sido muy o algo útil. <sup>18</sup>

“En 2020, el principal uso de la telemedicina ha sido para consultas con el médico de cabecera (73%) y consultar información (15%), por ejemplo, sobre COVID-19”. De acuerdo con los datos relevados por la Asociación Americana de Telemedicina (ATA) en Estados Unidos, en abril de 2020, casi todos los médicos de atención primaria (97%) usaban telemedicina para tratar a los pacientes. El 83% de los pacientes manifestó que

*estrechos. Ante la pandemia, el valor de la telemedicina y la necesidad de su regulación. Aizemberg Marisa. Ante la pandemia, el valor de la Telemedicina y la necesidad de su regulación. Columna de Actualidad de la Dra. Marisa Aizemberg. 2020. <http://www.marisaazizemberg.com>*

<sup>17</sup> En su Estrategia global de Salud Digital 2020- 2025, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce que la salud digital debe formar parte integral y fundamental de las prioridades de salud de los Estados y debe desarrollarse con arreglo a los siguientes principios: transparencia, accesibilidad, escalabilidad, replicabilidad, interoperabilidad, privacidad, seguridad y confidencialidad. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/344251>.

<sup>18</sup> [HTTPS://WWW.CONSALUD.ES/SALUDIGITAL/225/TELEMEDICINA-AUGE-PANDEMIA-COVID-19-USADO\\_86893\\_102.HTML](https://www.consalud.es/saludigital/225/TELEMEDICINA-AUGE-PANDEMIA-COVID-19-USADO_86893_102.HTML)

es probable que continúen usando telemedicina después de la pandemia y más de las tres cuartas partes de los médicos encuestados dijeron que la telemedicina los ayudó a proporcionar mejor atención a los pacientes.

Por su parte, en países como Colombia, se han generado más de nueve millones de citas por telemedicina desde que comenzó la pandemia por COVID-19; lo que representó un 7000% más de turnos virtuales con respecto al año anterior. Mientras que en Chile, según análisis de la Unidad de Generación de Estadísticas y Datos de la Superintendencia de Salud, en el período entre marzo y octubre del 2020, se realizaron 198.854 consultas de telemedicina, con lo que, ciertamente, tal como lo expone la jurista argentina Marisa Aizemberg, de cuya última obra sobre el tema se toman estos datos: “la realidad que impuso la pandemia obligó a muchos Estados a readecuar las estrategias de sus sistemas de salud”. <sup>19</sup>

## 2. Necesidad de un marco regulatorio para la telemedicina

Surge, en consecuencia, la ineludible interrogante, en cuanto a los alcances y límites de la telemedicina en el ámbito asistencial. Aunque con lógicas particularidades según la disciplina de la salud de que se trate, hay algunos elementos en común por contemplar.

La telemedicina debe traer aparejado una guía de intervención o protocolo, que indique, entre otros aspectos, cuáles son los supuestos en los que puede intervenir con una consulta virtual a cargo del profesional; en cuáles supuestos no; en cuáles casos una consulta que inició de manera virtual debe migrar a una modalidad presencial,

<sup>19</sup> Aizemberg, Marisa. *Marco Normativo de Telemedicina. Estado actual y tareas pendientes*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2022. <https://publications.iadb.org/es/marco-normativo-de-telemedicina-estado-actual-y-tareas-pendientes>.

por así demandarlo las especiales necesidades del paciente, entre otras. Pautas que deben estar comprendidas dentro de tal protocolo o guía y que sean de aplicación por el profesional en salud, según su valoración de cada caso; en ponderación del riesgo-beneficio que compete a los profesionales sanitarios y en estricta observancia del principio bioético de beneficencia, contenido, sin duda, en los códigos deontológicos de distintos colegios profesionales de las ciencias de la salud en Costa Rica. No se puede dejar de mencionar en orden a este punto, que tal proceso implicará una debida comunicación con el paciente; quien, finalmente, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, será quien decida si acepta o rechaza la intervención.<sup>20</sup>

Se debe insistir en que las intervenciones virtuales no pueden implicar en modo alguno un desmejoramiento de las prestaciones sanitarias. Las intervenciones virtuales no deben, ni por asomo, ser consideradas cuasi actos profesionales, o sea, intervenciones desprovistas del rigor que implica el desarrollo de un acto profesional del campo de las ciencias de la salud; todo lo contrario, deben ser verdaderos actos profesionales, ejercidos por el profesional de la salud, en apego o sujeción de la *lex artis* profesional<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En relación con la figura del consentimiento informado en la atención sanitaria por medios virtuales se ha planteado: *Finalmente, el uso de medios telemáticos es conforme a la Deontología Médica siempre que haya voluntad y consentimiento del paciente, del que debe quedar constancia en la historia clínica. De manera particular, el consentimiento del paciente y en aseguramiento de las normas de seguridad para garantizar la confidencialidad del paciente son los puntos neurales de la Telemedicina.* Valerio Monge, Carlos. “Telemedicina. Una mirada a las buenas prácticas éticas y jurídicas internacionales. En particular, la confidencialidad y el consentimiento informado en la legislación latinoamericana”. En Revista: Bioderecho.es, Núm. 14, julio-diciembre 2021, págs. 1-21.

<sup>21</sup> Que bien se podría definir como el conjunto de deberes que imponen las reglas técnicas usuales, normas, reglamentos, protocolos y guías de actuación con los cuales se ejerce una profesión.

Como señala Ofelia De Lorenzo:

*“En definitiva, el uso de los sistemas de telecomunicación (telemedicina, internet, redes informáticas, telefonía móvil u otros medios telemáticos) debe adecuarse a los preceptos deontológicos aplicables a la relación médico-paciente, la defensa de los derechos y la seguridad del paciente, así como el respeto a los profesionales sanitarios”.*<sup>22</sup>

Señala también la jurista española:

*“El artículo 4.7 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias establece que, el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en la ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico. Es decir, el médico podrá optar por la telemedicina si lo considera técnica y científicamente adecuado, pero siempre con la debida sujeción a los principios y limitaciones contenidos en el ordenamiento deontológico”.*

Aunque, en ausencia de un postulado tan claro, como el preceptuado en la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias de España, lo cierto es que, en Costa Rica, ha de reconocerse también la autonomía técnica y científica del profesional sanitario. De tal suerte que, si este optara por la telemedicina, ningún impedimento debería encontrar para ello, más que la sujeción a la *lex artis* y dentro de esta, a los postulados que, para su debido ejercicio, hubiese dictado el colegio profesional correspondiente. Los cuales han de implicar, al menos, contenidos mínimos de observancia que podrían ser bien robustecidos por

<sup>22</sup> De Lorenzo Aparici, Ofelia. *Telemedicina y responsabilidad.* Opinión. 2020. <https://www.redaccionmedica.com/opinion/telemedicina-y-responsabilidad-6742>

mayores controles del mismo profesional; esto sin perjuicio de la observancia de regulaciones, por ejemplo, en cuanto a las plataformas digitales por emplearse, regulaciones que podrían venir dadas por distintas disposiciones de alcance general y de lo que se hace mención más adelante.

En tal sentido, se han observado algunos planteamientos donde, si bien se reconoce el valor de la telemedicina, se privilegia, en el caso de la atención médica, la atención personal. Tal es el caso del Código Internacional de Ética Médica<sup>23</sup>, donde se dispone:

*“26. Al prestar consulta médica o tratamiento de manera remota el médico debe asegurarse de que esta forma de comunicación sea médicamente justificable y de que se proporcione la atención médica necesaria. El médico también debe informar al paciente sobre los beneficios y límites de recibir consulta médica y tratamiento de forma remota, obtener el consentimiento del paciente y garantizar que se respete la confidencialidad del paciente. Siempre que sea médicamente apropiado, el médico debe tratar de prestar consultas y tratamientos médicos al paciente a través del contacto personal directo”.*

Es de rigor señalar que toda consulta o intervención virtual debe contemplar la confidencialidad de la información que se transmite, en resguardo de los datos sensibles<sup>24</sup>,

<sup>23</sup> Asociación Médica Mundial. Código Internacional de Ética Médica 2022. Adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM, Londres, Inglaterra, octubre 1949 Enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sídney, Australia, agosto 1968, la 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, octubre 1983, la 57ª Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006 y por la 73ª Asamblea General de la AMM, Berlín, Alemania, octubre 2022. <https://www.wma.net/es/policias-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>

<sup>24</sup> Resultando de aplicación la Ley n.º 8968 del 07 de julio de 2011. Costa Rica. Ley de Protección de la Persona frente

pues la información en salud es sensible; asimismo de la imagen y privacidad del paciente. Además, dé garantías de que, quien interviene como profesional, sea quien esté debidamente facultado para ello en el país; entre otros aspectos de cardinal importancia, lo que implica el uso de plataformas seguras que permitan la transmisión de audio, datos y video; manteniéndose invariables las obligaciones del profesional para con sus pacientes (obligaciones ya establecidas también en los códigos deontológicos) y que no estaría de más reforzar.

La situación de la pandemia ha rebasado, como suele ocurrir, las regulaciones en los distintos países, nada distinto ha ocurrido en Costa Rica. Esa regulación debe involucrar a varias instancias. Los colegios profesionales tienen una injerencia importante, pues sus facultades de autorregulación deben materializarse en este punto en la regulación del ejercicio profesional, con algunos postulados sobre la intervención del profesional sanitario en el plano virtual. Se requiere la revisión de los códigos deontológicos, a efectos de determinar una regulación no excepcional, sino permanente de las intervenciones virtuales, pues la telemedicina, más allá de la pandemia, seguirá siendo una alternativa en la atención sanitaria.

Sin embargo, hay otros elementos que deben emanar de autoridad pública, mediante la promulgación de actos de alcance general, ya sea a nivel de decretos ejecutivos o de una Ley de la República; pues se deben contemplar alcances, medios y sistemas de seguridad, entre otros factores:

*“No es igual la comunicación dispuesta por recursos tecnológicos creados a ese fin, que permitan el acceso en línea a la historia clínica de un paciente y su registro, que aplicaciones masivas o mensajería instantáneas (...) que*

al Tratamiento de sus Datos Personales, artículo 9.

*no hacen posible identificar a las partes intervinientes y carecen de seguridad para pacientes, profesionales e instituciones de salud”.*<sup>25</sup>

Acá es importante hacer mención del Derecho Comparado. Argentina, por ejemplo, implementó una Estrategia Nacional de Salud Digital, aprobada por Resolución n.º 189/18<sup>26</sup> y estableció un Plan Nacional de Telesalud. El grupo asesor creado por la norma emitió recomendaciones para el Uso de la Telemedicina.<sup>27</sup> En ese mismo país, se publica en agosto de 2020 la Ley 27553 sobre Recetas electrónicas o digitales<sup>28</sup>, que tiene por objeto:

*“Artículo 1º- La presente ley tiene por objeto:*

*4) Establecer que la prescripción y dispensación de medicamentos, y toda otra prescripción, puedan ser redactadas y firmadas a través de firmas manuscritas, electrónicas o digitales, en recetas electrónicas o digitales, en todo el territorio nacional;*

*b) Establecer que puedan utilizarse plataformas de teleasistencia en salud, en todo el territorio nacional, de conformidad con la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales y la ley 26.529 de Derechos del Paciente.*

<sup>25</sup> Aizenberg, *Ante la pandemia, el valor de la Telemedicina y la necesidad de su regulación...*

<sup>26</sup> Citado por Aizenberg, *Ante la pandemia, el valor de la Telemedicina y la necesidad de su regulación...* <https://www.argentina.gob.ar/noticias/resolucion-no-1892018-estrategia-nacional-de-salud-digital-2018-2023>.

<sup>27</sup> Citado por Aizenberg, *Ante la pandemia, el valor de la Telemedicina y la necesidad de su regulación...* [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anexo\\_1\\_recomendacion\\_uso\\_de\\_telemedicina\\_-\\_grupo\\_asesor\\_1.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anexo_1_recomendacion_uso_de_telemedicina_-_grupo_asesor_1.pdf).

<sup>28</sup> <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/233439/20200811>

*Toda prescripción electrónica o digital y plataforma de teleasistencia en salud que reúnan los requisitos técnicos y legales son válidas de acuerdo a la legislación vigente que no se encuentre modificada por la presente ley” (Destacado es nuestro).*<sup>29</sup>

Algunas otras disposiciones de importancia de la citada ley que atañen a la telemedicina y que es conveniente traer a colación son, en lo conducente, las siguientes:

*“Artículo 3º- La autoridad de aplicación de la presente ley será establecida por el Poder Ejecutivo nacional, coordinando su accionar con las autoridades jurisdiccionales competentes y los organismos con incumbencia en la materia que dichas autoridades determinen, quienes definirán por vía reglamentaria los plazos necesarios para alcanzar la digitalización total en prescripción y dispensación de medicamentos, toda otra prescripción, y regular el uso de plataformas de teleasistencia en salud.”*<sup>30</sup>

(...)

*Artículo 4º- Para la implementación de la presente ley se deben desarrollar y/o adecuar los sistemas electrónicos existentes y regular su implementación para utilizar recetas electrónicas o digitales, y plataformas de teleasistencia en salud, todo lo cual debe regular el organismo que el Poder Ejecutivo nacional oportunamente establezca y los organismos que cada jurisdicción determine.*<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Argentina. Ley 27553 sobre Recetas electrónicas o digitales. <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/233439/20200811>

<sup>30</sup> Argentina. Ley 27553 sobre Recetas electrónicas o digitales. <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/233439/20200811>

<sup>31</sup> Se parte de la posibilidad de adecuar o en su caso

*Asimismo, dichos organismos son los responsables de la fiscalización de los sistemas de recetas electrónicas o digitales, y de los sistemas de plataformas de teleasistencia en salud, quienes deben garantizar la custodia de las bases de datos de asistencia profesional virtual, prescripción, dispensación y archivo. También son responsables de establecer los criterios de autorización y control de acceso a dichas bases de datos y garantizar el normal funcionamiento y estricto cumplimiento de la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, la ley 26.529 de Derechos del Paciente y demás normativas vigentes en la materia.*

(...)

*Artículo 6º- Incorpórase el artículo 2º bis al título I de la ley 17.132, el que quedará redactado de la siguiente manera:*

*Artículo 2º bis: Se habilita la modalidad de teleasistencia para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas, garantizando los derechos establecidos en la ley 26.529 de Derechos del Paciente. La teleasistencia puede desarrollarse solo para prácticas autorizadas a tal fin, de acuerdo a protocolos y plataformas aprobadas para la misma por la autoridad de aplicación.<sup>32</sup>*

(...)

---

desarrollar plataformas electrónicas para el empleo de recetas digitales y desarrollo de actividades de teleasistencia (telemedicina), a partir de la regulación que el Poder Ejecutivo determine, con lo que no se excluye a los desarrolladores privados, bajo el entendido de que deben sujetarse a las regulaciones dispuestas.

<sup>32</sup> Es importante, sin duda, la habilitación legal de la teleasistencia (telemedicina), ante todo frente al establecimiento de determinados protocolos y plataformas—sin perjuicio de la libertad profesional—, aunque no se considera oportuna la restricción para su ejercicio a un listado taxativo, como parece desprenderse de este artículo.

*Artículo 13.- Los sistemas aludidos en la presente ley deben contemplar el cumplimiento de todas las normativas vigentes que regulan toda la cadena de comercialización de medicamentos incluyendo los requisitos de trazabilidad de éstos y de la firma manuscrita, electrónica o digital. **También debe contemplarse la emisión de constancia de teleasistencia**, prescripción y dispensación para los pacientes, por vía informatizada o impresión de dicha constancia y la posibilidad de bloqueo por el farmacéutico cuando exista error manifiesto en la prescripción, para que el prescriptor pueda revisar, anular o reactivar según el caso.<sup>33</sup>*

*La autoridad de aplicación puede realizar los convenios de colaboración y coordinación necesarios con los colegios de profesionales de la salud y los colegios de farmacéuticos a los efectos de hacer ejecutable el objeto previsto en la presente ley”. (Destacado es nuestro).<sup>34</sup>*

A más de dos años de enfrentar a la pandemia del COVID-19, la telemedicina no solo ha sido un mecanismo más que razonable para la continuidad de la atención, sino que ha demostrado armonizar con los requerimientos del mundo moderno, que suponen menores desplazamientos hacia los lugares físicos, aprovechando las alternativas de digitalización.

---

<sup>33</sup> Se hace referencia a la posibilidad de bloque por el farmacéutico, cuando exista error en la prescripción, como una medida razonable frente a los errores de medicación; medida que se dispone desde vieja data en la Ley General de Salud de Costa Rica, 5395 del 30 de octubre de 1973, que dispone para el farmacéutico la obligación de rechazar el despacho de las recetas que no se conformen con las exigencias científicas, legales y reglamentarias.

<sup>34</sup> Una medida que se considera muy razonable por las ventajas que conlleva la coordinación de esfuerzos entre la autoridad sanitaria y los colegios profesionales; coordinación que en Costa Rica ha permitido sumar al interés público, por ejemplo, en las actividades de fiscalización de los establecimientos farmacéuticos.

La forma en que sobrevino la pandemia, sin duda, impulsó una agenda digital en salud que, aunque si bien era impostergable, demandaba, en el caso de la telemedicina, del establecimiento de una serie de condiciones previas, entre ellas de regulación, que se vieron sobrepasadas por la premura de dar seguimiento a la atención en medio de todas las disposiciones de distanciamiento social.

Por ello, es imperativo el desarrollo de un marco normativo para la telemedicina, en un entorno de seguridad para el paciente y los propios profesionales sanitarios que la brindan.<sup>35</sup> En tal sentido, en su ya citada obra sobre el Marco Normativo de Telemedicina, Mariza Aisemberg señala que esa normativa debería incluir idealmente: *a) un marco legal propio, que habilite expresamente el ejercicio de la telemedicina; b) su calidad de servicio complementario o sustitutivo de la consulta presencial; c) medios seguros de transmisión de datos durante la teleconsulta; d) diferentes modalidades (sincrónica o asincrónica); e) la delimitación de las responsabilidades profesionales en el ejercicio de la telemedicina; e) instancias de certificación, habilitación, acreditación de profesionales, instituciones y desarrolladores tecnológicos; f) las modalidades que asume el consentimiento informado en la práctica digital; g) los términos y las condiciones de uso de las plataformas y aplicaciones; h) la determinación de las reglas y competencias que rigen en materia de prestación de servicios transfronteriza; i) los principios que rigen la materia; j) los honorarios y seguros; k) los derechos y las obligaciones de los pacientes; l) el registro del acto y su interoperabilidad con histórica clínica electrónica/ digital, receta digital, etc., y m) la creación de una autoridad de*

<sup>35</sup> El desarrollo de marcos normativos para el ejercicio de la telemedicina, evidentemente y en una función integradora de las disposiciones jurídicas, vincula los deberes del profesional sanitario en general, sus derechos, así como los derechos y deberes de los pacientes.

*aplicación y su financiamiento.*<sup>36</sup>

Bien vale la pena tomar nota de esas recomendaciones y promover un marco regulatorio para la telemedicina, que permita una actuación segura y de calidad, sin perjuicio de la libertad profesional de quienes la ejercen; en resguardo siempre de la población destinataria de la atención.

### 3. Conclusiones generales

En medio de la más que inminente afectación del tejido social y productivo que la pandemia del COVID-19 ha generado en el mundo, sin que Costa Rica sea la excepción, la telemedicina, como herramienta ya utilizada desde muchos años atrás en el ámbito de las prestaciones sanitarias, ha experimentado un crecimiento exponencial en su empleo, como una alternativa razonable para dar continuidad a la atención en salud. Si bien es cierto, esta ya era parte de la agenda digital en salud, el contexto de la pandemia aceleró vertiginosamente su empleo.

Como suele suceder en el plano de lo jurídico, la realidad y dinámica social sobrepasan la regulación y tratándose de la telemedicina, si bien se han visto algunas alternativas de regulación, en medio de la situación excepcional que supuso la pandemia; lo cierto es que más allá de esta, que no se sabe a ciencia cierta cuándo termine, debe adoptarse en definitiva un marco regulatorio —permanente y no excepcional— que brinde certeza jurídica a profesionales sanitarios y pacientes, sobre los alcances y limitaciones de la telemedicina. Certeza que tendrá un impacto positivo en la seguridad y la calidad de la atención sanitaria brindada por esta vía.

Ese marco regulatorio, en el que han de

<sup>36</sup> Aisemberg, *Marco Normativo de Telemedicina. Estado actual y tareas pendientes...*

intervenir diversos actores, entre ellos, el Ministerio de Salud y los correspondientes colegios profesionales del campo de las ciencias de la salud, debe traer aparejado una guía de intervención o protocolo, que serviría de apoyo para que el profesional de la salud, según la valoración casuística en ponderación del riesgo-beneficio, con plena autonomía técnica y científica, decida si interviene o no desde lo virtual. Habiéndose informado al paciente, claro está, de las implicaciones de una intervención no presencial, siendo este, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, quien finalmente puede aceptar o rechazar la atención de esa manera.

Además, un punto medular por contemplar dentro de ese marco regulatorio está relacionado con la información que se genera durante las intervenciones virtuales en salud. Debido a que los datos en salud resultan sensibles y demandan adecuados resguardos, lo que implica el uso de plataformas seguras, creadas o adaptadas para tal fin, que brinden garantías razonables de resguardo de la información al acceder a historias clínicas, recetas de medicamentos, entre otros datos, donde consta información sensible del paciente. Así mismo, debe brindarse seguridad en cuanto a la identidad de quien interviene como profesional de la salud, a efectos de que, en efecto, lo sea, estando debidamente habilitado para ello, para prevenir y, en su caso, evitar el ejercicio ilegal de la profesión, que tanto daño puede hacer a la salud pública. Las experiencias de Derecho Comparado ya vienen trazando una ruta a seguir, a la que Costa Rica deberá sumarse pronto.

#### 4. Referencias bibliográficas

Costa Rica. Decreto Ejecutivo n.º 42277 del 16 de marzo de 2020, publicado en el Alcance 46 al Diario Oficial La Gaceta n.º 51 del 16 de marzo de 2020, Declara estado de emergencia nacional en todo el territorio de la República de Costa Rica,

debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. <http://www.pgrweb.go.cr/scij/main.aspx>.

Costa Rica. Decreto Ejecutivo n.º 43650 del 10 de agosto de 2022, publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.º 155 del 17 de agosto de 2022, Declara la cesación del estado de emergencia declarado mediante Decreto Ejecutivo N.º 42227-MP-S. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=97600&nValor3=131944&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=97600&nValor3=131944&strTipM=FN)

Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Ética de la Telemedicina. Adoptada por la 58a Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, octubre 2007 y enmendada por la 69ª Asamblea General de la AMM, Reikiavik, Islandia, octubre 2018. <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-telemedicina/>

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Desarrollo de la telesalud en América Latina Aspectos conceptuales y estado actual. Santiago, Chile (2013), pág. 36. <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35453/1/S2013129es.pdf>

Costa Rica. “Lineamientos Generales para la Prestación y Control del Ejercicio de la Medicina y Cirugía, sus Especialidades y Subespecialidades – Modalidad Especial Durante la Emergencia Nacional por el COVID-19”, basados en el acuerdo 2020-03-20, tomado de la sesión extraordinaria en fecha 25 de marzo del 2020. <http://www.medicos.cr/website/documentos/Comunicados/020420.html>

Costa Rica. Lineamientos generales para el despacho al domicilio de medicamentos psicotrópicos y estupefacientes debido a la

alerta sanitaria por Coronavirus (COVID-19). [https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre-ministerio/prensa/docs/lineam\\_generales\\_despacho\\_domicilio\\_medicamentos\\_psicotr\\_estupef\\_31032020.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/sobre-ministerio/prensa/docs/lineam_generales_despacho_domicilio_medicamentos_psicotr_estupef_31032020.pdf)

Costa Rica. Colegio de Cirujanos dentistas de Costa Rica. <http://www.colegiodentistas.org/sitCol/wp-content/uploads/2020/04/PROTOCOLO-TELECONSULTA-DENTAL.pdf>

Costa Rica. Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica. GUÍA DE ACTUACIÓN DEL PROFESIONAL EN FARMACIA PARA REALIZAR VISITA MÉDICA VIRTUAL COMO MEDIDA TEMPORAL FRENTE A LA PANDEMIA CAUSADA POR COVID-19. En la red <http://www.colfar.com>

Aizenberg, Marisa. *Ante la pandemia, el valor de la Telemedicina y la necesidad de su regulación*. Columna de Actualidad de la Dra. Marisa Aizenberg. 2020. <http://www.marisaaizenberg.com>

Aizenberg Marisa. Marco Normativo de Telemedicina. Estado actual y tareas pendientes. Banco Interamericano de Desarrollo. 2022 <https://publications.iadb.org/es/marco-normativo-de-telemedicina-estado-actual-y-tareas-pendientes>.

España. III Estudio de Salud y Estilo de Vida de Aegon. 2020. [HTTPS://WWW.CONSAUD.ES/SALUDIGITAL/225/TELEMEDICINA-AUGE-PANDEMIA-COVID-19-USADO\\_86893\\_102.HTML](HTTPS://WWW.CONSAUD.ES/SALUDIGITAL/225/TELEMEDICINA-AUGE-PANDEMIA-COVID-19-USADO_86893_102.HTML)

De Lorenzo Aparici Ofelia. Telemedicina y responsabilidad. Opinión. 2020. <https://www.redaccionmedica.com/opinion/telemedicina-y-responsabilidad-6742>

Costa Rica. Ley n.º 8968 del 07 de julio de

2011, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales. <http://www.pgrweb.go.cr/scij/main.aspx>.

Argentina. Ley 27553 sobre Recetas electrónicas o digitales. <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/233439/20200811>

Valerio Monge, Carlos. “Telemedicina. Una mirada a las buenas prácticas éticas y jurídicas internacionales. En particular, la confidencialidad y el consentimiento informado en la legislación latinoamericana”. En Revista: Bioderecho.es, Núm. 14, julio-diciembre 2021. <https://revistas.um.es/bioderecho/article/view/510241>



## **Análisis de la validez y eficacia de las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo, de forma posterior a finalizar la relación laboral**

*Diego Quirós Picado  
BLP Abogados, S.A.*

### **RESUMEN**

Los pactos de no competencia de aplicación posterior a finalizar las relaciones de trabajo privadas en Costa Rica, entendidos como aquellos por medio de los cuales la persona trabajadora se compromete a no desempeñar labores que impliquen competencia para el giro comercial de su anterior patrono, no se encuentran prohibidos en el país, pero tampoco expresamente permitidos. En virtud de que la naturaleza de los pactos de no competencia no contraviene la moral y el orden público, en aplicación de la libertad de contratación privada, estos deben considerarse permisibles. No obstante, esta permisibilidad debe estar sujeta a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, y no tornar nugatoria la libre elección del trabajo de una persona trabajadora. Sin embargo, no existe claridad actualmente en el país sobre los criterios por ser utilizados para realizar dicho análisis.

### **ABSTRACT**

Non-compete provisions, the enforcement of which is intended once a private employment relationship in Costa Rica has ended, are not

currently prohibited in the country, although not expressly permitted. These provisions are to be understood as commitments for the former employee to not perform duties that may compete with their former employer's commercial activities. Given that the nature of a non-compete provision does not contravene the public order or morality, by applying the freedom to privately contract, they should be considered permissible. This, however, is subject to an analysis of reasonability and proportionality, and to not voiding a person's free choice of work. Notwithstanding, there is no current clarity in the country on the criteria to be implemented for this reasonability and proportionality analysis.

### **PALABRAS CLAVE**

Cláusulas de no competencia, pactos de no competencia, no competencia poscontractual, contrato de trabajo.

### **KEYWORDS**

Non-Compete Clauses, Non-Compete Provisions, Post-Employment Non-Compete, and EmINployment Agreement.

## Introducción

En los últimos años, el desarrollo económico global ha dado paso al surgimiento de espacios de hiperespecialización técnica o ejecutiva. Por lo que las personas comerciantes buscan implementar disposiciones contractuales restrictivas en sus relaciones comerciales, en virtud de las cuales sus contrapartes noten precluido el uso de estos conocimientos especializados para el desempeño de actividades que impliquen competencia directa con estos comerciantes.

Si bien, en el ejercicio comercial, este tipo de disposiciones se han estudiado ampliamente y se consideran aceptables, lo cierto es que su implementación en el ámbito laboral requiere un espacio extraordinario de análisis; en cuanto a las implicaciones que pueda tener para la protección de intereses tanto de los comerciantes, en su papel de empleadores, como de las personas trabajadoras. En este sentido, el objetivo principal del trabajo de investigación que dio lugar al presente artículo es analizar la validez y la eficacia de estas disposiciones restrictivas a la competencia en el ámbito laboral costarricense. Este estudio se dio específicamente circunscrito a la implementación de pactos que surtieran efectos, una vez finalizado el vínculo de trabajo, con el propósito de determinar la viabilidad de utilizar estas figuras en el país y las condiciones bajo las cuales deben concebirse.

### Aspectos generales sobre pactos de no competencia

Las cláusulas de no competencia pueden definirse de forma sumamente simple, como el pacto por medio del cual la persona empleada se compromete a no desempeñar labores que impliquen competencia para el giro comercial de su patrono. Existen dos categorías generales para los pactos de no competencia: los de aplicación

simultánea a la existencia de la relación laboral y aquellos cuya implementación inicia en el momento en que finaliza el enlace laboral <sup>1</sup>.

Con respecto a los pactos de no competencia durante la vigencia de la relación laboral, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que, independientemente de las disposiciones incluidas en forma expresa en el contrato de trabajo, las partes empleadora y trabajadora adquieren también las obligaciones derivadas de este, en aplicación de la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley; entre las cuales se encuentra la obligación de la persona trabajadora de no dedicarse a actividades laborales que generen intereses contradictorios en perjuicio de su empleador. De esta forma, la Sala Segunda valida la protección a los intereses comerciales de la parte empleadora durante la vigencia del vínculo laboral, y se introduce una legítima limitante a la libre elección del oficio del trabajador, con el propósito de que no pueda desempeñar actividades que representen un perjuicio para los intereses de su patrono <sup>2</sup>.

Es posible afirmar que, en aplicación del criterio anteriormente detallado del órgano superior en materia laboral, cualquier pacto de no competencia esté sujeto a que, en efecto, exista una situación de competencia real con la parte patronal. Por ende, no es posible la implementación de un pacto de no competencia por medio del cual se limite completamente la libre elección del oficio de una persona trabajadora; es decir, esto incluye actividades que no podrían ser consideradas competidoras para la parte patronal.

<sup>1</sup> Alejandro Trejos Gómez, *La Cláusula de No Competencia Postcontractual en el Contrato de Trabajo*, Trabajo Final de Graduación para obtener el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica (San José: 2003), p. 50.

<sup>2</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 96-2004 de las 14:50 del 18 de febrero de 2004.

Particularmente, los pactos de no competencia de aplicación posterior a finalizar la relación laboral pueden definirse como: “(...) *la obligación que adquiere el trabajador frente al patrono, en virtud de la cual el trabajador se compromete a **no ejercer su profesión u oficio en competencia directa** contra su antiguo patrono **durante un plazo determinado**. Asimismo, se obliga a **no utilizar sus conocimientos** adquiridos en el desempeño de sus labores como un plus a su calificación para competir contra su antiguo empleador”<sup>3</sup>.*

Ahora bien, pese a derivarse del principio de buena fe y considerarse parte de las obligaciones de toda persona trabajadora durante la vigencia de la relación laboral, las obligaciones de no competencia con posterioridad a la finalización del vínculo de empleo son consideradas excepcionales. Al respecto, Ernesto Krotoschin menciona lo siguiente:

*“La prohibición [de actos de competencia] pierde efecto, generalmente, con la terminación del contrato de trabajo, cualquiera que fuera la causa de extinción. Sólo excepcionalmente la interdicción de competencia se extiende a determinado lapso posterior a la terminación del contrato. Para que ello ocurra, **se precisa un convenio especial entre las partes** [...] [que] solo pueden reconocerse como válidas dentro de ciertos límites [...] Se reconoce generalmente, que **no debe extenderse, en cuanto a objeto, lugar y tiempo, más allá de lo que fuera necesario para proteger los intereses legítimos del antiguo empleador**”.*<sup>4</sup>

Deconformidad con el extracto anterior, existen

<sup>3</sup> Trejos, op. cit., pp. 51-52.

<sup>4</sup> Ernesto Krotoschin, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Volumen 1. (Buenos Aires: Depalma, 1987), p. 231.

dos aspectos esenciales en la conceptualización de este tipo de pactos de no competencia. En primer lugar, no es posible implementar medidas arbitrarias en perjuicio de la persona trabajadora, sino que cualquier limitante a la libre elección del oficio debe encontrar un alegato directo en la protección a los intereses de la parte empleadora previa. En segundo lugar, a diferencia de los pactos durante la relación laboral, no es posible partir de la existencia de esta obligación con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, sino que se requiere un acuerdo expreso entre la parte empleadora y trabajadora en este sentido<sup>5</sup>.

### Conflictos de derechos fundamentales resultantes de pactos de no competencia

La autonomía de la voluntad aplicada al ámbito de la contratación, es decir, la libertad contractual, garantiza la posibilidad de las partes de un contrato de adquirir obligaciones y definir la forma en que estas se ejecutarán. No obstante, la evolución del derecho de la contratación privada resultó en el establecimiento de normas tuitivas, en caso de un eventual desequilibrio que pueda surgir entre las partes, independientemente de su índole<sup>6</sup>. Por ende, para determinar si el contenido de un contrato es justo y válido, debe realizarse un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, con el objetivo de evitar que una de las partes aproveche un eventual desbalance de poder de negociación para pactar condiciones que, de forma desproporcionada, la favorezcan en perjuicio de los intereses de la contraparte<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Oficina de Política Económica del Departamento del Tesoro de Estados Unidos, *Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications*, publicado en marzo de 2016. Disponible en: [https://home.treasury.gov/system/files/226/Non\\_Compete\\_Contracts\\_Economic\\_Effects\\_and\\_Policy\\_Implications\\_MAR2016.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/226/Non_Compete_Contracts_Economic_Effects_and_Policy_Implications_MAR2016.pdf)

<sup>6</sup> Joaquín Ataz y José Ramón Salelles, *Limitaciones a la libertad de contratación* en *Tratado de Contratos* (España: Tirant lo Blanch, 2020), p. 143.

<sup>7</sup> María Julia Ochoa, *Implicaciones del principio de*

El origen del Derecho del Trabajo puede explicarse como ligado indiscutiblemente a la libertad de contratación. En tiempos de la Revolución industrial, el desequilibrio contractual entre las personas trabajadoras, quienes buscaban un ingreso sin poder de negociación de las condiciones de trabajo ofrecidas y las personas empleadoras, que simplemente determinaban las condiciones bajo las cuales ofrecían empleo, fue el campo fértil sobre el cual crecieron las normas tuitivas que conforman en la actualidad el ordenamiento jurídico laboral. En ese sentido, bajo cierta interpretación, las disposiciones normativas en materia laboral fungen, en esencia, como limitaciones a la libertad de contratación.

Sin embargo, debe recordarse que el freno que implica el Derecho del Trabajo a la libertad de contratación no es absoluto; sino que las restricciones impuestas normativamente e implementadas a través del tiempo lo fueron en virtud de una búsqueda de mejoramiento de las condiciones de las personas trabajadoras. En esta búsqueda, las personas trabajadoras son quienes deben dirigir la discusión entre el derecho al trabajo y la libertad de contratación. Por consiguiente, en el tanto esta atención a las condiciones de las personas trabajadoras se mantenga, sería inconcebible un escenario en el cual el derecho al trabajo y la libertad de contratación se encuentren contrapuestos.

Si bien, de conformidad con los preceptos constitucionales y normativos costarricenses, no es posible coartar la libertad de trabajo de un individuo, ¿qué sucede en ocasiones en las que

*autonomía de la voluntad en materia de propiedad intelectual*, en Revista Ventana Legal, s.f., citado por el Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL) del convenio del Colegio de Abogados de Costa Rica y la Universidad de Costa Rica, *Las limitaciones a la autonomía de la voluntad*, informe de investigación publicado en fecha 01 de diciembre de 2007. Disponible en <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjE0Ng==>

es el mismo individuo quien limita su propia libertad de trabajo y recibe una contraprestación satisfactoria <sup>8</sup>? ¿Se consideraría esta una disposición inválida, por estimarse este como un derecho irrenunciable, o se respetaría la voluntad de la persona trabajadora? ¿Dependería la validez de esta disposición de su contenido, en atención a lidiar con normas tuitivas del ordenamiento laboral? <sup>9</sup>

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 56 constitucional, el trabajo se considera una obligación de cada persona. En aplicación del principio de autonomía de la voluntad, los individuos son capaces de determinar las condiciones por medio de las cuales asumen una obligación. Si bien, por lo ya discutido, la contratación en materia laboral se encuentra sujeta a una serie de restricciones, debe tomarse en cuenta que esto no desaparece la libertad de contratación de ambas partes y, sobre todo, de la persona trabajadora, quien debe encontrarse en libertad de pactar obligaciones y contraprestaciones que satisfagan sus intereses, siempre que estos pactos no contravengan el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, debe reiterarse que los pactos de no competencia de aplicación posterior a la finalización del vínculo laboral implican una limitación al derecho a la libre elección del oficio de la persona trabajadora y, por ende, al derecho fundamental al trabajo. Por consiguiente, su restricción debe circunscribirse a los mínimos aspectos necesarios para garantizar los intereses de las partes contratantes <sup>10</sup>; esto sin perjuicio de

<sup>8</sup> Federico de Castro y Bravo, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil* 35, no. 4 (1982), p. 1037.

<sup>9</sup> Juan Manuel Goig Martínez, “La constitucionalización de deberes”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (RDUNED)*, No. 9, pp. 111-148.

<sup>10</sup> Carlos Manavella Caballero, “Sobre la evolución de la contratación privada”, *Revista Iustitia*, Año 23, No. 265-266, pp. 30-36.

lo relativo a los requisitos que debe cumplir la contraprestación pactada en favor de la persona trabajadora, según será abordado en las siguientes secciones.

### Abordaje regulatorio costarricense a los pactos de no competencia

El ordenamiento jurídico local no contiene disposición alguna que se refiera de forma específica a las cláusulas de no competencia en materia laboral. Aunque el aparato normativo costarricense prevé amplias protecciones en materia de intereses de las personas trabajadoras, que en apariencia podrían entrar en conflicto con las figuras contractuales aquí abordadas, al analizar su naturaleza se parte de un escenario en el cual la persona trabajadora voluntariamente ha aceptado el pacto. Por ende, debe realizarse un análisis que aborde también la libertad de contratación privada de la persona trabajadora.

La jurisprudencia de tribunales costarricenses en materia laboral establece prohibir la competencia mientras esté vigente la relación laboral como una obligatoriedad contractual derivada de los principios de buena fe y lealtad; pero la circunscribe a los pactos de no competencia, cuya vigencia se limita a la duración del vínculo laboral. Diego Alexandre-García <sup>11</sup> estableció, en su investigación de 2012, sobre las cláusulas de no competencia en los contratos de colaboración empresarial y transferencia de activos, que, a la luz del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de las cláusulas de no competencia en Costa Rica, la validez de estas figuras en el ámbito laboral

<sup>11</sup> Diego Alexandre-García Fernández, *La validez en Costa Rica de las cláusulas de no competencia en los contratos de colaboración empresarial y transferencia de activos: un examen a la luz de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, civil, comercial y de la competencia*. Trabajo Final de Graduación para obtener el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica (San José: 2012).

de aplicación posterior a finalizar el vínculo de empleo ya se encontraba resuelta, y para ello se refiere tanto a la resolución número 89-2003, emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente con número 96-001309-0185-LA <sup>12</sup>, como al Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, presentado por Alejandro Trejos, anteriormente citado.

Si bien, en efecto, la resolución 89-2003 analiza la validez de los pactos de no competencia de aplicación posterior a finiquitar la relación laboral, el autor hace propias las palabras de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social:

*“En nuestro país, no hemos encontrado mayor abundamiento [en las cláusulas de no competencia “post-contractuales”] que el que dio el abogado Alejandro Trejos G., en un artículo publicado en el periódico La Nación. Estimamos conveniente, indicar que dicho abogado cita una sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que se muestra como un antecedente en la materia, y que esta asesoría así la debe tomar en cuenta también, ya que no se puede considerar jurisprudencia la emisión de una sola resolución en la materia [...]”.* <sup>13</sup>

De acuerdo con lo anterior y dado que los criterios de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia no son vinculantes *erga omnes*, no resulta posible considerar que, actualmente, existen disposiciones escritas que, de forma específica, regulen la implementación de cláusulas de no

<sup>12</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución número 00089-2003 de las 9:10 horas del 28 de febrero de 2003.

<sup>13</sup> Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Criterio Jurídico DAJ-AE-193-08* (San José, 12 de agosto de 2008). Lo resaltado no forma parte del original.

competencia de aplicación posterior a finalizar el vínculo laboral. No obstante, la resolución número 89-2003 emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia hace más de 18 años se mantiene como el único referente legal que permite ofrecer una semblanza de guía para implementar cláusulas de no competencia, luego de finalizada la relación laboral. En este sentido, es posible enlistar una serie de consideraciones con respecto a esta:

- 1- El ordenamiento jurídico costarricense no prohíbe la suscripción de pactos de no competencia de forma posterior a finalizar el vínculo laboral, entre la parte empleadora y trabajadora.
- 2- La validez de los pactos específicos a un caso debe responder a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de su contenido, en cuanto a la limitación temporal de la obligación y la contraprestación que recibiría el antiguo empleado.
- 3- La especialización de la persona trabajadora y la limitación que implique el pacto de no competencia en el ámbito total de labores del empleado deben tomarse en cuenta al fijar la compensación económica.
- 4- La parte trabajadora puede recurrir a los tribunales para solicitar que se ajusten las disposiciones del pacto de no competencia a los razonables y proporcionales.

### **Criterios generales derivados de casos internacionales**

La implementación de pactos de no competencia se encuentra en diferentes etapas de regulación, alrededor del planeta. No obstante, es posible colegir una serie de requisitos que, a través de diferentes jurisdicciones, se establecen como estándar para determinar la razonabilidad

y proporcionalidad de un caso específico. Para estos efectos, se detallan, a continuación, criterios comunes identificados con base en análisis de regulación y jurisprudencia en los casos de Italia, Francia, Chile, México y los Estados Unidos.

- 1- La cláusula de no competencia debe ser escrita <sup>14</sup> y detallar claramente las condiciones bajo las cuales se acepta la obligación de no competencia <sup>15</sup>.
- 2- La introducción de un pacto de no competencia puede darse en cualquier momento del vínculo laboral o después de este. No obstante, el rechazo por parte de la persona trabajadora, de darse luego del inicio de la relación laboral, no puede implicar ninguna desventaja en el ámbito laboral <sup>16</sup>.
- 3- La cláusula de no competencia solo debe implementarse en los casos requeridos, particularmente para la protección de los intereses comerciales del patrono y bajo las condiciones mínimas de limitación que garanticen los intereses de ambas partes <sup>17</sup>.
- 4- La duración de la obligación de no

<sup>14</sup> U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, resolución del caso TES Franchising, LLC v. Dombach, 2010 WL 3946274, del 07 de octubre de 2010, citada en Ius Laboris, *Non-Compete Clauses-U.S.A.*, p. 317.

<sup>15</sup> Asociación Ius Laboris, *Non-Compete Clauses: An International Guide - Italy* (s.f.). Disponible en: <https://www.yumpu.com/en/document/read/30953687/non-competite-clauses-an-international-guide-ius-laboris>, pp. 177-181.

<sup>16</sup> Asociación Ius Laboris, *Non-Compete Clauses: An International Guide - Chile* (s.f.). Disponible en [https://iuslaboris-assets.s3.amazonaws.com/media/filer\\_public/84/1d/841da2b1-a75c-44df-a0bd-e67a21410970/ius\\_laboris\\_2017\\_non-competite\\_covenants.pdf](https://iuslaboris-assets.s3.amazonaws.com/media/filer_public/84/1d/841da2b1-a75c-44df-a0bd-e67a21410970/ius_laboris_2017_non-competite_covenants.pdf).

<sup>17</sup> Asociación Ius Laboris, *Non-Compete Clauses: An International Guide - France* (s.f.). Disponible en <https://www.yumpu.com/en/document/read/30953687/non-competite-clauses-an-international-guide-ius-laboris>, pp. 113-119.

competencia debe responder al mínimo tiempo requerido para proteger los intereses comerciales de la parte patronal, pero no debe exceder tres años. Excepcionalmente, al existir casos de transacciones comerciales en que se imponga una limitación laboral al dueño anterior del negocio, el período de la obligación puede ser extendido.

- 5- La posibilidad de ampliación del ámbito geográfico al que se limitará el pacto de no competencia es inversamente proporcional a la especificidad de la actividad prohibida. Por ende, cuanto más específica y especializada sea una actividad comercial, menos justificable será un ámbito amplio de aplicación.
- 6- La obligación de no competencia debe encontrarse siempre ligada a compensación económica. Dicha compensación puede ser cancelada de diversas formas: (i) un pago periódico durante la relación laboral, sujeto a pago de cargas sociales; (ii) un único pago al finalizar la relación laboral y dar inicio el período de restricción o (iii) pagos diferidos durante la vigencia de la obligación.
- 7- El monto otorgado como contraprestación debe resultar razonable, en virtud de la actividad prohibida y el porcentaje de restricción que implicaría dentro de la totalidad de habilidades de la persona trabajadora. Por consiguiente, en casos en los cuales la limitación de competencia sea pequeña, es posible que se considere razonable un pago de a partir de un 10% de la remuneración que hubiese recibido la persona trabajadora de continuar al servicio de su anterior patrono.
- 8- Es posible limitar la restricción de procedencia del pacto de no competencia, de darse la terminación del vínculo laboral,

por mera voluntad de la parte empleadora, sin causa o justificación <sup>18</sup>.

### Conclusiones en torno al caso costarricense

El ordenamiento jurídico costarricense no contiene disposición alguna que proscriba explícitamente la existencia de pactos de no competencia de aplicación posterior, al finalizar el vínculo laboral; tampoco disposición alguna que los permita en forma expresa (aunque en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior esto no sea requerido). Por consiguiente, y en virtud de que la naturaleza de estas figuras no contraviene la moral y el orden público, en aplicación de la libertad de contratación privada, estas deben considerarse permisibles. No obstante, esta permisibilidad debe estar sujeta a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora bien, el derecho constitucional al trabajo, en una de sus tantas manifestaciones, refiere a la libertad de toda persona de elegir el trabajo que desea desempeñar, en caso de cumplir con los requisitos establecidos por la parte empleadora. En este sentido, si bien implementar una obligación de no competencia sería permisible a la luz de la libertad de contratación privada, en los términos antes dichos, no lo será de forma absoluta, en el tanto no puede tornar nugatoria la libre elección del trabajo de una persona trabajadora.

Dicho lo anterior, en el país únicamente existe una resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que, al analizar la figura estudiada en esta investigación, concluyó que esta es admisible, de cumplir con una serie de criterios. Aunque no es posible considerar una única

<sup>18</sup> James Heskett, *Should Non-Compete Clauses Be Abolished?* Publicado en fecha 01 de noviembre de 2019. Disponible en <https://hbswk.hbs.edu/item/should-non-compete-clauses-be-abolished>.

resolución como jurisprudencia <sup>19</sup>, de analizarse la sentencia 89-2003 antes detallada, sin estudiar su contexto, podría concluirse, de igual forma, que el ordenamiento jurídico costarricense no requiere modificación alguna, en virtud de que las disposiciones actuales posibilitaron la emisión de este criterio judicial <sup>20</sup>. Sin embargo, dentro del expediente judicial número 96-001309-0185-LA, el cual finalizó con el dictado de la referida resolución, se obtuvieron dos sentencias en instancias anteriores que prohibieron la implementación de esta clase de pactos.

Dado lo anterior, y en aras de brindar seguridad jurídica a las partes de un convenio de este tipo, se recomienda la introducción de regulación expresa para los pactos de no competencia en el ordenamiento jurídico costarricense, con el propósito de reforzar la seguridad jurídica para partes empleadoras y trabajadoras, la cual no solo recoja los criterios ya esbozados por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sino criterios internacionales en esta materia, previamente enlistados. Sin embargo, dicha regulación debe emplear la técnica legislativa, de forma tal que no se establezcan condiciones rígidas de validez para las cláusulas de no competencia, las cuales entorpezcan el requerimiento principal para analizar estos pactos: el análisis de razonabilidad y proporcionalidad que resulte en el equilibrio entre las partes del acuerdo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

Krotoschin, Ernesto. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”. Volumen 1. Buenos Aires: Depalma, 1987.

<sup>19</sup> Dirección de Asuntos Jurídicos, *DAJ-AE-193-08*.

<sup>20</sup> Diego Alexandre-García Fernández, *La validez de las cláusulas de no competencia*.

### Artículos

Ataz López, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón. “Limitaciones a la libertad de contratación” en *Tratado de Contratos* (España: Tirant lo Blanch, 2020), p. 143.

Asociación Ius Laboris, *Non-Compete Clauses: An International Guide* (s.f.). Disponible en: <https://www.yumpu.com/en/document/read/30953687/non-competite-clauses-an-international-guide-ius-laboris>.

De Castro y Bravo, Federico. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil* 35, no. 4 (1982), pp. 987-1086.

Goig Martínez, Juan Manuel “La constitucionalización de deberes”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* (RDUNED), No. 9, pp. 111-148.

Heskett, James. “Should Non-Compete Clauses Be Abolished?”, publicado en fecha 01 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://hbswk.hbs.edu/item/should-non-competite-clauses-be-abolished>.

Manavella Cavallero, Carlos. “Sobre la evolución de la contratación privada”. *Revista IVSTITIA*, No. 265-266, San José, 2009: 30-36.

Ochoa Jiménez, María Julia. “Implicaciones del principio de autonomía de la voluntad en materia de propiedad intelectual”, *Revista Ventana Legal*, s.f., citado por el Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL) del convenio del Colegio de Abogados de Costa Rica y la Universidad de Costa Rica, *Las limitaciones a la autonomía de la voluntad*, informe de investigación publicado en fecha 01 de diciembre de 2007. Disponible en:

<https://cijulinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjE0Ng==>.

Oficina de Política Económica del Departamento del Tesoro de Estados Unidos, *Non-Compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications*, publicado en marzo de 2016. Disponible en: [https://home.treasury.gov/system/files/226/Non\\_Compete\\_Contracts\\_Economic\\_Effects\\_and\\_Policy\\_Implications\\_MAR2016.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/226/Non_Compete_Contracts_Economic_Effects_and_Policy_Implications_MAR2016.pdf).

Trejos Gómez, Alejandro. “La Cláusula de No Competencia Postcontractual en el Contrato de Trabajo”. Trabajo final de graduación para obtener el grado de licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica, San José, 2003.

### Resoluciones judiciales

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución número 00089-2003 de las 9:10 horas del 28 de febrero de 2003.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 96-2004 de las 14:50 del 18 de febrero de 2004.

### Otros

Dirección de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. "Criterio Jurídico DAJ-AE-193-08". San José, 12 de agosto de 2008.

### Trabajos finales de graduación

Alexandre-García Fernández, Diego. "La validez en Costa Rica de las cláusulas de no competencia en los contratos de colaboración empresarial y transferencia de activos: un examen a la luz de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, civil, comercial y de la competencia". Trabajo final de graduación para obtener el grado de licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica, San José, 2012.



## El amparo de legalidad a la luz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional

*Por Dr. Celin ARCE GÓMEZ<sup>1</sup>*

### **Siglas**

CGR: Contraloría General de la República

SC: Sala Constitucional

MEP: Ministerio de Educación Pública

CPCA: Código Procesal Contencioso Administrativo

CT: Código de Trabajo

JCA: Jurisdicción Contencioso Administrativa

TSE: Tribunal Supremo de Elecciones

**Resumen:** La Sala Constitucional de Costa Rica, haciendo uso de su facultad interpretativa sobre la Constitución Política, así como de su ley creadora, a través de su jurisprudencia, creó el amparo de legalidad, que es conocido por la jurisdicción contencioso administrativa, mediante el cual se muestran ciertas materias que dicha Sala venía resolviendo desde su creación en 1989. Específicamente, renunció a seguir conociendo los casos referentes al Derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, con ocasión de una relación de empleo público, que regula el artículo 41 constitucional.

Luego, en el año 2017, ante una reforma procesal al Código de Trabajo, adoptó una posición similar y trasladó a la jurisdicción laboral el conocimiento

de los casos referidos a la violación del derecho de defensa y debido proceso de los servidores públicos. En ambos casos, está renunciando a una parte de su competencia, lo que ha justificado en la presunta celeridad y efectividad de dichas jurisdicciones; situación que no logra demostrar que se esté dando.

**Palabras claves:** Sala Constitucional, amparo de legalidad, amparo laboral, derecho a un procedimiento administrativo célere, derecho de defensa y debido proceso, activismo judicial.

**Abstract:** The Constitutional Chamber of Costa Rica, making use of its interpretative power over the Political Constitution, as well as its creative law, and through its jurisprudence, created the well-known protection of legality. It is known by the contentious-administrative jurisdiction, through which certain matters that said chamber had been resolving since its creation in 1989 are known. Specifically, it renounced to continue knowing the cases referring to the right to a prompt and fulfilled administrative procedure, on the occasion of a public employment relationship, which Constitutional Article 41 regulates.

<sup>1</sup> Abogado costarricense. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Público.

Later, in 2017, before a substantial reform of the Labor Code, it adopted a similar position and transferred to the labor jurisdiction the knowledge of the cases referring to the violation of the right to defense and due process of public servants. In both cases, it is renouncing part of its jurisdiction and has justified them in the presumed speed and

effectiveness of said jurisdictions, which it cannot prove.

**Keywords:** Constitutional Chamber, Protection of Legality, Labor Protection, Right to a Speedy Administrative Procedure, Right of Defense and Due Process, and Judicial Activism.

## Introducción

La creación de la SC representa una de las reformas más importantes aprobadas en Costa Rica en el ámbito judicial, a quien corresponde el conocimiento especializado de las acciones de inconstitucionalidad, el recurso de *habeas corpus* y el recurso de amparo; los que existían en la legislación costarricense antes de su entrada en funciones. Se le otorgó, además, la función novedosa de la consulta de constitucionalidad, es decir, la de emitir opinión consultiva previa sobre los proyectos de ley; las consultas judiciales de constitucionalidad, instrumento jurídico que puede utilizar todo juez del Poder Judicial cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento y, finalmente, resolver los conflictos de competencias o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el TSE y la CGR.

Desde que inició sus funciones en 1989 a la fecha, el balance general de su desempeño es positivo y es el Tribunal Judicial que más conoce el pueblo y siente cercano, particularmente, por el recurso de amparo.

Empero, como sucede en todo Tribunal Constitucional, ha adoptado resoluciones polémicas por sus efectos y otras que, por su contenido, no están acordes con lo que dice la ley o la Constitución. Desde larga data, la SC

ha abusado en muchas ocasiones de su poder interpretativo, con lo cual ha cambiado el contenido de la ley o de la propia Constitución, excediendo con ello la competencia que le asigna el artículo 10 de la misma y su ley creadora. Tales excesos la convierten en legislador positivo, ya que cambia o reforma una ley mediante una simple interpretación.<sup>2</sup> Además, investigaciones académicas han ratificado que el Tribunal ha incurrido en activismo judicial y asumido la condición de legislador positivo.<sup>3</sup>

“Este nuevo tipo de sentencias reinterpretan las leyes, anulan parcialmente una norma para dar otro sentido a la ley, limitan algunos efectos de las propias sentencias, incluyen nuevos sectores sociales en leyes que no les afectaban, dirigen mandatos al legislador. A menudo los Tribunales dejan de ser legisladores negativos para convertirse en legisladores positivos, en auténticos legisladores”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Para un estudio amplio del tema, véase Arce Gómez Celin. *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional*, 1ra. Ed. (San José: EUNED, 2008).

<sup>3</sup> Marco Feoli Villalobos, *Activismo judicial y justicia constitucional: los casos de Colombia y Costa Rica*. (Salamanca, Tesis para optar al título de Doctor, 2012) [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121351/DDPG\\_FeoliVillalobosMarco\\_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121351/DDPG_FeoliVillalobosMarco_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>4</sup> Aja Eliseo (Editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. 1ra. Ed. (Barcelona: Editorial Ariel, 1998, p. XXIX

Dicho activismo se manifiesta en diferentes tipos de sentencias. “Los Tribunales Constitucionales han adoptado un tipo de sentencias que los presentan como legislador positivo, y esto, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que transporta una nueva norma para el ordenamiento jurídico (...). Al contrario de las sentencias tradicionales, que son simples sentencias de rechazo o de admisión o acogida de la inconstitucionalidad, las sentencias interpretativas y sentencias manipulativas, aditivas y substitutivas son bastante más complejas e implican una actuación «creativa de los jueces», dejando de ser meros legisladores negativos y asumiendo el papel de legislador positivo”.<sup>5</sup>

En el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se le acusa de incurrir en *activismo judicial*. “Un tribunal activista responde preguntas que sus críticos creen que nunca debió haber considerado; impone sus puntos de vista políticos no sólo a las partes ante él, sino a la ciudadanía en general; y, acusan sus críticos, usurpa las funciones del legislador”.<sup>6</sup>

En Estados Unidos, el caso paradigmático más reciente es la sentencia que anuló el fallo del caso *Roe vs. Wade* adoptado en 1973, que consagró el derecho constitucional al aborto por 50 años. En el fallo revocatorio emitido el 24 de junio del 2022, se indica precisamente que: «La Constitución no hace referencia al aborto, y dicho derecho no está protegido implícitamente por ninguna disposición constitucional», incluyendo la Enmienda No. 14 que fue el sustento del fallo *Roe v. Wade*, por lo que, a partir de dicha sentencia, le corresponde a

cada Estado legislar sobre el aborto en el ejercicio de sus competencias.<sup>7</sup>

La Sala Constitucional costarricense no es ajena a esta tendencia y para demostrar lo anterior, se hace referencia a la creación del denominado amparo de legalidad y luego a la decisión de trasladar a la jurisdicción laboral o contencioso administrativo, según sea el caso, el conocimiento de los asuntos atinentes a la violación del derecho de defensa de los servidores públicos.

### El denominado amparo de legalidad

Este amparo es una creación jurisprudencial de la Sala IV, no está previsto ni regulado como tal en ley alguna. La SC venía resolviendo desde su creación vía recurso de amparo los casos referidos al derecho a un procedimiento pronto y cumplido, así como de los reclamos administrativos que deben ser resueltos dentro del término de ley, derecho derivado del art. 41 constitucional.

Es decir, la ley de la jurisdicción constitucional regula el recurso de amparo previsto para tutelar los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales, incluido el previsto en el artículo 41 constitucional sobre el derecho a un procedimiento expedito.

Una vez que entró a regir el CPCA, a partir del 1 de enero del 2008, la SC, al valorar esta nueva jurisdicción que calificó como sumamente expedita y célere por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico, resolvió que los asuntos referidos a la inobservancia de los plazos legales o reglamentarias para resolver las gestiones y reclamos planteados a conocimiento de la Administración serán conocidas en el futuro

<sup>5</sup> Pedro Trovão Do Rosário. *Tribunal Constitucional ¿un legislador negativo o positivo?* (UNED: Revista de Derecho No. 16, 2015), <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389>

<sup>6</sup> Lieberman, Jetro K. *A Practical Companion to the Constitution*. 2da. Ed. (USA: University of California Press, Ltd. 1999).

<sup>7</sup> *Dobbs vs Jackson Women's Health Organization*. Decided June 24, 2022. [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf) (2/07/2022)

por la JCA.

En efecto, menos de dos meses después de entrar en vigor el CPCA, al conocer un amparo interpuesto contra el Consejo de Transporte Público, quien no había respondido una solicitud de inscripción de una flota, resolvió rechazarlo ad portas y sienta la doctrina jurisprudencial de que lo asuntos de pronta resolución se remiten a partir de ese fallo a la vía contencioso-administrativa. En este voto paradigmático, señala: “En suma, la nueva jurisdicción contencioso-administrativa es un cauce idóneo, por sus nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria”.<sup>8</sup>

En el mes de noviembre de este mismo año, la SC reitera el voto anterior en un recurso de amparo contra la CCSS, por un reclamo presentado debido al no pago de incapacidades, el cual no se había resuelto muchos meses después de recibido.<sup>9</sup>

Por su cuenta, la JCA acogió e implementó la delegación que le hizo la SC de los casos señalados, los que, en una etapa inicial, fueron tramitados mediante el “juicio preferente” que contempla el CPCA.<sup>10</sup> El que, sin embargo,

no era congruente con la naturaleza de este tipo de procesos céleres en los que se debe garantizar la respuesta oportuna, ya que forma parte del modelo de conocimiento (plenario), con requisitos, etapas y recursos incompatibles con la sumariedad e informalismo del amparo de legalidad; en fin, en la estructura normativa del CPCA, no se encuentra ningún régimen o vía con las condiciones propicias para albergar este tipo de asuntos.

Correspondió a la Sala Primera, en su condición de jerarca máximo de la JCA, tanto oficializar el nombre de “amparo de legalidad” como definir el procedimiento que debía seguir en el futuro el Tribunal Contencioso para su conocimiento y resolución. El modelo que definió es el de aplicar de manera supletoria y en todo lo compatible el procedimiento del recurso de amparo regulado en la ley de la Jurisdicción Constitucional, algo que la Sala había insinuado con antelación de manera directa.<sup>11</sup>

El voto de la Sala Primera<sup>12</sup> y otros posteriores de ella y de la Sala Constitucional permiten describir y delimitar el régimen jurídico del amparo de legalidad de la siguiente manera:

---

su instrucción reviste urgencia o necesidad o es de gran trascendencia para el interés público, directamente lo remitirá al conocimiento del tribunal de juicio al que por turno le corresponda, para que este decida si se da el trámite preferente, en los términos de este artículo, mediante resolución motivada que no tendrá recurso alguno”.

<sup>11</sup> Materia que, “en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso-administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente” (SC voto No. 18553 de las 14 horas 33 minutos del 17 de diciembre de 2008).

<sup>12</sup> Sala Primera Res: 913-F-S1-2018 de las 10:15 hrs. Del 25 de octubre del 2018 complementada con la Res. No.333-F-S1-2019 de las 14:35 del 24 de abril del 2019. En relación TCA Resolución No.00567 – 2016.

<sup>8</sup> Sala Constitucional Resolución No. 2545 – 2008.

<sup>9</sup> “De este modo, la verificación de si la administración pública (en este caso, la Caja Costarricense de Seguro Social) cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para resolver el reclamo planteado, es una cuestión de legalidad ordinaria que puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso-administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional”. (SC Resolución No. 16837 – 2008 de las 12:54 pm del 7 de noviembre del 2008). En igual sentido, en otro amparo contra la CCSS resolución No.18553 – 2008 de las 2:33 p.m. del 17 de diciembre del 2008 y Res. 16553-2008 del 17 de diciembre de ese año.

<sup>10</sup> “Artículo 60.1.- En caso de que el juez tramitador, de oficio o a gestión de las partes, estime que el asunto bajo

- El objeto del amparo de legalidad es la tutela del Derecho *Fundamental a un Procedimiento Administrativo Pronto y Cumplido* como proyección del artículo 41 de la Constitución Política. En tal sentido, la estimatoria con lugar de una sentencia de amparo de legalidad se limita a ordenar a la Administración, dentro de un procedimiento administrativo, que dicte el acto final o incluso diligencias de adición y aclaración sobre dichos actos; independientemente de si su resultado es favorable o no para el administrado.<sup>13</sup>
- Comprende toda lesión al Derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, con ocasión de una relación de empleo público.<sup>14</sup>
- Procede el amparo de legalidad por la falta de atención del recurso administrativo.<sup>15</sup>
- Procede en los casos de peticiones y reclamaciones que involucren la actuación de la administración para solventar un caso concreto.<sup>16</sup>
- “La legitimación activa y como consecuencia de ella los aspectos de representación procesal deben interpretarse en estos procesos de forma amplia y no restrictiva, según lo dispone el mismo artículo 10 inciso 1) a) del Código Procesal Contencioso Administrativo”.<sup>17</sup>
- Será tramitado y resuelto con base en la normativa y principios de la jurisdicción constitucional.
- Será conocido y resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo en única y última instancia, por lo que su sentencia carece de ulterior recurso y, particularmente, el de casación.
- No estará sujeto a mayores formalidades, como tampoco lo están los amparos que conoce la Sala Constitucional.
- Podrán aplicarse “aquellos preceptos del CPCA, que aceleren, beneficien o permitan concluir de mejor manera el diferendo o la lesión producida, como es el caso de las reglas previstas para la conciliación (artículos 72 y siguientes) o las que se prevén para la subsanación de la inactividad administrativa (ordinales 35 y concordantes del Código de cita)”.<sup>18</sup>
- En caso de que sea declarado con lugar, se condenará al accionado al pago de los daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.
- De conformidad con el artículo 159 del CPCA, el incumplimiento de la conducta impuesta acarrea responsabilidad tanto pecuniaria como penal, y que de no obedecer lo dispuesto en esta resolución, se le podrá seguir causa por desobediencia a la autoridad (artículo 314 del Código Penal).

<sup>13</sup> Véase SC 5872- 2012 y 19693-2014. Sala Primera Res: 0064-A-SI-2011 y 879-A-S1-2009. TCA Res. 299-2020

<sup>14</sup> Sala Constitucional voto9928-2010 que declaró inconstitucional el art. 3 inciso a) del CPCA

<sup>15</sup> Sala Constitucional voto 2545-2008 8:51 hrs. Del veintidós de febrero de dos mil ocho.

<sup>16</sup> Sala Constitucional voto 6872-2012

<sup>17</sup> TCA Sección VI, Resolución No. 406 – 2010. En el mismo sentido voto 204- 2010

No obstante, la SC se reservó el conocimiento de un grupo de asuntos que no delegó en el amparo de legalidad. En primer lugar, sigue conociendo vía recurso de amparo las cuestiones que atañen al derecho simple de petición tuteladas en el artículo 27 constitucional; “petición simple que debe ser objeto de respuesta dentro del plazo de los 10

<sup>18</sup> Véase de la misma Sala Primera las resoluciones No. 879-A-S1-2009 de las 8 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009, 8-A-S1-2010 de las 11 horas 1 minutos del 6 de enero y 79-A-S1-2010 de las 9 horas 20 minutos del 14 de enero, ambas de 2010.

días hábiles posteriores que establece el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo relevante de este derecho es que se brinde respuesta a la persona dentro del plazo indicado o, bien, previa justificación ofrecida al petente, dentro de uno que sea razonable de acuerdo con la complejidad de la petición”.<sup>19</sup>

La Sala Primera declaró igualmente que es mediante el recurso de amparo, que se protege el derecho de petición consagrado en el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en relación con el 27 de la Constitución Política y no el amparo de legalidad, el cual declaró sin lugar por razones de competencia.<sup>20</sup>

En segundo lugar, no todos los supuestos del derecho a un procedimiento pronto y cumplido los ha remitido el Tribunal Constitucional a la jurisdicción contencioso-administrativa, por cuanto, paulatinamente, ha ido definiendo casos de excepción en la materia, cuyo conocimiento y resolución se reservó, a saber:

*“1) Denuncia o procedimiento ambiental; 2) denuncia de corrupción; 3) pago de salarios; 4) jubilaciones (únicamente, cuando se reclama el pago de las prestaciones); 5) pensiones (únicamente, en aquellos supuestos relacionados con parálisis cerebral profunda y Régimen no Contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social); 6) privados de libertad; 7) retardo en la solicitud de visita conyugal por privado de libertad; 8) discapacitados; 9) personas menores de edad; 10) adultos mayores (cuando no se refieran a cuestiones de pensión y tenga relación directa con su condición de adulto mayor); 11) extranjeros y costarricenses que se encuentran fuera del territorio nacional; 12) agua potable y electricidad; 13) indígenas; 14) licencia de*

*maternidad; 15) solicitudes de aseguramiento a la Caja Costarricense de Seguro Social; 16) solicitudes de adecuación curricular”.*<sup>21</sup>

El TCA, por otro lado, ha venido resolviendo casos que no se enmarcan en el contenido propio del amparo de legalidad. Por ejemplo, es improcedente conocer en esta vía la solicitud de nulidad de notificaciones realizadas dentro de un procedimiento administrativo ya concluido;<sup>22</sup> también es ajeno a esta materia solicitar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.<sup>23</sup>

Al igual que el caso del amparo ante la SC, las instituciones públicas no están legitimadas para presentar algún amparo de legalidad. Por ejemplo, el ICE no puede presentarlo en contra de SUTEL, por no emitir acto final concerniente a un reclamo administrativo.<sup>24</sup>

## El amparo laboral

Tal como sucedió con la promulgación del CPCA que dio origen al amparo de legalidad, la entrada en vigor de la Reforma Procesal Laboral, Ley 9343 de 25 de enero de 2016 —vigente desde el 25 de julio de 2017—, indujo a la SC a adoptar una resolución similar que dio origen a lo que podría llamarse el amparo laboral; oportunidad en la cual la SC recurrió a los mismos argumentos expuestos con ocasión del amparo de legalidad.

Como antecedentes se debe destacar que, poco después de iniciar funciones en el año 1989, la SC definió los alcances del derecho de defensa en sede administrativa, el cual está garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política, así como el principio del debido proceso, contenido

<sup>19</sup> Sala Constitucional Res. 19693-2014.

<sup>20</sup> Sala Primera Resolución No. 663 - 2017 de las once horas siete minutos del quince de junio de dos mil diecisiete

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> TCA Res. 22-2020

<sup>23</sup> TCA y C de Had. N.º 3730-2018

<sup>24</sup> TCA voto 567-2016

en el artículo 41 de la Carta Fundamental, el cual sintetizó de la siguiente manera:

*“a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada”.*<sup>25</sup>

En 1995, crea la doctrina, según la cual: “en casos en los que los funcionarios públicos cometan faltas que sean catalogadas como de *mera constatación*, la Administración no se encuentra obligada a llevar a cabo un procedimiento conforme las reglas del debido proceso”. Criterio con el cual: “se rechazaban de plano o se declaraban sin lugar los procesos de amparo en los que se alegaba la inobservancia del debido proceso para sancionar a un servidor por la comisión de una falta como las de comentario”.

Por ejemplo, no hay “violación al principio del debido proceso, cuando se da por terminada la relación de servicio, al constatarse que un servidor ha permanecido incapacitado por más de tres meses”<sup>26</sup>; tampoco “cuando se cancelan patentes

municipales sin intervención del afectado, al verificarse mediante inspecciones periódicas, que éste no atiende el puesto de ventas estacionarias concedido a su favor personalmente”;<sup>27</sup> en “no pago oportuno del monto de la patente de ventas ambulantes otorgada y la no atención del puesto por un lapso prolongado”;<sup>28</sup> la no entrega del informe mensual de labores y no ajustarse al horario laboral.<sup>29</sup>

Tal doctrina comprendió en sus inicios, inclusive, las ausencia o llegadas tardías al trabajo: “... ya que el verificar en los registros respectivos si se ausentó sin permiso de su centro de trabajo, es una actividad de simple constatación que no requiere procedimiento alguno, por ello la intervención o no del recurrente no tiene la virtud de modificar lo allí resuelto”.<sup>30</sup> Es también el caso de las ausencias a las asambleas de la Universidad de Costa Rica.<sup>31</sup>

Empero, la SC nunca concretó una definición de faltas de mera constatación, limitándose a decir que son aquellas que no requieren de mayores diligencias probatorias o que exijan la realización de un procedimiento ordinario de previo a la imposición de la sanción; por lo que los casos se fueron definiendo de manera casuística, como es el de las llegadas tardías o la omisión de entregar un informe,<sup>32</sup> además de los casos ya señalados.

Posteriormente, amplía la doctrina señalando: “que, tratándose de advertencias y amonestaciones verbales no es preciso tramitar un procedimiento administrativo de previo a su imposición al servidor, si”; estas “no implican

<sup>25</sup> SC voto 15-1990. En igual sentido voto No. 4059-94 del 5 de agosto de 1994, voto N°6720 -1996 del 10 de diciembre de 1996.

<sup>26</sup> SC sentencias números 225-95 dieciséis horas con cincuenta y siete minutos del once de enero y 0959-95 las diez horas con quince minutos del diecisiete de febrero de 1995

<sup>27</sup> SC sentencia número 758-95 a las quince horas con cuarenta y ocho minutos del ocho de febrero de 1995

<sup>28</sup> SC sentencia número 279-95 a las once horas con tres minutos del trece de enero de 1995

<sup>29</sup> SC voto No. 4097 - 2008

<sup>30</sup> SC voto 3146-95 del catorce de junio de 1995

<sup>31</sup> SC No. 06158 – 1995 del 14 de noviembre de 1995

<sup>32</sup> SC voto 573-2011

un perjuicio directo al funcionario por afectar su expediente personal, incidir sobre su calificación de servicios, o producir disminución o cesación de derechos o beneficios laborales”,<sup>33</sup> es decir, si no hay suspensión sin goce de salario o perjuicio similar.

A partir del año 2000, la SC consideró “oportuno revisar y variar la doctrina señalada en dos supuestos particulares: cuando por incurrir en una falta de “*mera constatación*”, se sanciona al funcionario con el despido o con una suspensión laboral”; casos en los cuales sí debe cumplirse con el debido proceso.

Por ello, “cuando la amonestación verbal excede los alcances razonables de una simple llamada de atención y acarrea consecuencias materialmente sancionatorias al servidor” al consignarse por escrito, debe haberse concedido al amparado la oportunidad de manifestarse de previo, pues ello “incidirá al momento de efectuar la calificación de servicios o puede contribuir con la eventual imposición de otras sanciones disciplinarias de mayor gravedad”.<sup>34</sup>

Es decir, ya: “no basta con constatar mecánica y automáticamente una falta, pues el funcionario puede tener causa justificada para haber llegado tarde o ausentarse del trabajo, extremo que solo puede ser determinado a través del contradictorio. Así las cosas, tratándose de la imposición de las sanciones más gravosas para la esfera jurídica de un funcionario, como lo son el despido sin responsabilidad patronal o la suspensión laboral por la supuesta comisión de una falta de “*mera constatación*”, resulta imperativo para la Administración instruir un procedimiento administrativo en el que se respeten las garantías que integran el debido proceso, de modo que

<sup>33</sup> En ese sentido, véanse sentencias número 6422 -1993; 8619-1997 y 6493-2000

<sup>34</sup> En ese sentido, las sentencias número 6493-2000, 3331-2003, 3737-2004 y No. 8332 - 2010

el posible afectado pueda ejercer su derecho de defensa”.<sup>35</sup>

En el 2010, reitera la obligación de instruir un procedimiento administrativo para sancionar las faltas de mera constatación cuando ello conlleve al despido o suspensión laboral.<sup>36</sup> Sin embargo, los casos de violación de derechos de defensa y al debido proceso los traslada a la jurisdicción laboral

Empero, a partir del año 2017, la SC da un giro sustancial en la materia, ya que, en una sentencia del 8 de noviembre de ese año,<sup>37</sup> rechazó de plano un recurso de amparo interpuesto por una funcionaria del MEP, quien fue objeto de despido, a pesar de estar en período de lactancia, señalando: “que ahora todos los reclamos relacionados con los derechos laborales, derivados de un *fuero especial* por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica, así como cualquier otra causal discriminatoria contraria a la dignidad humana, tienen un cauce procesal expedito y célere, por medio de un proceso sumarísimo y una jurisdicción plenaria y universal, para su correcto conocimiento y resolución, en procura de una adecuada protección de esos derechos y situaciones jurídicas sustanciales, con asidero en el ordenamiento jurídico infra constitucional, que tiene una relación indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución”.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> SC voto 15418 – 2010. En igual sentido voto No. 11495 - 2010

<sup>36</sup> Caso de un funcionario de seguridad y vigilancia de un centro educativo del Ministerio de Educación Pública despedido por ausencias injustificadas sin darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Voto No. 11495 -2010 del treinta de junio del dos mil diez. En igual sentido voto No. 15418 – 2010 del 17 de setiembre.

<sup>37</sup> SC voto No. 17948-2017

<sup>38</sup> SC voto No. 6208-2005

Mismo criterio se aplica a los funcionarios públicos que gocen de algún fuero especial, como es el caso: “de estabilidad en el empleo o de procedimientos especiales para su tutela, con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria, por violación de fueros especiales de protección o de procedimientos, autorizaciones y formalidades a que tienen derecho, las mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367, del Código de Trabajo, las personas denunciadas de hostigamiento sexual, las personas trabajadoras indicadas en el artículo 620, y en fin, de quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, normas especiales o instrumentos colectivos de trabajo”.<sup>39</sup>

Concluye señalando las siguientes ventajas de la nueva legislación:

*“Esta nueva legislación incorpora, en el ordenamiento jurídico, una serie de novedosos mecanismos procesales: como plazos más cortos para la realización de los actos procesales, una tutela jurisdiccional más eficaz, asistencia legal gratuita, implementa la oralidad en los procedimientos; y, como consecuencia, incluye los sub-principios de concentración, intermediación y celeridad, tasa de forma expresa las situaciones en las que cabe ejercer los medios de impugnación, entre otros institutos, todo lo cual tiende a la realización de una eficaz tutela judicial en materia laboral, como garantía de protección de los derechos laborales constitucionales, dadas las nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud de los procesos laborales, lo que constituye una mayor garantía para la efectiva protección de las situaciones jurídicas sustanciales que involucren aspectos laborales y en las que, para su debida tutela, se requiera*

*recabar elementos probatorios o zanjar cuestiones de mera legalidad”.*<sup>40</sup>

La Sala Segunda de la Corte Suprema — máximo tribunal en materia laboral— acoge la sentencia nro. 17948-17 de su homóloga y hace oficial el procedimiento que definió en tal sentencia. Además, señala que prevalece el procedimiento del artículo 540 del C de T previsto para la protección en fueros especiales y tutela del debido proceso tanto para trabajadores del sector privado como de los funcionarios públicos.<sup>41</sup>

Por ejemplo, en el año 2019, la SC rechazó un recurso de amparo y remitió a la recurrente a la jurisdicción laboral, en lo referente a la alegada discriminación que sufre la amparada en su lugar de trabajo por su preferencia sexual y por el procedimiento que se llevó en su contra — invocando el voto 17948-17—; y a la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los reclamos administrativos presentados por la amparada y que no se han contestado, invocando el voto 2545-2008.<sup>42</sup>

En otro voto del mes de septiembre del 2022, la Sala invocó el fallo de repetida cita y rechazó *ad portas* un recurso de amparo interpuesto por una educadora del MEP, en el que la interesada alegó que se le aplicó una sanción de dos días de suspensión sin goce de salario; en cuyo procedimiento se le aplicó la doctrina de la falta de mera constatación, aduciendo que no se le garantizó el derecho de defensa ni el debido proceso.

<sup>40</sup> SC voto No. 17948-2017 de las 9:15 horas del 8 de noviembre de 2017. En igual sentido 671-2018 de las 9:20 horas del 19 de enero de 2018 docente del MEP que fue cesada en estado de embarazo. En sentido similar, votos No. 18038 – 2022; No. 9004 – 2022; No. 13667 – 2022; 4509 – 2022; 4347 – 2022; 1395-2022; No. 22205 – 2021; No. 18505 – 2021; No. 18328 – 2021; No. 17523 – 2021; No. 627 – 2019; 02756 – 2019; No. 06925 – 2018.

<sup>41</sup> Sala Segunda voto No. 1395 - 2022 de las once horas treinta y cinco minutos del tres de junio de dos mil veintidós.

<sup>42</sup> SC voto No. 10981 - 2019

<sup>39</sup> SC voto No. 17948-2017

El rechazo *ad portas* lo sustentó la Sala Constitucional en que tanto la vía contencioso administrativa como la laboral —según sea por la que opte el interesado— son lo suficientemente céleres para conocer este tipo de asuntos, con lo cual renunció al derecho-deber de seguir conociendo vía recurso amparo los casos de lesión al derecho de defensa y debido proceso contemplados en los artículos 39 y 41 constitucionales; función que venía ejerciendo responsablemente, por lo demás, desde su creación.<sup>43</sup>

## Conclusiones

1.- El amparo de legalidad es un procedimiento sumarísimo de creación jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional, mediante el voto 2545-2008, para tutelar el *Derecho Fundamental a un Procedimiento Administrativo Pronto y Cumplido* como proyección del artículo 41 de la Constitución Política. Busca hacer efectivo el derecho a un procedimiento pronto y cumplido o, lo que es lo mismo, a un procedimiento administrativo en un plazo razonable, sin dilaciones o retardos indebidos o injustificados.

2.- Siendo su fundamento un fallo de la SC, mas no una reforma legislativa, es una posición cuestionable, pues, en este caso, lo que está de por medio es una vulneración a un derecho fundamental a la justicia pronta y cumplida en sede administrativa. En este supuesto, a quien le corresponde la competencia es a la SC y no a los que integran la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>44</sup>

3.- Con dicho fallo, la SC está jerarquizando los derechos fundamentales, de tal suerte que los que conoce mediante el recurso de amparo son

<sup>43</sup> SC voto No. 23069 – 2022 a las nueve horas veinte minutos del treinta de setiembre de dos mil veintidós.

<sup>44</sup> SC voto de minoría del Magistrado Fernando Castillo Voto 17909-2010.

más fundamentales que los que se conocen en el amparo de legalidad.

4.- El amparo de legalidad tiene la fortaleza de que puede aplicar instrumentos jurídicos del CPCA como los de la conciliación, o las que se prevén para la subsanación de la inactividad administrativa (otorgamiento de plazo perentorio para que la Administración resuelva).

5.- El amparo de legalidad, que es conocido por la JCA, se complementa con el proceso sumarísimo del Código de Trabajo, regulado a partir del art. 540, en el cual se pueden tutelar todos los casos de fuero especial tanto de trabajadores privados como públicos que enumera este artículo (por extensión, se podría denominar amparo laboral).

6.- Comprende dicho procedimiento el caso de los funcionarios públicos amparados al servicio civil como todos los demás del Estado costarricense, en cuanto a la tutela del debido proceso y respecto del procedimiento administrativo que en cada caso deba llevarse a cabo.

7.- Consecuentemente, según sea el caso, los funcionarios públicos deberán recurrir al amparo de legalidad o al procedimiento sumarísimo del CT, según sea el asunto.

8.- Lo anterior le ha permitido a la SC declinar una gran cantidad de asuntos que antes conocía, salvo las excepciones expresas que ha señalado.

9.- A partir del procedimiento sumarísimo del CT, todos los casos de violación del debido proceso de los funcionarios públicos los descargó en este proceso.

10.- Aun cuando el procedimiento sumarísimo del CT pretende ser una vía procesal sencilla, rápida y efectiva para la defensa de tales derechos constitucionales, en consonancia con lo que dispone artículo 25 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, su efectividad dependerá de la celeridad y eficacia de la jurisdicción laboral, algo que solo el tiempo definirá.

11.- Corresponde ahora a la jurisdicción laboral aclarar si las faltas de mera constatación pueden ser sancionadas sin cumplir con el debido proceso, materia que la SC quedó debiendo.

12.- Como parte de los casos ya conocidos al amparo del proceso sumarísimo del artículo 540, se puede destacar la estabilidad impropia de los funcionarios públicos interinos. “En otras palabras, aunque se trate de un servidor interino, el cese de su nombramiento debe estar legalmente motivado”; no como en el caso del accionante, que fue cesado de forma antojadiza y arbitraria, sin achacársele una falta y sin oportunidad de ejercer el derecho de defensa.<sup>45</sup>

### Bibliografía

Aja Eliseo (Editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. 1ra. Ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

Arce Gómez, Celín Arce. *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional*. 1ra. Ed. San José: Eunod, 2008

Feoli Villalobos, Marco. *Activismo judicial y justicia constitucional: los casos de Colombia y Costa Rica*. Salamanca, Tesis para optar al título de Doctor, 2012. [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121351/DDPG\\_FeoliVillalobosMarco\\_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121351/DDPG_FeoliVillalobosMarco_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Lieberman, Jetro K. *A Practical Companion to the Constitution*. 2da. Ed. USA: University of

<sup>45</sup> Sala Segunda Resolución No. 1552 – 2021 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del nueve de julio de dos mil veintiuno.

California Press, Ltd. 1999.

Trovão Do Rosário, Pedro. *Tribunal Constitucional ¿un legislador negativo o positivo?* UNED: Revista de Derecho No. 16, 2015.

<https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389>

### Anexo de Jurisprudencia

#### Sala Constitucional

**1990:**voto 15-1990; **1993:**Voto 6422 -1993;**1994** voto No. 4059-94 ;**1995:** votos 758-95; 279-95; 3146-95; 6158 – 1995; 225-95; 959-95; **1996:** voto 6720 -1996; **1997:** 8619;**2000:** 6493; **2003:**3331-2003; **2004:**3737-2004;**2005:** 6208; **2008:** 4097; 2545; 16553; 16837;18553; **2010:**8332; 11495;15418; 9928; 17909.**2011:** 573-2011;2012: 6872; 5872; **2014:** 19693; **2015:** 17948; **2017:** 17948; 17948;**2018:** 671; 06925; **2019:** 10981;627; 02756; **2021:** 2205;18505;18328;17523; **2022:** 18038; 9004; 13667; 4509; 4347; 1395; 23069.

#### Sala Primera

Resoluciones: 879-A-S1-2009; 8-A-S1-2010; 0064-A-SI-2011; 663 – 2017; 913-F-S1-2018; 333-F-S1-2019.

**Sala Segunda:** No. 01552 – 2021; 1395 - 2022

**Tribunal Contencioso Administrativo:** Sección VI, No. 406 – 2010 y No. 204- 2010; 567 – 2016. TCA Res. 299-2020; TCA Res. 22-2020; TCA y C de Had. 3730-2018; TCA 567-2016

#### Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos

2022. Dobbs vs Jackson Women’s Health Organization. Decided June 24, 2022. [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf) (2/07/2022)



## Valor Probatorio del Reconocimiento Ocular de Personas

*Inyirman Custodio MENA MORALES*<sup>1</sup>

*“Si los órganos sensoriales no son ni cámaras de fotografías ni de grabación ¿qué datos nos proporcionan los testigos?*

*Miquel Juliá Pijoan*<sup>2</sup>

**Resumen:** A continuación, se presentan reflexiones en torno al valor probatorio de las identificaciones oculares de personas; reconocimiento en rueda y en fotografías. Reflexión llevada a cabo mediante el acercamiento del operador jurídico a la psicología del testimonio.

**Palabras claves:** valor probatorio, reconocimiento ocular, psicología del testimonio, estándar probatorio.

**Abstract:** Bellow, there will be a few reflections about the probative value of the person eyewitness identification, in physical form and by means of photography. The reflection is carried out by the approaching of the legal operator to the psychology of the testimony.

**Keywords:** Probative Value, Eyewitness Identification, Psychology Testimony, and Standard of Proof.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Actos de investigación, diligencias de investigación y actos de prueba. Distinciones necesarias. 3. Identificación ocular de personas. 4. Reconocimiento en rueda. 4.1. ¿En qué consiste y qué es? 4.2. Aspectos cognoscitivos del reconocimiento en rueda. 5. El reconocimiento fotográfico, diligencia policial, exhibición de fotografías sin sospechoso. 5.1. ¿En qué consiste y qué es? 6. Cautelas en la valoración de los reconocimientos oculares. 6.1 Máximas de experiencias. 6.2. ¿Cuál es la función de las máximas de experiencia en la valoración de la prueba? 7. Conclusiones.

<sup>1</sup> Abogado litigante. Artículos publicados: *El retorno de la verdad al Derecho Procesal Costarricense* (2021). *Estándares Probatorios y Presunción de Inocencia: del subjetivismo al objetivismo probatorio* (2022).

<sup>2</sup> Miquel Juliá Pijoan, *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*. (Madrid: Marcial Pons, 2020), p.353

## 1. Introducción

Indudablemente, los *actos y diligencias* de investigación que realizan los agentes policiales, posterior al hecho delictivo, son para obtener información no solo en cuanto al modo, tiempo y lugar de estos, sino también en cuanto a la individualización de la persona o personas involucradas (autor o partícipe). Entre las diferentes maneras de identificación de la persona o personas involucradas, se encuentran los tradicionales reconocimientos visuales en rueda y fotográfico de personas.

El valor probatorio de los reconocimientos en rueda y fotográfico de personas no deben asimilarse <sup>3</sup>, por cuanto, en realidad cada uno de ellos debería tener un valor probatorio distinto ¿*si lo tienen?*, con alcances procesales diferentes porque, dependiendo del valor probatorio asignado al reconocimiento en rueda y fotográfico, puede utilizarse para una u otra acción; por ejemplo, para señalar a una persona como sospechosa (imputación material o formal <sup>4</sup>) o como prueba

<sup>3</sup> La justificación del porqué se sugiere que no debe asimilarse el valor probatorio de las diligencias judiciales y policiales de constatación ocular es embozada implícitamente en el presente texto.

<sup>4</sup> Si bien es cierto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Leiva y Venezuela*, y otros, aborda el tema de imputación formal y material, se considera necesario hacer la diferenciación de que, desde la normativa costarricense, se desprende entre la *imputación formal y material*, pues al tenor de los artículos 13 y 81 del Código Procesal Penal, del artículo 13 del Código Procesal Penal se desprende la imputación material, cuando la policía judicial o administrativa señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible. A modo de ejemplo de la imputación material, léase la resolución del Tribunal de Sentencia Penal de Cartago, N.º 536 -2014, donde el reconocimiento se hace en sede policial administrativa, pues el ofendido señala a los detenidos sospechosos (imputación material) como las personas que le robaron el arma. Mientras que la segunda, la imputación formal, se desprende de los 81 y siguientes del mismo Código Procesal Penal, cuando la persona es encausada por las autoridades judiciales como sospechosa del hecho delictivo o partícipe

de cargo para acusarlo de un delito. O peor aún, que dicho reconocimiento alcance para desvirtuar en juicio la presunción de inocencia y condenar al acusado.

Tal vez se estén preguntando el porqué de la sospecha, acusación y condena; esa es la idea del presente trabajo, determinar si ambas figuras deberían tener valor probatorio incriminatorio o condenatorio, y si ese valor debe ser el mismo o diferenciado; en el entendido de que, si alcanzan para uno u otro, para acusar y condenar a una persona, o si solo alcanza para señalarlo como un simple sospechoso.

Lo anterior debido a la alta sugestión de la memoria, que propicia una baja fiabilidad cognitiva de tales ejercicios memorísticos <sup>5</sup>. Sí, leyó bien, *ejercicios memorísticos*, el reconocimiento visual como se verá es un ejercicio de memoria y percepción.

él, donde el mismo será objeto de actos de investigación y sometido al proceso judicial. La diferenciación pareciera ser pragmática, pero también es teórica. Sobre el concepto de imputado puede verse Julio .B.j. Maier, *Derecho procesal penal, parte general : sujetos procesales*, (Buenos Aires: Editores del Puerto), p. 188.

<sup>5</sup> Esto no quiere decir que dichas declaraciones testimoniales por tener baja fiabilidad no podrían utilizarse en el proceso penal. Debido a esa baja fiabilidad advertida por la psicología del testimonio, debe tenerse cautela al momento de valorar las declaraciones testimoniales en el proceso judicial. Se aclara que no significa que no se podrían utilizar las declaraciones testificales en el proceso penal por su baja fiabilidad, sino que dicha declaración testifical debe ser valorada con cautela, al ser un ejercicio meramente memorístico. Al respecto, en el ámbito jurídico, Perfecto Andrés Ibáñez, por ejemplo, hace ver en su doctrina, que la valoración de la prueba testimonial no es tan fácil, advirtiéndolo que esta es: “Una prueba bajo sospecha”. Perfecto Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* (Buenos Aires. Hammurabi, 2021) p101-109. Que se concluya que la declaración testifical no se pueda utilizar en el proceso penal por su baja fiabilidad carece de sentido, también dejaría en evidencia la falta de cultura de quien llegue a esa conclusión.

¿Qué tan confiable probatoriamente hablando son los reconocimientos oculares? A la luz de los resultados empíricos de la psicología del testimonio, ¿es conveniente utilizar las máximas de experiencia de la psicología del testimonio para la valoración de los reconocimientos oculares? Si los resultados de las investigaciones empíricas<sup>6</sup> de reconocimientos oculares realizados por la psicología del testimonio concluyen el alto grado de error de estos, ¿cuál debería ser el valor probatorio de ellos, si se parte de las bases sólidas y científicas de estas máximas de experiencia?

Hilando más delgado, podría preguntarse: ¿la información obtenida por medio de la práctica del reconocimiento ocular (señalamiento positivo) se puede considerar como prueba *de indicio*<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Los resultados de dichas investigaciones empíricas se pueden consultar en las siguientes obras científicas; Giuliana Mazzoni, *Psicología del Testimonio*, (Madrid: Marcial Pons, 2019), Giuliana Mazzoni, *El testimonio y las trampas de la memoria* (Madrid: Trotta, 2010). Margarita Diges, Carmen García Martínez, Manuel Miranda Estrampes, Jordi Nieva Fenoll, Jorge Obach Martínez, Nieves Pérez – Mata, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*. Madrid: Marcial Pons, 2014. Y replicadas en Vicor de Paula Ramos, *La prueba testifical*, (Madrid: Marcial Pons, 2019).

<sup>7</sup> Sobre la diferencia entre *Prueba de indicio* y *prueba por indicio* se puede consultar a Juan Igartua Salaverría, *INDICIO, DUDA RAZONABLE, PRUEBA CIENTÍFICA. Perspectivas sobre la prueba en el proceso penal*, (Valencia: Tirant lo blanch, 2021) p.43), y a Manuel Miranda Estrampes, “Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal”, *Aequitas* (2012). El sentido práctico de saber diferenciar la *prueba de indicio* de la *prueba por indicio* es que la primera hace referencia a la fuente de prueba o pruebas que corroboran un hecho base, es decir, del indicio de una presunción; mientras que la prueba por indicio es un método probatorio para corroborar hipótesis a partir de indicios (datos en concretos ya corroborados por diferentes pruebas), es decir, prueba por indicio o también llamada prueba indiciaria, que sería ya la presunción formalizada. En el caso de las diligencias de constatación de reconocimiento ocular de personas en sede judicial o policial, debido a su baja fiabilidad cognitiva, se cuestiona en el presente párrafo si dicho reconocimiento es fuente de prueba por sí sola para tener por demostrado un indicio; indicio consistente en determinar que la persona identificada participó o estuvo

por sí sola o si esa información (el acierto en el reconocimiento) debe corroborarse con otras probatorias para que pueda considerarse como prueba de indicio? Este es el objeto del presente texto.

## 1. Actos de investigación, diligencias de investigación y actos de prueba. Distinciones necesarias

Para efectos del presente texto, se considera necesario realizar las siguientes distinciones conceptuales; distinguir *actos y diligencias de investigación*, de los *actos de prueba* es fundamental para este trabajo. Al respecto, los actos y diligencias de investigación son llevados a cabo por la policía judicial en la etapa de investigación del proceso penal; la esencia de los actos y diligencias de investigación es averiguar los hechos denunciados e identificación del delincuente o de sus partícipes, por medio de la búsqueda de las fuentes de pruebas. Por su parte, los actos de prueba son los que se llevan a cabo respetando el principio general de la práctica de la prueba en el juicio oral <sup>8</sup>.

## 2. Reconocimiento ocular de personas. Generalidades

El Código Procesal Penal costarricense, para la identificación visual de personas sospechosas de cometer un delito o ser partícipe de él, dispone de los reconocimientos físicos de personas <sup>9</sup> y el

en el lugar del delito, esto con el objetivo de determinar si dicho indicio da pie para iniciar una investigación en contra de determinado o determinadas personas. Leerse pie de página 36.

<sup>8</sup> Manuel Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, (Barcelona: Bosch, 1997) p100. “Los actos de prueba se realizan en el acto del juicio oral”.

<sup>9</sup> Artículo 227 “Reconocimiento de personas. El Ministerio Público o el tribunal podrán ordenar, con comunicación

reconocimiento fotográfico de estas <sup>10</sup>.

Las *diligencias policiales* de identificación fotográfica sin sospechoso son actos de constatación utilizados por parte de la policía administrativa o judicial, para identificar al posible autor de un hecho delictivo. También existe la identificación en rueda, reconocimiento judicial, en el cual debe cumplirse el ritual establecido <sup>11</sup>. En ambos casos, se da la imputación de cometer un delito a una persona, en el caso del señalamiento positivo en una fotografía, se procederá a investigar a dicha persona, como se verá más adelante, no es recomendable someter a reconocimiento en rueda a un sospechoso que fue previamente reconocido por la víctima o testigo por medio de fotografía.

En términos generales, previo a entrar en concreto a conceptualizar los diferentes tipos de reconocimiento ocular de personas, es menester recordar que el artículo 13 del Código Procesal Penal costarricense establece la obligación de que la persona señalada de participar en un delito debe contar con defensa técnica, desde el primer acto o diligencia de investigación. Por ello, deviene que una imputación material de reconocimiento físico en sede administrativa o judicial sin presencia de defensor es violatorio de los derechos del sospechoso <sup>12</sup>, y es obligación el poder jurídico

previa a las partes, que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona efectivamente lo conoce o la visto”.

<sup>10</sup> Artículo 230 “Reconocimiento por fotografía. Cuando sea necesario reconocer a una persona que no esté presente ni pueda ser habida, su fotografía podrá exhibirse a quien deba efectuar el reconocimiento, junto con otras semejantes de distintas personas, observando en lo posible las reglas precedentes”.

<sup>11</sup> Ver artículo 228 del Código Procesal Penal.

<sup>12</sup> “...puede afirmarse que todo reconocimiento visual de un sospechoso o imputado-este o no detenido-debe hacerse con presencia de letrado”. Manuel Miranda Estrampes et al., *Identificaciones fotográficas y en rueda de*

ejercido por los jueces, ejercer ese límite al poder punitivo <sup>13</sup>.

## 4. Reconocimiento en rueda

### 4.1 ¿En qué consiste y qué es?

Consiste: “...en la observación directa, también a cargo del testigo de los hechos relaciones con el delito, de personas cuyas características físicas pueden coincidir con el sujeto que el testigo observó en el momento del acaecimiento de dichos hechos...” <sup>14</sup>. “...la presentación de una serie de individuos alineados contra la pared de una habitación, de entre las cuales el testigo tiene que identificar o escoger al presunto culpable” <sup>15</sup>. También el reconocimiento puede hacerlo la víctima. Hay que hacer hincapié en que los elegidos deben: “...ser adecuadamente elegidos después que el testigo hubiera descrito el

*reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014), p. 122.

<sup>13</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, (Bogotá: Ibañez 2015), p 23. Se aclara, no significa que la policía administrativa no pueda realizar diligencia alguna, ni ninguna detención de sospechosos, sino que las mismas deben ser realizadas con estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas. Es decir, que: “...se lleve a cabo con las necesarias garantías”. Perfecto Andrés Ibañez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. (Buenos Aires: Hammurabi: 2021), p 121. Si bien es cierto, en las identificaciones fotográficas sin sospechoso, pareciera innecesaria la presencia de defensor, en lo particular, se considera que dicha diligencia debería contar con la presencia de un defensor para que este controle la información suministrada por la policía a la víctima o testigos.

<sup>14</sup> Jordi Nieva Fenoll et al., *Identificaciones fotográficas y en ruedas de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014, página. 17). “La identificación en rueda es una prueba judicial de gran relevancia, pero también es una prueba de memoria, de ahí el interés de los psicólogos por estudiarlas”, Margarita Diges & Nieves Pérez-Mata et al., *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014), p. 33.

<sup>15</sup> Giuliana Mazzoni, *El testimonio y las trampas de la memoria* (Madrid: Trotta, 2010), p. 148.

tipo de persona que habría cometido el delito”<sup>16</sup>.

El reconocimiento en rueda es un medio de prueba tradicional utilizado para la identificación física de personas. Se indica como medio porque así lo dispone el derecho probatorio penal, al indicar que es un medio de prueba<sup>17</sup>, con lo cual este estudio no concuerda.

En lo personal, se considera que el reconocimiento en rueda es un acto de investigación

judicial<sup>18</sup> basado en la memoria<sup>19</sup>, acto que es definitivo e irrepitable, que debe llevarse a cabo respetando todas las garantías del proceso. La información probatoria (señalamiento positivo) que arroje el reconocimiento puede marcar los destinos de la investigación (no corroboraciones de hipótesis<sup>20</sup>). Al señalamiento positivo por parte de la víctima o testigo en un reconocimiento en rueda, advierte Perfecto Andrés Ibáñez, se le suele dar “burocráticamente, alto índice de fiabilidad”<sup>21</sup>.

Las ruedas de reconocimiento pueden dar varios resultados: que el autor o participe del delito, si está presente en la rueda de reconocimiento y es señalado por la víctima o testigo (acierto-rueda de autor presente), señale un cebo (fallo) o no señale a ninguno. Que el autor o participe que no está presente en la rueda de reconocimiento, y se señala a una persona inocente como sospechosa (fallo-rueda de autor ausente)<sup>22</sup>, no señale a

<sup>16</sup> Giuliana Mazzoni, *Psicología del Testimonio*, (Madrid: Marcial Pons, 2019), p. 58.

<sup>17</sup> Importante aclarar la diferenciación entre un medio de prueba, una fuente de prueba y actos de investigación, que no son lo mismo. Los actos de investigación llevados a cabo por la policía judicial o policial son esos actos de constatación que tienen como fin la búsqueda de fuentes de prueba que sirvan de respaldo para la acusación o para el sobreesimiento, según sea el caso. Las identificaciones oculares son actos y diligencias de investigación que se llevan cabo en la etapa de investigación del proceso penal costarricense, dicho reconocimiento debería entrar al acto de juicio por medio de la prueba testifical, y no por medio de la prueba documental, nótese con lo anterior que, en los actos de investigación, se buscan fuentes de pruebas para ser ingresados al juicio oral por los medios de pruebas que establece el Código Procesal Penal. La libertad probatoria es en cuanto a los medios que las partes pueden utilizar para ingresar las fuentes de pruebas, y que estas sirvan de sustento para la acusación, por ejemplo, la persona sería la fuente, el medio de prueba, la prueba testimonial y el elemento de prueba; lo que declare el testigo. Fuente, medio y elemento de prueba no son lo mismo. En cuanto a la definición de los actos de investigación, ver pie de página número 18. Se deja claro que dicho señalamiento positivo por la víctima o testigo no es suficiente, tampoco indispensable para la condena.

<sup>18</sup> Los actos de investigación son: “Son los diferentes actos, legalmente regulados por medio de los cuales el ente investigador a través de la policía judicial, o, la defensa y los demás intervinientes autorizados por la ley, obtienen las fuentes de prueba que les servirán de fundamento para adelantar la actividad probatoria en el juicio...”. Jesús Ignacio García Valencia y Juan Camilo García Valencia, *Manual De Pruebas Penales*, (Bogotá: Ibáñez, 2021), p. 191. Los actos de investigación se diferencian de los actos de prueba, en que los primeros sirven para preparar la acusación y los actos de prueba sirven para preparar la sentencia. Manuel Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, (Barcelona; Bosch, 1997).

<sup>19</sup> Helena Soletto, *Garantías y errores en la investigación penal*, (Valencia: Tirand lo Blach, 2016).

<sup>20</sup> Se hace la diferenciación, pues, cuando se investiga, se desconocen los resultados; mientras que, cuando se corroboran hipótesis, la información obtenida es seleccionada consciente e inconscientemente para confirmar la hipótesis previamente formulada.

<sup>21</sup> Perfecto Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2021) p 119.

<sup>22</sup> Margarita Diges y Nieves Pérez-Mata et al., *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 34 y 36.

El autor presente (el sospechoso es el autor del delito), autor

ninguno (rechazo correcto). Lo *ideal* es que, en la rueda de reconocimiento de autor presente, se identifique al autor o partícipe y en las ruedas de autor ausente no se señale a ninguno. Pero ¿cómo saber cuándo hay acierto y cuándo hay error en la identificación?, es decir, cuando se está en presencia de un reconocimiento en rueda de autor presente y una de autor ausente.

La exactitud de los reconocimientos, según los estudios de la psicología, es al alrededor de un 50 por 100<sup>23</sup>. Del 76 por 100 cuando se identifica a una persona que no es, es decir, se acusaría a una persona inocente<sup>24</sup>. Aunado a lo anterior, como lo señala Miquel PIJOAN: “...que la policía afirme que debemos identificar al presunto autor de esta; presupone que el mismo está ahí”<sup>25</sup>.

---

ausente (el sospechoso es inocente).

<sup>23</sup> “En resumen, la exactitud de los testigos, en las mejores condiciones parece estar alrededor de un 50 por 100, un dato que seguramente sobrevalora las posibilidades de testigos que vean a un agresor que aparece por sorpresa, en las condiciones de visibilidad, muchas veces con niveles elevados de estrés, y que van a reconocer son intervalos de demora superiores a los de los estudios contralados... Las conclusiones sobre la validez de esta prueba de memoria son desalentadoras”, Margarita Diges & Nieves Pérez-Mata et al *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 7). En Victor de Paula Ramos, *La Prueba Testifical* (Madrid: Marcial Pons, 2019), p. 102, se puede observar las estadísticas de condenas erróneas, por motivo de identificaciones testificales equivocadas y revertidas por medio de pruebas ADN.

<sup>24</sup> Miquel Juliá Pijoan, *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*. (Madrid: Marcial Pons, 2020), p.356. El señalamiento positivo por parte de la víctima o del testigo como único dato protaborio no es suficiente, tampoco indispensable para desvirtuar la presunción de inocencia, además, el hecho de que a una persona se le acuse penalmente, no quiere decir que la vayan a condenar, acusar y condenar, no es lo mismo. Por lo que debería evitarse acusar a una persona de cometer un delito, únicamente con el señalamiento positivo por parte de la víctima o testigo.

<sup>25</sup> Miquel Juliá Pijoan, *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*. (Madrid: Marcial Pons, 2020), p.356. En el mismo sentido, MAZZONI: “Es un

La prueba de memoria del reconocimiento en rueda *pareciera* no tener una validez psicológica-cognitiva sólida. Si eso es así, ¿por qué se persiste en continuar con la práctica de estos medios de prueba? ¿Por qué los juristas se sienten tan cómodos en las parcelas de lo jurídico? ¿Como juristas se tiene la obligación de salir de las parcelas de conocimiento y explorar nuevos horizontes? Se concuerda con Laura MERKEL, en el entendido de que no solo los jueces, sino también todos los demás operadores jurídicos, deberían tener conocimientos básicos de psicología forense<sup>26</sup>.

#### 4.2 Aspectos cognoscitivos del reconocimiento en rueda

Para psicología del testimonio<sup>27</sup>, que es la psicología de la memoria aplicada a las declaraciones de los testigos o víctimas, la identificación visual de personas *es una prueba de memoria*. Se deposita mucha fe en la

---

método que conduce con facilidad a reconocimientos errados por una serie de motivos, entre ellos el que se dé como implícito que el culpable se halla entre los cinco o seis individuos presentados” Giuliana Mazzoni, *El testimonio y las trampas de la memoria* (Madrid: Trotta, 2010), p. 149 “Nadie se presenta como posible que la policía le convoque para realizar un reconocimiento y que entre las alternativas no este el presunto autor y ello altera su realidad: no busca al presunto autor, más bien al que se parezca más” Ibidem. En el mismo sentido, Perfecto Andrés Ibañez: “Hoy se sabe que, en general, los testigos operan con el presupuesto de que el recurso a la rueda de identificación, si se produce, es porque se ha enontrado al culpable”. Perfecto Andrés Ibañez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2021) p 122.

<sup>26</sup> Laura Merkel, *Derechos humanos e investigaciones policiales: Una tensión constante*, (Madrid: Marcial Pons, 2022) p. 156.

<sup>27</sup> “Esta disciplina representa la aplicación de la investigación psicológica al ámbito del testimonio...” (Mazzoni, *Psicología del Testimonio*, 2019, página. 18). También puede ver la definición de psicología del testimonio en Margarita Diges & Nieve Pérez-Mata, et al, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014), p. 34).

memoria<sup>28</sup>, y el reflejo de ello es que, a pesar de los resultados de las investigaciones de la psicología del testimonio, que hacen hincapié en el alto grado de falibilidad de esta prueba, no se haya bajado de ese pedestal, donde inclusive en la practicidad algunos juristas la invocan como la “prueba reina”<sup>29</sup>.

Los resultados de las investigaciones de la psicología del testimonio sugieren que, una vez realizado el reconocimiento fotográfico, se evite hacer el reconocimiento en rueda. Esto para evitar el efecto compromiso, efecto consistente en que el testigo o víctima va a acudir al reconocimiento en rueda a reconocer a la persona que vio en la fotografía<sup>30</sup>.

La Sala de Casación Penal, en resolución N.º 220-2012, indicó lo siguiente:

“El hecho de que los testigos que van a participar en el reconocimiento físico en rueda de personas, conozcan o hayan observado fotografías de la persona a identificar, ya sea en imágenes publicadas en los medios de comunicación colectiva o participado en reconocimientos fotográficos, no descalifica o

<sup>28</sup> Giuliana Mazzoni, *El testimonio y las trampas de la memoria* (Madrid: Trotta, 2010), p. 67.

<sup>29</sup> Para los abogados litigantes que a diario asisten a los juzgados a ejercer la abogacía, es usual escuchar el argumento de que la prueba testimonial es la “prueba reina” del proceso judicial, porque es prueba directa de los hechos a probar, lo anterior, alimentados por una concepción persuasiva de la prueba, que percibe la inmediación no como medio, sino como método de valoración de la prueba.

<sup>30</sup> Margarita Diges & Nieves Pérez-Mata, et al, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014), p. 62”. En el trabajo ya clásico de GORENSTEIN y ELLWORTH (1980), se muestra cómo el 44 por 100 de los que habían elegido incorrectamente una foto en el álbum volvían a equivocarse en la rueda señalando a la misma persona, mientras que solamente el 22 por 100 cambian ahora y señalaban correctamente a la mujer buscada”. Ibidem.

invalida per se el reconocimiento en rueda de personas; esa circunstancia obliga únicamente a que la ponderación de esas probanzas, sea más cuidadosa y estricta por parte del tribunal de juicio”. (Sala de Casación Penal, Voto 220,2012)

Lo que se trata de evitar con esta clase de procedimientos de identificación fotográfica y luego física es la *contaminación cognitiva*. No es recomendable que, posterior al reconocimiento fotográfico, se realice la rueda de reconocimiento, pues la memoria puede estar sesgada<sup>31</sup>.

Entonces, ¿es fiable<sup>32</sup> el reconocimiento realizado por un testigo o víctima, después de realizar una identificación por fotografía? ¿La memoria es exacta? ¿Graba a modo de video cámara la realidad? Si no es así, por qué se les deposita tanta fe a las declaraciones de las personas en el proceso judicial.

Para que un testimonio sea fiable, depende de la exactitud de la memoria y esta última depende del nivel de conciencia del individuo en el suceso, el cual es llamado a identificar en rueda física a una persona. Pero la memoria no es exacta, lo dice la psicología de la memoria que advierte sobre ello en múltiples estudios<sup>33</sup>. No

<sup>31</sup> Jordi Nieva Fenoll, et al, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014), p.28.

<sup>32</sup> “En síntesis, de un testimonio debe valorarse su fiabilidad, es decir, su idoneidad para producir creencias verdaderas y justificadas”. Giovanni Tuzet, *Filosofía de la prueba jurídica*, (Madrid: Marcial Pons, 2021), p. 194. Por tanto, el testimonio sería verdadero y justificado, si el relato corresponde a los sucesos acontecidos, es el caso de las identificaciones, si la persona señalada en las fotografías o en ruedas es la persona que cometió el delito.

<sup>33</sup> Vicor de Paula Ramos, *La prueba testifical*, (Madrid: Marcial Pons, 2019). Margarita Diges y Nieves Pérez-Mata, et al, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, (Madrid: Marcial Pons, 2014). Giuliana Mazzoni, *El testimonio y las trampas de la memoria* (Madrid: Trotta, 2010).

se está diciendo con ello que hay que erradicar el testimonio y las identificaciones oculares, sino que se debe tomar en cuenta en la práctica diaria las recomendaciones y sugerencias de la psicología.

Tal vez sea por tradición o por el distanciamiento entre el derecho y otros conocimientos no jurídicos. Los juristas se sienten cómodos en sus parcelas de conocimiento y, a veces, por el temor de ser calificados como conspiradores, no se atreven a salir del círculo del conocimiento jurídico, y aventurarse a investigar otros conocimientos que pueden ayudar en las actividades del operador jurídico.

## 5 Reconocimiento fotográfico, diligencia policial, exhibición de fotografías sin sospechoso

### 5.1 ¿En qué consiste y qué es?

Consiste en: "...mostrar a la persona testigo o víctima de un delito, una serie de estas fotografías para comprobar si reconoce alguna o algunas de las personas que vio en la escena del crimen".<sup>34</sup> Esta diferenciación es esencial para abordar los reconocimientos en rueda y fotográficos de personas, lo ideal es que el reconocimiento fotográfico sea llevado a cabo sin sospechoso conocido.

Según la doctrina, los reconocimientos fotográficos deberían realizarse en los siguientes supuestos: "a) Cuando no exista un sospechoso de la comisión de un hecho delictivo; b) Cuando no pueda llevarse a cabo una identificación en rueda; c) Cuando el sospechoso se niegue a someterse a una identificación en rueda"<sup>35</sup>. Es importante

<sup>34</sup> Jordi Nieva Fenoll, et al, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento* (Madrid: Marcial Pons, 2014), p. 17.

<sup>35</sup> Manuel Miranda Estrampes, et al, *Identificaciones*

mencionar que, al tenor de lo estipulado en el artículo 228 del Código Procesal Penal de Costa Rica, el reconocimiento en rueda procederá aun sin el consentimiento del imputado.

## 6 Cautelas en la valoración de los reconocimientos oculares

Los reconocimientos oculares arrojan información (aciertos, por ejemplo), datos que podrían ser o no considerados como prueba de indicios<sup>36</sup>. ¿Es conveniente admitir esa información para realizar inferencias probatorias? O, una vez admitida esa información, debe ser desatendida y no introducida en las conclusiones probatorias por su baja fiabilidad cognitiva.

Es conveniente definir que se considera como máximas de experiencia, esto con la intención de determinar si los resultados empíricos de la psicología del testimonio se pueden tomar como máximas de experiencias, y, por ende, ser utilizadas en la valoración de las pruebas oculares.

### 6.1 Máximas de experiencias

Las máximas de experiencias son: "... enunciados facticos generales y condicionales"<sup>37</sup>. Por eso se conocen también como *generalizaciones* fotográficas y en rueda de reconocimiento, (Madrid: Marcial Pons, 2014), p. 150.

<sup>36</sup> Se considera a los indicios como datos concretos (fácticos) respaldados por elementos de prueba sólidos, mientras a las sospechas, como bien lo señala Ubertis, como procedimientos intuitivos del órgano actuante. Giulio Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, (Madrid: Trotta, 2017). "El indicio no es más que el hecho base de una presunción y la prueba indiciaria es la presunción formada en un proceso penal" Manuel Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, (Barcelona: Bosch, 1997). p. 226.

<sup>37</sup> Alan Limardo, "Repensando las máximas de experiencias", *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n° 2(2021): p115-153. DOI:10.33115/udg\_bib/qf.i2.22464.

*empíricas.*

## 6.2 ¿Cuál es la función de las máximas de experiencias en la valoración de la prueba?

Las generalidades empíricas<sup>38</sup> sirven para valorar la prueba: “...es decir, para la tarea de avanzar a conclusiones fácticas a partir de cierta evidencia con la que contamos dentro de un proceso judicial”<sup>39</sup>.

Los resultados de las investigaciones de la psicología del testimonio, que indican el alto grado de falibilidad de las identificaciones oculares, pueden constituirse como generalizaciones empíricas con raíz científica, para su uso en la valoración del dato probatorio obtenido mediante la práctica de dicho medio de prueba.

La psicología del testimonio informa que la exactitud de los reconocimientos visuales de personas, en fotografías y en ruedas, es de un 50 por 100. Por lo que se podría concluir, entonces, como generalización empírica con raíz científica, que un 50 por 100 de los reconocimientos visuales de identidad son erróneos. Información de muy baja calidad, insuficiente por sí sola para considerarse como prueba de indicio.

## 7 Conclusiones

La información obtenida mediante la identificación ocular en rueda o fotográfica, de conformidad con lo planteado, como único dato probatorio de cargo, podría alcanzar, en caso de que la víctima o testigo reconozca al presunto responsable, para establecer simples sospechas; mas no para corroborar la autoría o participación.

<sup>38</sup> Máximas de experiencia

<sup>39</sup> Alan Limardo, “Repensando las máximas de experiencias”, *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n° 2(2021): p115-153. DOI:10.33115/udg\_bib/qf.i2.22464.

Por ello, el acierto en un reconocimiento en rueda o fotográfico, como único dato probatorio, no alcanza para autorizar un allanamiento de morada, por ejemplo. En general, no debería alcanzar para ninguna medida limitativa de derechos fundamentales, ya que, para restringir o limitar derechos fundamentales, necesariamente, debe contarse con indicios<sup>40</sup> y no sospechas, pues los indicios permiten realizar inferencias probatorias válidas para corroborar el hecho imputado y que la persona sospechosa participó en él.

Lo anterior porque la información obtenida de la identificación fotográfica o en rueda, en caso de los aciertos, no alcanza por sí sola como único dato probatorio para considerarla como prueba de indicio<sup>41</sup>, por eso se considera que tal vez alcance para satisfacer el estándar probatorio de la sospecha simple, porque, para satisfacer este estándar, se necesita de la intuición, qué más intuición que una información que podría tener un 50 por 100 de exactitud<sup>42</sup>.

No se podría corroborar imputación alguna (formal o material), únicamente con el dato del acierto de la identificación ocular por parte de la víctimas o testigos. Por ello, la identificación visual de personas puede servir a los investigadores judiciales para iniciar una investigación, no para darla por terminada, cuando sea este dato y el testimonio del testigo/víctima con lo único que se cuente; es decir, dicha declaración del reconocimiento en el caso del acierto no constituye

<sup>40</sup> Intervención indiciaria. Pablo Talavera Elguera, *La búsqueda de las fuentes de prueba y restricción de derechos fundamentales* (Lima: Pacífico editores, 2021).

<sup>41</sup> Se aclara que, por sí solo, dicho señalamiento positivo en las identificaciones fotográficas o en rueda no es suficiente para considerarla como prueba de indicio. Si bien es cierto, el juez está libre de ataduras legales para valorar la prueba en el sistema procesal penal costarricense, es menester señalar que dicho juez está sujeto a criterios racionales, criterios racionales sustentados en la fiabilidad, no en credibilidad de la prueba.

<sup>42</sup> Es como tirar la moneda al aire.

prueba de indicio, no alcanza por sí sola para la construcción de un indicio de cargo. El acierto en la identificación ocular de personas alcanza si acaso para señalar a una o varias personas como *simples* sospechosas de participar en un hecho delictivo.

### Bibliografía

Víctor de Paula Ramos, *La Prueba Testifical*. Traducido por Laura Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Jesús Ignacio García Valencia y Juan Camilo García Valencia. *MANUAL DE PRUEBAS PENALES*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.

Juan Igartua Salaverría, *INDICIOS, DUDA RAZONABLE, PRUEBA CIENTÍFICA*. Valencia: Tirand lo Blanch, 2021.

Miquel Juliá Pijoan, *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

Alan Limardo *Repensando las máximas de experiencia. Quaestio facti*, 2020: 115-153.

Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal: parte general: sujetos procesales*. Buenos aires: Editores del Puerto s.r.l, 2011.

Margarita Diges, Carmen García Martínez, Manuel Miranda Estrampes, Jordi Nieva Fenoll, Jorge Obach Martínez, Nieves Pérez – Mata, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

Giuliana Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo?* Traducido por José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010.

Giuliana Mazzoni, *Psicología del Testimonio*.

Traducido por Amparo Moreno. Madrid: Trotta, 2019.

Laura Merkel, *Derechos humanos e investigaciones policiales*. Madrid: Marcial Pons, 2022.

Manuel Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

Manuel Miranda Estrampes, *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal*. *Aequitas*, 2012.

Helena Soletto, *Garantías y errores en la investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2016.

Pablo Talavera Elguera, *LA BUSQUEDA DE LAS FUENTES DE PRUEBA Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES*. Lima: Pacífico Editores S.A.C, 2021.

Perfecto Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.

Giovanni Tuzet, *Filosofía de la prueba jurídica*. Traducido por Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021.

Giulio Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2017.

Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

### Resoluciones judiciales

Voto 220 (Sala de Casación Penal, 17 de febrero de 2012).



## Código de Ética y Derecho de Retención

*Fernando MONTERO PIÑA*

### Resumen

El derecho de retención como garantía no convencional debe cumplir con algunos requisitos legales, los cuales son: a) Tenencia de una cosa, de buena fe; b) Un crédito a favor del tenedor y a cargo de quien reclama la restitución de la cosa; c) Conexión entre el crédito y la cosa y d) Que dicha cosa no hubiese tenido que ser entregada antes de que el crédito sea exigible. La posibilidad de ejercer el derecho de retención nace del principio de garantía universal del patrimonio y se aplica, entre otros casos, cuando no se le pagan al acreedor trabajos realizados sobre una cosa mueble. Por su parte, el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho contiene la norma 47 que puede resultar ilegal, pues hace que se dejen sin contenido los principios y fundamentos de la figura comentada, al apartarse de ellos, lo que resulta improcedente, porque la promulgación de un reglamento no tiene la potestad de desatender y desplazar las elaboraciones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales que tanto han evolucionado desde el Derecho romano.

### Abstract:

The right to retention as unconventional security must comply with some legal requirements, which are the following: a) Possession of a thing, in good faith. (b) A claim in favour of the holder and borne by the person claiming restitution of the thing. (c) Connection between the receivable and the thing. d) That said thing would not have to be delivered before the credit is due. The possibility of exercising the right to retention arises from the principle of the universal guarantee of the patrimony, and it is applied, among other cases, when the creditor is not paid for work done on a movable thing. The Code of Legal, Moral and Ethical Duties of the Professional in Law contains Rule 47, which may be illegal, because in my opinion, it leaves the principles and foundations of the commented figure without content by departing from them, which is inappropriate, because the promulgation of a regulation does not have the power to disregard and displace the normative, doctrinal, and jurisprudential elaborations that have evolved so much since the Roman Law.

El derecho de retención, según Rogina: "Es un recurso creado por la ley para garantizar al acreedor, de un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de su deudor, conservando determinadas cosas que obran en su poder y que están relacionadas con dichas obligaciones". Rafael Rogina Villegas. Derecho de Obligaciones. Pág. 128.

Además, según Diez y Gullón, es: "La facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega". Luis Diez Picaso y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Volumen H. Pág. 86.

Por su parte, Luis Leiva Fernández lo conceptúa: "El derecho de retención es el derecho de rehusar la entrega de una cosa que poseemos por otro, hasta ser pagados por aquél a quien la cosa pertenece o le es debida, de una obligación de que nos es deudor, por razón de esa misma cosa". Derecho de Retención. Pág. 6.

Se tiene, entonces, que constituye una garantía no convencional de cumplimiento de las obligaciones, por la cual la ley autoriza al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción para el pago de una obligación jurídica, pero en condición de retentor, no como propietario. Dicho en otras palabras, ocurre cuando una persona que posee o detenta una cosa ajena, que debe devolver, la ley lo autoriza para no reintegrarla, hasta que el propietario le pague lo que le debe, con ocasión a esa misma cosa.

El crédito del que retiene la cosa tiene diversos orígenes, como gastos hechos en la cosa, perjuicios que su tenencia cause, desarrollo de alguna actividad intelectual u objetiva, prestación de servicios, entre otros, en favor del propietario

del bien. Además, los requisitos que deben darse para que proceda el ejercicio del derecho de retención son: a) Tenencia de una cosa, de buena fe; b) Un crédito a favor del tenedor y a cargo de quien reclama la restitución de la cosa; c) Conexión entre el crédito y la cosa y d) Que dicha cosa no hubiese tenido que ser entregada antes de que el crédito sea exigible.

En el Derecho civil costarricense, la posibilidad, en general, de ejercer el derecho de retención se encuentra en los artículos: 981 que contiene el principio de garantía universal del patrimonio; el 993 inciso 4, que se refiere a los créditos con privilegio; el 1195 que se refiere a trabajos realizados sobre cosa mueble, que dan la pauta para que los acreedores ejerzan ese derecho.

Uno de los temas que más se discute en la doctrina es si el derecho de retención es real o personal, porque naciendo de una relación patrimonial en la que no se ha establecido una garantía real, surge, sin embargo, con posterioridad, un derecho de efectos reales. Se ha definido que se trata de un derecho personal, con efectos reales particulares y limitados.

El derecho de retención se puede oponer únicamente al propietario de la cosa que se retiene, no a terceros y menos cuando estos terceros son verdaderos titulares de un derecho real, porque este tipo de retención no otorga ninguno de los derechos que son propios de las garantías reales; a saber, el derecho de persecución, que hace posible hacerse pago con el valor del bien, sin importar quién sea el poseedor. También el acreedor tiene la posibilidad de rematarlo, es decir, lo faculta para pedir la venta judicial del bien retenido, para pagarse el adeudo, previo agotamiento de los procedimientos establecidos para ello.

Otro punto de discusión en la doctrina ha sido el de si se trata de un derecho fundado únicamente en la ley o si puede tener origen contractual. La

doctrina predominante tiende a verle como un derecho cuya única fuente es la ley y que no admite creación contractual, porque, aun cuando se acepta que no se trate de un verdadero derecho real, tiene consecuencias que eventualmente podrán perjudicar a terceros, por lo que tratándose de una excepción a la regla general de igualdad entre acreedores, cuando no existe garantía real, solamente cabe ser establecida por el legislador.

La estructura legal costarricense es deficiente con respecto a esta institución, pues el legislador no dispuso de manera orgánica un tratamiento para esta garantía legal. Además, no existe en el ordenamiento jurídico costarricense ninguna norma que regule en sus fundamentos específicos básicos este derecho, sino que aparece disperso en normas particulares, las cuales conceden al acreedor el derecho de retener la cosa que, en principio, debería entregar por no ser de su propiedad.

Se cuenta con disposiciones sobre el particular; una de ellas se relaciona con el derecho de los hoteleros y fondistas, sobre los objetos y efectos de huéspedes o viajeros que no paguen el hospedaje. Otra se refiere al poseedor de buena fe al que se le reivindique un bien inmueble, cuando no se le pague por parte del reivindicador el precio de las mejoras necesarias y útiles a que tenga derecho. De igual manera, el usufructuario puede retener la cosa hasta que le sean pagados los gastos en que ha incurrido, como el pago de impuestos territoriales. También el propietario puede retener bienes del arrendatario cuando no le ha hecho pago de las rentas vencidas. Los porteadores, sobre los bienes que hayan transportado, si no se les ha cancelado el flete respectivo y los gastos de la conservación.

La norma más aplicada en la práctica, por referirse a trabajos ejecutados en bienes muebles, se trata del artículo 1195, que se da en las reparaciones de vehículos, artículos

electrodomésticos y otros; ya que, en estos casos, el que repara el bien tiene derecho de retenerlo, hasta tanto no se le pague el trabajo efectuado sobre el bien.

En el contrato de mandato, el mandatario puede retener los objetos que se le hayan entregado por parte de su mandante, para responder a las prestaciones que se le adeudan, como honorarios cuando es oneroso. También respecto al depósito convencional o judicial, donde el depositario retiene la cosa depositada para que el depositante le pague los honorarios y gastos. En materia mercantil, entre otros, se encuentra el derecho del comisionista, por cuenta del reembolso de las anticipaciones, gastos y derechos de comisión. También el porteador, por el precio del transporte, cuando no se haya percibido el cobro por adelantado, por los gastos hechos durante la conducción. De igual manera, el capitán de un barco, para cobrar el precio del pasaje y gastos de alimentación de los pasajeros, así como en caso de naufragio, por los gastos de salvamento a favor de quienes lo hayan efectuado y contra los dueños de las cosas.

El privilegio del retentor consiste en que, una vez que el acreedor tiene en su poder el bien en virtud del derecho de retención, este tiene prevalencia en relación con aquellos acreedores que reclamen el bien retenido por otro crédito; por lo que ellos no podrán despojarlo de la tenencia del bien, excepto en los casos en que tengan a su favor una garantía específica convencional o legal anterior sobre la cosa. Tal es el caso de un gravamen prendario o cuando el acreedor lo es por el no pago del saldo del precio por la compra del bien.

Hay muchos otros comentarios que se pueden hacer de esta institución, pero estos son suficientes, para demostrar que el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho contiene una norma que

puede resultar ilegal, porque hace que se dejen sin contenido los principios y fundamentos de la figura comentada, al apartarse de ellos. Lo que resulta improcedente, porque la promulgación de un reglamento no tiene la potestad de desatender y desplazar las elaboraciones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales que tanto han evolucionado desde el Derecho romano.

De acuerdo con el artículo 47: “El abogado y la abogada deberán emplear el más celoso cuidado con los bienes y documentos bajo su custodia, en razón de su ejercicio profesional... No deberán ejercer en forma ilegítima o injustificada el derecho de retención sobre bienes, dinero o documentos de sus clientes para el cobro de sus honorarios”.

Hay dos formas de interpretar esta disposición. En cualquiera de ellas, resulta ilógica, irracional e ilegítima tal regulación:

Si lo que se pretende es indicarle al agremiado que no debe retener bienes para obligar al deudor a que se le pague una deuda por honorarios, cuando esa conducta es contraria a derecho (ilegítima o injustificada), no tiene ningún sentido y deviene en improcedente; porque si el derecho de retención se ejerce indebidamente, sin que concurren los requisitos para que proceda, es decir: a) Cuando se tenga la cosa de mala fe; b) Cuando el cliente no deba ninguna suma por honorarios; c) Cuando la cosa y el crédito no tengan ninguna relación y d) Cuando la cosa se hubiese tenido que entregar antes de la exigibilidad de la deuda. En esos casos, incurre en el delito de retención indebida.

Consecuentemente, no debe regularse en un estatuto de esta naturaleza, la prohibición al agremiado del abuso de un derecho. Es similar a indicar que, si la persona es denunciada por un cliente, no se debe interponer la excepción de prescripción, si el plazo de dos años no se ha cumplido. Es equivalente a recomendar que no

oponga la defensa de compensación, si no se dan los requisitos estipulados por el ordenamiento civil.

Si lo que se pretende con esa norma es impedir, del todo, que se ejerza el derecho de retención cuando no se pagan los honorarios, puede resultar aún más ilógica, irregular y violatoria; pues, si se dan los presupuestos de legitimidad y justificación, no es viable tal prohibición, ya que se hace una diferencia del derecho de retención, respecto del que tiene cualquier otra persona cuando se dan los presupuestos. No puede haber tratamiento diferenciado de una potestad, sin una pauta legislativa, es decir, el reglamento no puede conferirse esa posibilidad.

El problema puede presentarse cuando, por ejemplo, tenga en su poder documentos o cosas que ha utilizado para realizar un trabajo profesional y el cliente no quiera pagar los honorarios. Se tiene derecho a ejercer la retención protegidos por la ley, pero lamentablemente ese reglamento desampara, y en caso de que el cliente renuente presente la denuncia ante el Colegio, por no devolverle sus cosas, se tendría obligatoriamente que discutir ante la Fiscalía, una situación que parece que es indiscutible. Por ello, se haría bien en derogar esa disposición, salvo que alguna opinión de colegas argumente lo contrario y justifique su utilidad, su procedencia y su eficacia.

#### **Bibliografía:**

- Rafael Rogina Villegas. Derecho de Obligaciones.  
Luis Diez Picaso y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil.  
Luis Leiva Fernández. Derecho de Retención.  
Código Civil de Costa Rica  
Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho,



## Esponsales en el Derecho argentino y en Costa Rica

*Por Keila Verónica NAZAR<sup>1</sup>*

**Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo: 1. Orígenes, 2. Matrimonio, 3. Esponsales en Argentina, 4. Esponsales en Costa Rica. III. Conclusión**

**Summary: I. Introduction. II. Body: 1. Origins, 2. Marriage, 3. Betrothal in Argentina, 4. Betrothal in Costa Rica. III. Conclusion**

---

### Resumen

En la actualidad, es evidente que las familias, su organización y muchos de sus conceptos han ido cambiando; especialmente en la última década. El mundo está experimentando un cambio de paradigma y esto se ve reflejado en las leyes. Por lo que, quienes desempeñan funciones vinculadas a la justicia esperan o tratan de que siempre, o al menos en la mayoría de los casos, sea favorable y con el propósito de adquirir derechos.

En cuanto al Derecho de Familia, se analiza una figura que no es de gran conocimiento social ni desarrollo en los planes de estudio, pero que aun así existe y se desarrolla en esta investigación: los esponsales, aquella promesa de contraer matrimonio. ¿Por qué continúa hoy mencionada en las legislaciones? ¿Cuál ha sido su aplicación desde sus orígenes hasta la actualidad? Estas son algunas de las preguntas que se responden en este artículo.

### Abstract

Nowadays, families, their organization, and their concepts have been changing, especially during the last decade. The world is going through a paradigm shift that is reflected in laws; those of us who perform functions related to justice always try or seek, at least in most cases, for it to be favorable with the purpose of acquiring rights.

Regarding family law, we are going to analyze a legal concept that is not widely known or that there is not enough research about it; however, it exists, and it is the primary topic of this investigation: the betrothal, the promise that a marriage will take place. Why is it still mentioned in today's legislations? How has its application been from its origins to the present? These are some of the inquiries that will be answered in this article.

---

<sup>1</sup> Abogada distinguida con Medalla de Oro. Martillera y corredora pública. Docente en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.).

## Palabras clave

Derecho de Familia, esponsales, matrimonio, Argentina, Costa Rica.

## Keywords

Family Law, Betrothal, Marriage, Argentina, and Costa Rica.

---

## I. Introducción

Antes de analizar el funcionamiento de una figura prevista en el ordenamiento jurídico con el nombre de *esponsales*, se debe definir y entender su significado. Esponsales refiere a la promesa entre dos personas de contraer matrimonio en el futuro. Muchas definiciones clásicas agregaban que esta promesa se realizaba entre un hombre y una mujer; cuestión que actualmente queda superada y no sería del todo acertada al corresponder solo a una de las uniones reconocidas hoy. Tanto en Argentina como en Costa Rica, se ha legislado y cobró fuerza de ley el matrimonio igualitario; siendo en el caso de Argentina una ley que data del año 2010, mientras que en Costa Rica ha sido una novedad de muy reciente incorporación en su legislación, desde el año 2020. Fue el primer país centroamericano en reconocerlo.

El objeto del presente artículo es definir y analizar el origen y desarrollo de los esponsales. Luego, proceder con un análisis de la regulación de esta figura jurídica en el derecho argentino y costarricense; incluyendo jurisprudencia. Se adelanta que no han sido muchos los casos de reclamos judiciales en ninguna de las legislaciones mencionadas.

## II. Desarrollo

### 1. Orígenes

Desde la etimología del término, esponsales proviene del verbo latino *spondere*, cuya

traducción es “prometer”; también deriva del término *sponsus* (el que promete) y *sponsa* (la novia que promete). Así se observa que es un instituto heredado del Derecho romano, que recibía un tratamiento diferente al actual: Florentino definía a las promesas de matrimonio romano como aquella petición de futuras nupcias realizada mediante esponsiones o acuerdos recíprocos. Tras dichos esponsales que servían de garantía, el marido y la mujer pasaban a denominarse esposo y esposa. Siendo aquellos novios que mediante las estipulaciones mutuas llegaban a contraer matrimonio.<sup>2</sup>

Ulpiano, por su parte, explicaba que: “era costumbre de los antepasados asegurar el matrimonio mediante los esponsales. Estas promesas o estipulaciones mutuas entre el esposo y la esposa se conformaban como una institución jurídica que garantizaba que en un futuro próximo ambos iban a contraer la unión marital”<sup>3</sup>. Tal la importancia de la promesa y el matrimonio propiamente dicho, que al matrimonio lo definían como *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens* (nupcias o matrimonio como la unión del varón y de la mujer, que

---

<sup>2</sup> Muñoz Catalán, Elisa. (2011). “Crisis en las promesas de matrimonio: del vínculo jurídico de los esponsales romanos a la carta de arras desde la España altomedieval”. Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos.

<sup>3</sup> Muñoz Catalán, Elisa. (2011). “Crisis en las promesas de matrimonio: del vínculo jurídico de los esponsales romanos a la carta de arras desde la España altomedieval”. Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos.

comprende el comercio indivisible de la vida)<sup>4</sup>, viéndolo incluso por lo que se puede analizar, como una perpetuidad.

En cuanto al origen y función primaria de los esponsales<sup>5</sup>, se encuentran diferentes acepciones. Incluso en la propia Roma. Depende del momento histórico, como se indica a continuación:

α “En el derecho romano más antiguo solo se producían entre los *paterfamilias* mediante estipulaciones mutuas o *sponsiones*, pudiéndose exigir su cumplimiento, traducido en la celebración del matrimonio por medio de la conocida *actio ex sponsu*”. Como se observa, no lo celebraban directamente los futuros esposos, sino mediante los *paterfamilias*; y, posteriormente, “entre el novio y el pater de la novia”.<sup>6</sup>

α *A posteriori*, en el “derecho romano clásico, las promesas verbales de matrimonio perdieron ese carácter formal y solemne anterior”. Bastaba contar con: “el mero consentimiento de las partes que iban a celebrar las promesas de futuro matrimonio”; que este consentimiento: “(elemento subjetivo o intencional de los esponsales), se manifestara a través de un convenio o acuerdo no formal”. Además, como generalidad: “se requería

<sup>4</sup> Álvarez, Mirta y Sconda, Mariana. (2011). “El matrimonio romano: definición elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales”. Biblioteca Jurídica Digital, Boletín Oficial del Estado, España.

<sup>5</sup> Muñoz Catalán, Elisa. (2011). “Crisis en las promesas de matrimonio: del vínculo jurídico de los esponsales romanos a la carta de arras desde la España altomedieval”. Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos.

<sup>6</sup> Muñoz Catalán, Elisa. (2011). “Crisis en las promesas de matrimonio: del vínculo jurídico de los esponsales romanos a la carta de arras desde la España altomedieval”. Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos.

la presencia de testigos para dar fe del acuerdo y se redactaba un documento probatorio de dicha celebración. En cuanto a la capacidad, los esponsales podían realizarse incluso antes de la pubertad, y a la mujer viuda no se le obligaba a respetar el *tempus lugendi*” (tiempo de luto) para contraerlos. Luego de mencionar brevemente algunas de sus características, se ve el cambio de la etapa más antigua y solemne hacia los esponsales clásicos y se encuentra otra diferencia sustancial: en estos últimos, en caso de incumplimiento, la única sanción prevista era de carácter pecuniario, sin existir acción alguna para exigir el cumplimiento de la promesa, pudiendo realizar su ruptura en cualquier momento. Así se observa que, durante la etapa clásica, los esponsales tuvieron un carácter más social que de exigencia jurídica.

α Finalmente, en el derecho postclásico y con la gran influencia de las ideas cristianas, se introdujo un significado y función más rígido a la figura. Así, surgieron los efectos personales y patrimoniales, como las arras esponsalicias que recíprocamente intercambiaban *sponsa* y *sponsus*. En caso de incumplimiento sin causa, la parte incumplidora debía devolverlas por el cuádruple de su valor; sumado a ello, el novio debía hacer regalos a la novia, que dependían directamente de la celebración del matrimonio. Y, en caso de que no se celebrase, debía devolver dichos regalos u ofrendas.

α La etapa de Justiniano merece una consideración aparte. Era tala importancia y consideración de los esponsales, que prácticamente se equiparaba la promesa al matrimonio mismo, produciendo efectos legales, tales como el deber de

fidelidad y honestidad de la *sponsa* y el derecho del *sponsus* a ejercer la acción por injurias; la prohibición de contraer otra promesa de futuro matrimonio, salvo infamia, y la afinidad entre los parientes de ambos prometidos, conformándose como impedimento para la unión marital.

Continuando con la referencia a sus orígenes, en el Derecho germánico antiguo, la figura tuvo sus propios caracteres, donde el matrimonio era considerado la compra de la mujer y estaba dividido en dos etapas. La primera etapa referente al contrato de compra, este acto recibe el nombre de esponsales. La segunda etapa de tradición o entrega de la novia. Se observan mediante sus dos etapas la fuerza de exigencia y cumplimiento.

Por último, en el Derecho canónico, se distinguía entre esponsales de presente y esponsales de futuro. Los de presente generaban ya el consentimiento matrimonial, mientras que los de futuro producían la obligación de contraerlo en el futuro, solo si los prometidos tenían relaciones sexuales a *posteriori* de los esponsales, lo cual perfeccionaba el acto. En estos esponsales, no se podía exigir la celebración del matrimonio, si no se prestaba consentimiento libre, sin perjuicio de la existencia de sanciones de carácter eclesiástico.<sup>7</sup>

## 2. Matrimonio

Si se desarrolla la figura de los esponsales, resulta necesario también conceptualizar al matrimonio en sí mismo. Y despierta un interés particular: ver que en su etimología se traduce como “calidad de madre”, proveniente del latín *matrimonium*, *matrem* (madre) y *monium* (calidad de).<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Zannoni Eduardo & Bossert Gustavo (2016) “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea, Argentina.

<sup>8</sup> Etimologías de Chile. “Matrimonio”. Disponible en

El término en Roma refería al: “derecho de una mujer de ser la madre legítima y reconocible de los hijos de un varón, confiriéndole el estado de casada (no disponible) y el derecho a heredar los bienes que dejara su marido al fallecer”.<sup>9</sup>

El matrimonio es tan amplio que existen definiciones que lo consideran como figura legal, ceremonia social y religiosa, así como una entidad cultural tradicional; que, a su vez, ha pasado por evoluciones a través de la historia y difiere en las diferentes costumbres.<sup>10</sup> Como no es objeto aquí desarrollarlo, sino ahondar en la figura de los esponsales, solamente se nombran los caracteres generales del acto, en Argentina y Costa Rica.

En Argentina, el matrimonio que surte los efectos legales propios es aquel celebrado ante la autoridad competente y donde los contrayentes expresen su libre consentimiento en celebrar el acto (admitiéndose también la modalidad a distancia). A su vez, el ordenamiento reconoce que la unión pueda celebrarse entre personas de igual o distinto sexo.<sup>11</sup> Sus formalidades, requisitos e impedimentos se encuentran detallados en el Código Civil y Comercial de la Nación (que comenzó a regir el 1° de agosto del año 2015). Además, vale recordar que estos vínculos, que como se vio fueron pensados desde su origen para que perdurasen toda la vida, en Argentina recién a partir de los últimos 35 años se permite su disolución mediante el divorcio. Es tal el cambio de paradigma de los últimos tiempos (y necesario) que, desde la entrada en vigencia del nuevo código desaparece, además, la necesidad de tener que alegar causa alguna para divorciarse,

<http://etimologias.dechile.net/?matrimonio>

<sup>9</sup> Concepto.de.(2020) “Matrimonio”. Equipo editorial Etecé. Disponible en: <https://concepto.de/matrimonio/>.

<sup>10</sup> Hernández Miguel. (2022). “El origen del matrimonio”. Sitio web Historia Hoy, Argentina.

<sup>11</sup> Ley Simple, Argentina. “Matrimonio”. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/matrimonio>.

bastando que uno o ambos cónyuges solo tomen la decisión y sin necesidad de esperar un plazo mínimo legal desde su celebración.<sup>12</sup>

En el caso de Costa Rica, como se indica en la introducción, recientemente ha reconocido el matrimonio igualitario, siendo pionera en su región, basándose en los fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un avance emanado de la jurisprudencia<sup>13</sup> Asimismo, se encuentra como similitud que existen formalidades para la validez del matrimonio, aunque nombra otras figuras más como autoridades competentes, brindando mayor importancia a la celebración ante el sacerdote, por ejemplo, e incluso algo llamativo es que se permitía celebrarse por medio de un apoderado (con poder especialísimo y particularidades establecidas en su Código de Familia). Esta última particularidad se entiende fue dejada sin efecto a fines del 2020 con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia. También cuenta con requisitos, prohibiciones que están estipuladas en la legislación y hacen a la validez del acto.<sup>14</sup>

### 3. Esponsales en Argentina

El derecho civil argentino ya desde sus orígenes mencionó a los esponsales, apartándose del Código Civil francés que guardaba silencio al respecto, impidiendo expresamente que derivasen acciones jurídicas de cualquier tipo por la ruptura de la promesa de matrimonio. Así, la postura de Vélez Sarsfield se vio plasmada en el código civil originario en su artículo- 166: “- La ley no

*reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado-*”. Con la sanción de la Ley 23.515, se modifican artículos referidos al matrimonio, suprimiendo esa expresa prohibición contenida en el código originario de iniciar acción de daños derivados, motivo por el cual quedaba expedita la vía ante un motivo fundado; art. 165: “-Este código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa del matrimonio-”.

El tratamiento actual con la vigencia del Código Civil y Comercial es mantener un artículo referido a esponsales, que se analiza, a continuación: art. 401: “Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera-”.

Se encuentran varios aspectos por analizar del contenido del artículo: 1) los esponsales continúan siendo una promesa cuyo cumplimiento no es exigible. 2) Si bien en principio no existe acción para reclamar daños y perjuicios, ello no obsta a exigir la restitución de donaciones y que se apliquen las reglas del enriquecimiento sin causa, expresamente permitido. No genera necesidad de mayor análisis.

Esta expresa negación a exigir daños y perjuicios es criticada por algunos de los máximos referentes doctrinarios como lo es Medina, G.<sup>15</sup>; quien considera que: “debió haberse mantenido la responsabilidad al daño al interés negativo, como está previsto para las tratativas precontractuales en el artículo 991 del Código Civil y Comercial.

<sup>12</sup> Sambrizzi, Eduardo. (2015). “El proceso de divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial”. SCBA, Argentina.

<sup>13</sup> Cabrera, Cristian. (2020). “Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región”. Human Rights Watch, USA.

<sup>14</sup> BG&A Abogados Corporativos. (2020). “Matrimonio Civil en Costa Rica: Requisitos, Prohibiciones, Preguntas y Respuestas”. San José, Costa Rica.

<sup>15</sup> Medina, Graciela. (2015). “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”. Revista Pensamiento Civil, Argentina.

Y que no se justifica que, en cualquier contrato, el rompimiento intempestivo e injustificado debe resarcirse y en los esponsales, el mismo daño no se deba reparar”.

Existe doctrina que analiza la falta de posibilidad que trae el nuevo código de reclamar daños y perjuicios, con esta se han encontrado excepciones a este precepto normativo. Por ejemplo: en el caso que quien decide romper la promesa haya actuado con dolo, a sabiendas de que no podía casarse por ya estarlo y haberlo ocultado; este podría encuadrar en el supuesto genérico de ilicitud, quedando los esponsales regidos por el artículo- 275 que obliga al autor del dolo a reparar el daño causado.<sup>16</sup>

### ***Jurisprudencia***

Como se menciona en acápites anteriores, no existe variada jurisprudencia para analizar lo referente a los esponsales, por lo que, a continuación, se mencionan algunos de los pocos casos que se han dado:

A. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. Fallo: L. P. A. c/ H., H. s/ daños y perjuicios (año 2013).

Un fallo novedoso en el cual se condena al demandado a resarcir el daño material que ocasionó a la actora por haber cancelado la boda a pocos días de realizarse, por considerar antijurídica la conducta del demandado. Se rechaza, por otra parte, la pretensión resarcitoria del daño moral derivado de la ruptura del noviazgo, debido a que el daño psíquico y el sufrimiento propio de la ruptura de una relación de noviazgo no es considerado legalmente un ilícito que se deba resarcir no estando acreditado en el caso.

<sup>16</sup> Zannoni Eduardo y Bossert Gustavo (2016) “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea, Argentina.

Algunas de las consideraciones de la Cámara fueron las siguientes:

*“Debe tenerse en cuenta que la ilicitud no se encuentra en el rompimiento de la promesa de esponsales, sino en la alteración del deber jurídico de no dañar a otro, que en estos supuestos se produce por la ruptura intempestiva del noviazgo, la que debe analizarse en cada caso particular-”.*<sup>17</sup>

*“La sentencia hizo referencia a la responsabilidad extracontractual por incumplimiento intempestivo de los esponsales, no obstante que en la demanda y en el alegato la demandante fundó la responsabilidad del demandado y la obligación de reparar el daño moral en que mediante la falsa promesa de matrimonio por parte de H., éste engañó y defraudó económicamente a L. al llevarla a irrogar casi todos sus ingresos y tomar deudas a su cargo en beneficio de aquél que lo utilizó para terminar el inmueble que, supuestamente, constituiría el hogar familiar de ambas partes-”*<sup>18</sup>.

Se agrega, sin detallar en profundidad, por no ser objeto del presente, que, en el año del fallo, sea el 2013, no regía aún la actual normativa en materia civil y comercial (CCyCN). Por lo tanto, se menciona, por ejemplo: la “responsabilidad extracontractual”, hoy en día las órbitas de la responsabilidad están unificadas y existe un tratamiento con diferencias del anterior código, donde en materia de esponsales

<sup>17</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. L. P. A. c/ H., H. s/ daños y perjuicios. Cita: MJ-JU-M-80302-AR

<sup>18</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. L. P. A. c/ H., H. s/ daños y perjuicios. Cita: MJ-JU-M-80302-AR

no se permite en principio accionar por daños. No se ha conocido la existencia de fallos desde la vigencia del nuevo código, donde los jueces hayan tenido que resolver sobre esta cuestión, motivo por el cual no permite analizar la figura aplicada en tratamiento del nuevo código.

#### 4. *Esponsales en Costa Rica*

Comenzando a analizar el derecho civil costarricense y antes de desarrollar la figura objeto de este análisis, se hace una breve comparación normativa. Originariamente regía un código civil llamado Código General o Código de Carrillo, hasta la sanción y entrada en vigencia de uno nuevo: el Código Civil de Costa Rica que comenzó a regir el 1° de enero de 1888, vigente con reformas posteriores como la Ley 7020.

En el caso de los esponsales, no se encuentran estipulados dentro del mismo código civil (en el caso de Argentina, está normado en el unificado Código Civil y Comercial), sino que existe un Código de Familia vigente desde 1974. Se encuentra una similitud entre los ordenamientos jurídicos, en ambos, se inaugura el capítulo de matrimonio con un artículo dedicado a los esponsales. La definición de esponsales es la misma que considera el derecho argentino e incluso se toman definiciones de los juristas para definirlos, aunque se toma una definición con la impronta de un jurista de Costa Rica, para que sea justo el análisis de ambos ordenamientos. Benavides los define como: *“la promesa de matrimonio, la cual no debe revestir de mayor formalidad. No es indispensable realizar una ceremonia de compromiso. El solo hecho de planificar una boda, la fiesta y posterior viaje de bodas es suficiente para entender que se ha vertido el consentimiento conducente a contraer matrimonio”*.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Benavides Santos, Diego. (2006) “Código de Familia, anotado y concordado”. Editorial Juritexto, San José, Costa

En el Código de Familia de Costa Rica, se establece en su “Artículo 10: *Los esponsales no producen efectos Civiles-*”. Se observa que, si bien existe una mención expresa, su descripción es mucho más concisa sin otorgarle gran relevancia, sino como un compromiso o acuerdo simplemente preliminar y, como tal, irrelevante para el instituto matrimonial. Si bien no producirá efectos y exigencia de cumplimiento su ruptura, se debe analizar si el rompimiento generó algún tipo de daño o perjuicio que deba ser reparado.

En dicha legislación, es posible revocar una donación cuando ha existido ofensa grave de parte del donatario, hacia el donante y familiares cercanos (artículo 1405 del Código Civil). Por ello, se podría aplicar al caso, el novio o novia que ha obsequiado un bien al otro con miras a su casamiento. Podría, además de solicitar la indemnización que corresponda, revocar la donación, entendiéndose que el rompimiento de la boda constituye una ofensa, aún más, aunque no es requisito indispensable si ha mediado humillación pública.

“En relación con los terceros que realizaron donaciones, es más complejo establecer la existencia de la ofensa, salvo en los casos que sean familiares cercanos al novio o novia frustrados, a quienes afectaría directamente el rompimiento del compromiso matrimonial”. En consecuencia, se ve que “sería posible exigir resarcimiento por daños y perjuicios derivados del rompimiento de la promesa de matrimonio”.<sup>20</sup>

#### **Jurisprudencia**

A. Tribunal de Familia de San José. VOTO N°.1157-06 (año 2006). El presente fallo

Rica.

<sup>20</sup> Soto Castro, Rolando. (2012). “Daños y perjuicios derivados de la ruptura de los esponsales”. Revista de la Sala Segunda de la Corte, Costa Rica.

por comentar brevemente versa sobre un proceso de divorcio en el cual la cuestión controvertida es si puede atribuirse como ganancial o no un bien adquirido dentro de la etapa de noviazgo. El Tribunal para referirse a esta cuestión nombra la figura de esponsales, haciendo las siguientes consideraciones:<sup>21</sup>

*“El derecho de Familia, no tutela al noviazgo como tal y solo lo utiliza tangencialmente para erradicar situaciones de violencia doméstica o bien para reconocer derechos al hijo que sea fruto de esa relación-”.*

*“Es más el artículo 10 del Código de Familia, inicia la regulación legal del matrimonio estipulando que " los esponsales no producen efectos jurídicos " y si bien se extrae de aquí que no producen una obligación jurídica de concretar la promesa de casarse también podemos ir más allá y decir que no producen más efecto que el indemnizar, pero en uso de una teoría de la responsabilidad meramente civil, por los daños y perjuicios que de la manera de romper la promesa nazcan-”.*

Así se ve la norma aplicada al caso concreto, donde el Tribunal no reconoce una obligación jurídica ni efectos derivados de la promesa *per se*, aunque existe la posibilidad desde el derecho de daños de responder e indemnizar.

B. Tribunal de Familia de San José. VOTO N°.535-08 (año 2008).

En este caso que versa también sobre un proceso de divorcio, la parte demandada reconviniendo solicitó que le correspondía

ser indemnizada por daño moral por sevicia sufrida, y daños materiales por deudas contraídas antes del matrimonio. El Tribunal analiza la figura de esponsales al referirse a las deudas anteriores al matrimonio:<sup>22</sup>

Considerando VIII: Sobre los gastos y deudas previos a la boda y a los primeros meses de matrimonio: *“En el Código de Familia, a partir del artículo 10 se regula la figura de los esponsales, el cual está en estricta concordancia con el artículo 1045 del Código Civil sobre los daños y perjuicios ocasionados y que, al incumplirse la promesa de matrimonio, deben indemnizarse. Si bien, esta regulación no es aplicable al caso que nos ocupa, pues las partes contrajeron matrimonio, acontecimiento único en la vida de las personas que deciden dar tal paso en su vida, las consecuencias jurídicas de los gastos y deudas, previos y posteriores al casamiento, considera esta Integración, deben ser indemnizados-”.*

*“En consecuencia, al obrar en los autos, prueba documental sobre los gastos causados, derivados del matrimonio, antes y en los primeros meses de efectuado el mismo, son parte del daño moral que sufre la cónyuge, quien con mucha antelación a la fecha del enlace matrimonial, experimentó la ilusión de organizar y preparar su vida matrimonial futura, razón por la que, lógico, incurrió en los gastos que obran en los autos, los cuales no son solamente, la compra de muebles, la preparación del agasajo, la compra del vestido de novia, el vestuario propio de una novia recién casada, la*

<sup>21</sup> Tribunal de Familia de San José. (2006). Expediente 05-001321-0338-FA. Cita <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-350594>

<sup>22</sup> Tribunal de Familia de San José. (2008). Expediente 04-000741-0187-FA. Cita: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-408438>

*luna de miel y otros gastos propios de este evento. En consecuencia, procede revocar la sentencia apelada en este extremo, y en su lugar, se otorga el derecho en abstracto a doña [Nombre 002] de individualizar los gastos de preparación e inmediatos a la realización del matrimonio-”.*

Resulta del caso que los gastos previos al matrimonio deben ser indemnizados, al igual que el daño que pudiese existir con anterioridad, mencionando una relación directa entre el artículo de esponsales y el de daños.

### III. Conclusión

A lo largo del presente artículo, se analizó una figura de escaso desarrollo normativo en ambos ordenamientos jurídicos, pero de gran significado histórico: los esponsales. Resulta llamativa hasta su denominación o terminología, lo que lleva a la necesidad de indagar en el origen. Se pudo observar que, originariamente, cobraba otra relevancia que se fue reconstruyendo y mutando debido a los cambios de paradigma que, como sociedad y seres en constante evolución, se generan. El derecho debe actualizarse y responder a la realidad y necesidad social porque, si no, dejaría de ser justo.

La conclusión, en lugar de ser un cierre de los temas tratados, intenta ser de un carácter reflexivo, por lo cual se ha decidido no extenderla, sino resumir en una de las máximas que, como defensores de derechos, los abogados, los *llamados para auxiliar* (según la propia etimología de la palabra que proviene del latín “*advocatus*”, “*ad auxilium vocatus*”) debemos tener siempre presente:

***“Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”.*** (E.J. Couture- Los

*Mandamientos del Abogado)*

### Referencias bibliográficas

- Álvarez, Mirta y Sconda, Mariana. (2011). “El matrimonio romano: definición elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la ley 2393 de matrimonio civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales”. Biblioteca Jurídica Digital, Boletín Oficial del Estado, España.
- Benavides Santos, Diego. (2006) “Código de Familia, anotado y concordado”. Editorial Juritexto, San José, Costa Rica.
- BG&A Abogados Corporativos. (2020). “Matrimonio Civil en Costa Rica: Requisitos, Prohibiciones, Preguntas y Respuestas”. San José, Costa Rica.
- Cabrera, Cristian. (2020). “Los avances de Costa Rica en materia de matrimonio igualitario deben inspirar a la región”. Human Rights Watch, USA.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. “L. P. A. c/ H., H. s/ daños y perjuicios”. Cita: MJ-JU-M-80302-AR.
- Concepto.de.(2020) “Matrimonio”. Equipo editorial Etecé. Disponible en: <https://concepto.de/matrimonio/>.
- Etimologías de Chile. Matrimonio. Disponible en <http://etimologias.dechile.net/?matrimonio>.
- Hernández Miguel. (2022). “El origen del matrimonio”. Sitio web Historia Hoy, Argentina.

- Ley Simple, Argentina. “Matrimonio”. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/matrimonio>.
- Medina, Graciela. (2015). “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”. Revista Pensamiento Civil, Argentina.
- Muñoz Catalán, Elisa. (2011). “Crisis en las promesas de matrimonio: del vínculo jurídico de los esponsales romanos a la carta de arras desde la España altomedieval”. Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos.
- Sambrizzi, Eduardo. (2015). “El proceso de divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial”. SCBA, Argentina.
- Soto Castro, Rolando. (2012). “Daños y perjuicios derivados de la ruptura de los esponsales”. Revista de la Sala Segunda de la Corte, Costa Rica.
- Zannoni Eduardo & Bossert Gustavo (2016) “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea, Argentina.
- Tribunal de Familia de San José. (2006). Expediente 05-001321-0338-FA. Cita <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-350594>.
- Tribunal de Familia de San José. (2008). Expediente 04-000741-0187-FA. Cita: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-408438>.



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](mailto:revistaelforo@abogados.or.cr)



Teléfono: **(506) 2202-3600**

De la Rotonda de las Garantías Sociales  
200 metros oeste y 100 metros norte,  
Zapote, San Jose

     [colegiodeabogadoscr](#)

 [www.abogados.or.cr](http://www.abogados.or.cr)

Agradecimiento especial a:

**GRUPO** |  **INS**