

ISSN  
00347787

2010

ISSN  
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA  
de  
CIENCIAS JURIDICAS  
123



SAN JOSÉ, COSTA RICA  
SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

(Cuatrimestral)  
2010

123

ISSN  
00347787

2010

ISSN  
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA  
de  
CIENCIAS JURIDICAS  
123



SEPARATAS

SAN JOSÉ, COSTA RICA  
SETIEMBRE-DICIEMBRE

(Cuatrimestral)  
2010

123





Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --  
N° 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta  
LIL, S.A., 2010.  
160 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

### **Revista fundada en 1963**

*Revista registrada en los siguientes databank:*

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.





CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dra. Erika Hernández Sandoval	Presidenta
Licda. Stella Santamaría Quesada	Coordinadora de Enlace y Prosecretaría
M.Sc. Christian Enrique Campos Monge	Vicepresidente
Licda. Ana Lorena Castro Corrales	Vocal 5

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Daniel Gadea Nieto	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor E. Salas	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela





Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez*

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123, 2010, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.  
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

[www.ijj.derecho.ucr.ac.cr](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr)

<http://cijul.ucr.ac.cr>

[www.latindex.ucr.ac.cr](http://www.latindex.ucr.ac.cr)

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).  
Colegio de Abogados.





**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS**

**123**

SAN JOSE, COSTA RICA  
2010  
SETIEMBRE - DICIEMBRE  
(Cuatrimestral)





JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

2010

Presidenta:

Dra. Erika Hernández Sandoval

Vicepresidente:

M.Sc. Christian Enrique Campos Monge

Secretario:

Licdo. Ronald Eduardo Segura Mena

Prosecretaria:

Licda. Stella Santamaría Jiménez

Tesorero:

Dr. Enrique Rojas Solís

Vocal 1:

Licda. Jeannette Arias Meza

Voca 2:

Lic. Fabio Vincenzi Guilá

Vocal 3:

Licda. Jenny Hernández Solís

Vocal 4:

M.Sc. Juan Carlos Granados Vargas

Vocal 5:

Licda. Ana Lorena Castro Corrales

Fiscal:

Licda. Vivian Wyllins Soto



AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. Oldemar Rodríguez Rojas

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Coordinador de la Comisión Editorial:

M.Sc. Julián Monge-Nájera



## PRESENTACION

En este número 123 de esta revista se publican investigaciones en los campos del Derecho Constitucional, Penal Juvenil, Civil, Administrativo, Ambiental y Romano.

Este es el número cien (100), de la presente revista que he logrado dar a luz.

Efectivamente, esta revista me fue encomendada por el profesor Eduardo Ortiz de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y por el Presidente del Colegio de Abogados, Don Rodrigo Odio en su No. 23, en 1974.

En este año de 1974, se firma un convenio de cooperación entre el Colegio de Abogados y la Universidad de Costa Rica, con el fin –entre otros– de que esta revista se publique con la colaboración de ambas instituciones, manteniéndose el nombre de *Revista de Ciencias Jurídicas*. Un hecho, que motivó este convenio, fue que el citado Colegio Profesional no publicaba su *Revista del Colegio de Abogados*, hacía varios años.

Ya la *Revista de Ciencias Jurídicas* había sido fundada en 1963 por el Decano de la Facultad de Derecho (Don Rogelio Sotela) de la Universidad de Costa Rica, quien se la encargó a Don Eduardo Ortiz. Esta publicación tuvo su antecedente en la *Revista de Ciencias Jurídico-Sociales* de la Universidad de Costa Rica, creada en 1956.

En lo que atañe a la *Revista de la Universidad de Costa Rica*, su primer número se imprimió en 1945.

En la actualidad, esta universidad pública, cuenta, con más de 30 revistas especializadas en los diversos campos científicos.

En lo que corresponde al Colegio de Abogados se indica que desde su fundación en 1881, este organismo profesional ha contado con una publicación de divulgación, información y formación.

Este colegio de juristas, tiene su revista que publica con el nombre de *El Foro*.

Deseo expresar mi agradecimiento a la Universidad de Costa Rica y al Colegio de Abogados y Abogadas, por el apoyo que siempre me han dado para permitirme cumplir con mi deber de publicar esta Revista de Ciencias Jurídicas.

El director - editor  
**Dr. Jorge Enrique Romero Pérez**



INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	9
 <b>Ensayos:</b>	
La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional <i>Dr. Julio Jurado Fernández</i> .....	13
La omega y el alfa del proceso penal juvenil en Costa Rica: la fase de ejecución <i>Dr. Álvaro Burgos</i> .....	31
Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual <i>Ms.C. Jorge Jiménez Bolaños</i> .....	69
Los tribunales administrativos en la materia de contratación pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	99
La protección de los datos de prueba sobre químicos agrícolas en el T.L.C. <i>Prof. Jorge Cabrera Medaglia</i> .....	125
La mujer <i>sui iuris</i> : de la mujer como objeto a la mujer como persona en el derecho romano <i>Prof. Henry Campos Vargas</i> .....	141



Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (13-30) setiembre-diciembre 2010

## **LA POTESTAD PÚBLICA DE PLANIFICACIÓN URBANA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

*Dr. Julio Jurado Fernández<sup>(\*)</sup>*

(Recibido 27/05/09; aceptado 23/11/09)

---

(\*) Profesor Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

E-mail: [jjurado@uecatraastro.org](mailto:jjurado@uecatraastro.org).

Tel. 2229-3359

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

## RESUMEN

El propósito de este artículo es reseñar y analizar lo más relevante de la jurisprudencia constitucional sobre los alcances de lo dispuesto en los artículos 169 y 170 constitucionales, a partir de la atribución que el legislador hizo de la potestad para planificar el desarrollo urbano en el ámbito cantonal a los gobiernos municipales, y la definición que ha hecho de las competencias de los otros entes y órganos con potestad para planificar el desarrollo urbano.

**Palabras claves:** Poderes públicos, planificación urbana, coordinación, ordenamiento territorial, garantía constitucional.

## ABSTRACT

This article summarizes and analyzes the most relevant constitutional jurisprudence on the scope of the provisions set out in Article 169 and Article 170 of the Constitution. It departs from the competence assumed by the lawmaker to assign the function of planning for local urban development to local governments. It also deals with the definitions on the competence of other entities and agencies to plan for urban development.

**Key words:** State Powers, urban planning, coordination, land use and organization, constitutional guarantee.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (13-30) setiembre-diciembre 2010

## **SUMARIO**

Introducción

- I. Los niveles o ámbitos de la planificación urbana
- II. La planificación urbana local como garantía institucional
- III. La relación entre la planificación local, regional y nacional

Bibliografía



## INTRODUCCIÓN

La constitución política no contiene ninguna disposición normativa directamente referida al urbanismo y las potestades públicas relacionadas con la planificación urbanística. Más aún, no contiene disposición normativa relativa al tema más amplio del ordenamiento territorial y a las potestades públicas que tendría que ver con ello. Lo que podríamos entender como regulación constitucional sobre el urbanismo es el resultado de la interpretación que la jurisprudencia constitucional ha hecho de las normas, especialmente las de rango legal, que establecen regulaciones urbanísticas relacionadas con dos grandes temas: el de los órganos u entes con potestad para planificar el desarrollo urbano y el relativo a la configuración de los derechos individuales frente al ejercicio de tal potestad.

En relación con el primer tema, la jurisprudencia constitucional se ha centrado en la interpretación de los alcances de lo dispuesto en los artículos 169 y 170 constitucionales, pues son los que encuadran el ejercicio de las potestades municipales. A partir de la atribución que el legislador hizo de la potestad para planificar el desarrollo urbano en el ámbito cantonal a los gobiernos municipales, la jurisprudencia constitucional ha definido las competencias de los otros entes y órganos con potestad para planificar el desarrollo urbano, así como las líneas básicas de la relación entre estos entes y órganos con los gobiernos municipales. El propósito de este artículo es reseñar y analizar lo más relevante de la jurisprudencia constitucional sobre este tema.

### I. LOS NIVELES O ÁMBITOS DE LA PLANIFICACIÓN URBANA

A partir de lo que dispone la ley de planificación urbana número 4240 de 15 de noviembre de 1968, y sus reformas (LPU), se puede concluir que existen tres niveles o ámbitos espaciales en los que se ejerce la planificación urbana: el local, el regional y el nacional, y que dicha ley establece, también, cual es el ente u órgano público encargado de planificar el desarrollo urbano en cada ámbito o nivel, de conformidad con la forma en que está organizada la administración pública costarricense. Se trata, en realidad, de tres niveles básicos de planificación que va de lo más general a lo más particular o concreto. Al nivel más general está la planificación nacional y al nivel más concreto está la planificación urbanística local. Entre uno y otro nivel, están los niveles intermedios.

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

La planificación nacional y regional es competencia del Instituto de Vivienda y Urbanismo (INVU), particularmente de la Dirección de Urbanismo, en conjunto con el Ministerio de Planificación y Política Económica (MIDEPLAN), según lo dispone los artículos 2 a 5 y artículo 7, 1) de la LPU. Esta es una función compartida con el Consejo Nacional de Planificación Urbana y la Secretaría de Plan Nacional de Desarrollo Urbano, órganos creados en Decreto Ejecutivo N° 31062-MOPT-MIVAH-MINAE para colaborar y cooperar con el INVU y su Dirección de Urbanismo en la elaboración de Plan Nacional de Desarrollo Urbano.

La LPU establece, como formas específicas de planificación regional, aquella que se da en virtud de convenio suscrito entre municipalidades de territorios contiguos (artículo 62, LPU) y la del área metropolitana de San José, cuya competencia corresponde a la Oficina de Planeamiento del Área Metropolitana de San José (artículo 63, LPU).

El único plan regional existente y vigente hasta el momento es el Plan Regional de Desarrollo Urbano “Gran Área Metropolitana” (GAM), aprobado mediante decreto ejecutivo N° 13583-VAH-OFIPLAN, y publicado en La Gaceta N° 95 del 18 de mayo de 1982. Este plan fue elaborado por el INVU con la participación del Ministerio y la Secretaría del Sector de Vivienda y Asentamientos Humanos y la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, de ese entonces. La Secretaría del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, en el marco de las políticas definidas por el Consejo Nacional de Planificación Urbana, preparó un nuevo plan GAM, el PRUGAM 2008-2030, que está pendiente de ser aprobado por los entes y órganos competentes. Este nuevo plan se concibió como una fase del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, la Fase III-A.

A nivel nacional o regional corresponde establecer lo que la Sala Constitucional ha denominado como directrices y lineamientos generales (SSC N° 4205-96 y SSC N° 5445-99). Esto es conforme con la circunstancia de que la planificación nacional o regional está más cercana al ordenamiento territorial que a la planificación urbana, por ser aquel un concepto más amplio. Por ordenamiento territorial suele entenderse, siguiendo en esto lo establecido en la Carta Europea de Ordenación del Territorio, la expresión espacial de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad (PUJADAS R., FONT J, 1998, p. 11). Por su parte, la planificación urbana se centra en la ciudad, es decir, en la regulación del desarrollo de los núcleos poblacionales (GONZALEZ-VARAS, 2006, pp. 31-32). Como puede

colegirse, la perspectiva propia del ordenamiento territorial es integral, ya que conjuga los diversos aspectos en que se expresan en el territorio las políticas públicas. En este sentido, el desarrollo urbano es uno de los aspectos a tomar en cuenta por el ordenamiento territorial. Después de todo, el planeamiento urbano implica la ordenación del espacio urbano como parte del territorio (PUJADAS R., FONT J, 1998, p. 293).

Por lo que implica, y según lo dicho, el ordenamiento territorial se desenvuelve en un ámbito regional o nacional. Tiene como instrumento típico la planificación territorial, que es el tipo de planificación que se utiliza para planificar regiones o cualquier otro ámbito espacial más amplio que el municipal y que es distinto a la planificación sectorial y a la urbana (PUJADAS R., FONT J, 1998, p. 187). Ahora bien, en la medida en que el desarrollo de los centros urbanos interesa al ordenamiento territorial, la planificación territorial establece los lineamientos y directrices que han de adoptar los planes urbanísticos.

Hay una clara distinción teórica y práctica entre ordenamiento territorial y planificación urbana; sin embargo, nuestra ley de planificación urbana, que data de 1968, no refleja esta distinción. Esta ley aún designa la planificación del territorio en los ámbitos regionales y nacionales como planificación urbana, cuando en realidad la planificación del territorio que se lleva a cabo, o debe llevarse a cabo según la teoría y práctica modernas, en los ámbitos regionales y en el nacional, no es estrictamente un tipo de planificación urbana. En realidad, no se trata de lo que usualmente se conoce como planeamiento urbano.

Esta falta de distinción entre el planeamiento urbanístico y el ordenamiento territorial no es exclusiva de nuestro país y tiene que ver con el papel histórico que jugó la planificación urbanística, o el urbanismo a secas, en el desarrollo del ordenamiento territorial como tal, pues bien puede decirse que este último tiene raíces urbanísticas desde el momento en que los instrumentos de ordenación del espacio urbano fueron los primeros instrumentos de ordenación del territorio en los albores del era industrial en Europa (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, 1981, p. 69).

En España, por ejemplo, la Ley del Suelo de 1975, no empleaba aún el término de *ordenación del territorio*, y aún en el texto refundido de 1976, designaba la planificación regional y nacional como urbanística aunque se regulaba como un tipo de planificación urbana integral de un determinado territorio. No es sino hasta el texto refundido de 1992

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana que se habla de Planes de Ordenación y Planes Territoriales (PARDO, 2005, p. 36).

Pero la LPU no es el único problema en esta materia. Hay carencias y deficiencias en el plano institucional, ya que no existen entes u órganos a nivel administrativo con potestad para elaborar y poner en práctica planes de ordenamiento territorial de ámbito regional. De cara a la división territorial administrativa del país, serían las provincias las instancias regionales; sin embargo, no funcionan como tales, pues no existen entes públicos constituidos para administrarlas.

La planificación urbana es la que se lleva a cabo a nivel local y, tal como lo dispone el artículo 15 de la LPU, corresponde a los gobiernos locales hacerla como parte de los intereses que, de conformidad con lo que establece el artículo 169 constitucional, deben gestionar.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el instrumento para la planificación urbana es el llamado plan regulador local. En él se fija la política de desarrollo urbano del cantón y se establecen los objetivos que se derivan de las necesidades y el crecimiento del área que se planifica. El plan debe tomar en cuenta las variables relativas a crecimiento demográfico, usos de la tierra, vías públicas, servicios comunales y servicios públicos, necesidades de vivienda y de renovación urbana (artículo 16, LPU).

## **II. LA PLANIFICACIÓN URBANA LOCAL COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL**

La constitución garantiza un contenido mínimo de materias cuya gestión son potestad de las municipalidades. Esto es lo que se conoce como una garantía institucional, según el concepto elaborado por Carl Schmitt a principios del siglo XX (PAREJO, 199, p. 20).

El concepto de garantía institucional supone, a propósito de las potestades de los gobiernos locales, que las atribuidas a estos por el constituyente están fuera del alcance del legislador ordinario. Estas potestades se refieren a materias relacionadas con los llamados intereses y servicios locales, según lo señala el artículo 169 constitucional, cuya gestión es autónoma –en este caso se habla de autonomía de gobierno y administrativa– tal y como lo establece el artículo 170 constitucional.

Ahora bien, corresponde al legislador definir lo que se entiende por intereses y servicios locales del mismo modo que le corresponde definir lo que se entiende por intereses y servicios nacionales (o regionales), con el propósito de diseñar el reparto de potestades y competencias derivadas de estas a los entes y órganos públicos correspondientes.

Lo anterior es aplicable al tema de la planificación urbana. Al legislador corresponde determinar, en principio, si se trata de un interés exclusivamente nacional, regional o local, o si tiene algunas o las tres dimensiones, caso en el cual debe delimitar los ámbitos y las competencias de los distintos entes u órganos que las ejercen. En este sentido, lo primero que hay que señalar es que la planificación urbana, precisamente porque se desenvuelve en varios niveles, expresan intereses nacionales, regionales y locales.

El punto de partida es la potestad atribuida a las municipalidades por el artículo 169 constitucional, precisamente porque constituye una garantía institucional a favor de estas. En la determinación de los intereses y servicios a gestionar por los entes y órganos públicos a partir del ámbito territorial en que se desenvuelven, los hay que son locales por naturaleza y, en ese tanto, propios de la gestión municipal. Estas materias no pueden ser sustraídas por el legislador del ámbito competencial del gobierno municipal. Es lo que quiso decir la Sala Constitucional en su sentencia número 6469-97, cuando señaló que hay materias que, por su naturaleza, son municipales. Al respecto, indicó la Sala:

*“...lo local tiene tal connotación que definir sus alcances por el legislador o el Juez, debe conducir al mantenimiento de la integridad de los intereses y servicios locales, de manera que ni siquiera podría el legislador dictar normativa, que tienda a desmembrar el Municipio (elemento territorial) si no lo hace por los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política (...). En otro giro, habrá cometidos que por **su naturaleza son municipales** y no pueden ser sustraídos de lo local para convertirlos en servicios o intereses nacionales, porque hacerlo implicaría desarticular a la Municipalidad y por ello, no es posible de antemano dictar los límites infranqueables de lo local, sino que deberá ser examinado en cada caso concreto.”* (La negrita no es del original).

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

Esto define un límite a la discrecionalidad que tiene el legislador al momento de determinar que son intereses y servicios locales, límite cuyo respeto corresponde al juez constitucional controlar. En esto consiste lo garantizado por la Constitución y lo que se entiende por garantía institucional. El legislador determinó (artículo 15, LPU) que la planificación del desarrollo de los centros urbanos en un determinado cantón es una potestad exclusiva de los gobiernos municipales porque integra el concepto de interés local de conformidad con lo que establece el artículo 169 constitucional. Esta determinación fue ratificada por la Sala Constitucional, en sentencias números 2153-93 y 5305-93, pero especialmente en sentencia número 6706-93, en la cual señaló:

*“II.- La Sala estima que la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de “intereses y servicios locales” a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución, competencia que fue reconocida por la Ley de Planificación Urbana (...).” (SSC N° 6706-93).*

La LPU tiene una disposición transitoria, la número II, en principio contradictoria con lo dicho, pues en ella se señala que el INVU podrá *“...confeccionar planes reguladores y delimitar distritos urbanos y demás áreas sujetas a control urbanístico, en tanto las municipalidades no hubieren promulgado en la respectiva materia, o parte de ella, sus propias disposiciones locales con ajuste a esta ley.”* Es claro que una disposición de esta tipo violenta la garantía institucional de los artículos 169 y 170 constitucionales, desde el momento en que el legislador ordinario, en ese mismo cuerpo normativo, había señalado que la potestad para controlar el desarrollo urbano en el cantón tenía asidero en el numeral 169 constitucional. Una vez hecha esta atribución, la competencia para dictar un plan regulador local es exclusiva de los gobiernos municipales, frente a la cual no podría haber una competencia similar subsidiaria como la que propone el transitorio II a la LPU.

Es por lo dicho que, en la sentencia número 4205-96, la Sala Constitucional interpreta esta disposición señalando que si bien el INVU puede proponer planes reguladores cuando no han sido elaborados por el respectivo ente municipal, este debe aprobarlos previamente, y que dichos planes deben ser considerados, en todo caso transitorios hasta que el gobierno municipal no ejerza plenamente sus competencias. Por

ello es que la Sala, luego de citar la jurisprudencia donde se señala que la potestad de controlar el desarrollo urbano en el cantón es potestad exclusiva del gobierno local, aclara que:

*“...sólo de manera excepcional y residual, en ausencia de regulación dictada al efecto por las municipalidades, es que el INVU tiene asignada la tarea de proponer planes reguladores, pero a reserva de que sean previamente aprobados por el ente local; de manera que las disposiciones que al efecto dicte esta institución autónoma en lo que se refiere a planificación urbana, deben siempre considerarse transitorias, y en defecto del uso de las competencias municipales.” (SSC N° 4205-96).*

En todo caso, es a partir del reconocimiento a favor de los gobiernos municipales de la potestad para planificar el desarrollo urbano, que se definen las relaciones entre estos y los demás entes u órganos con potestades similares a escala regional y nacional, así como para determinar y delimitar las competencias que dicha potestad contiene.

### III. LA RELACIÓN ENTRE LA PLANIFICACION LOCAL, REGIONAL Y NACIONAL

En la citada sentencia número 4205-96, la Sala Constitucional señaló cuáles son los entes y órganos de la administración pública competentes para planificar el desarrollo urbano a nivel nacional –por nuestra parte habría que añadir que son los mismos que planifican a nivel regional por disposición del artículo 2 de la LPU– y su relación con la potestad de los gobiernos locales en esta materia. En tal sentido, indicó la Sala:

*“III).- Dentro de lo que puede denominarse la organización administrativa del urbanismo en nuestro país, la Dirección de Urbanismo –adscrita al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo– y la Oficina de Planificación (boy día Ministerio de Planificación y Política Económica) son los órganos encargados de elaborar el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, a través del cual, se fijan las políticas generales*

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

**sobre el crecimiento y desarrollo de las áreas urbanas.**- Dicho Plan –que concretamente es elaborado por la Dirección y propuesto por la Junta Directiva del Instituto– debe incluir estudios técnicos sobre el factor de población con proyecciones de crecimiento a nivel nacional, regional y urbano, sobre el uso de la tierra con planes sobre la extensión y formas de aprovechamiento de las porciones requeridas para desarrollo urbano, el desarrollo industrial, vivienda y renovación urbana, servicios públicos y ubicación en general de los proyectos sobre transportes, entre otros. Además, la Dirección de Urbanismo funciona como órgano asesor de las municipalidades a los efectos de preparar, aplicar y modificar el Plan Regulador municipal o local y sus Reglamentos antes de su adopción definitiva. Sin embargo, **lo expuesto debe entenderse como el límite formal de los grandes lineamientos, normas técnicas o directrices generales conforme a las cuales deben los gobiernos locales elaborar sus respectivos planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano correspondientes, pues no es posible pretender que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano se elabore y ponga en práctica íntegramente por el Gobierno Central, sin la intervención directa de las municipalidades en esa materia. Tal situación atenta no sólo contra los más elementales principios de la lógica y la conveniencia, habida cuenta de que se trata de los intereses particulares de cada cantón de la República, sino también contra los principios constitucionales del régimen municipal, establecido por nuestra Carta Fundamental en los artículos 168 a 175. La planificación urbana, sea la elaboración y puesta en marcha de los planes reguladores, es una función inherente a las municipalidades con exclusión de todo otro ente público, salvo lo dicho en cuanto a las potestades de dirección general atribuidas al Ministerio de Planificación y a la Dirección de Urbanismo.”** (El subrayado y la negrita son del original).

Es de resaltar que si bien se reconoce y ratifica que la potestad para planificar el desarrollo urbano a nivel local es exclusiva de los gobiernos locales, en esta sentencia se señala que las competencias propias de esta potestad se ejercen en el marco de “...**los grandes lineamientos, normas técnicas o directrices generales...**” que establecen los entes y órganos con potestad para planificar a nivel nacional o, podríamos decir, a cualquier otro nivel supracantonal.

La relación es de coordinación porque estamos ante dos niveles distintos de planificación. Al nivel nacional y regional se establecen los lineamientos y directrices generales del desarrollo urbano. A nivel local se dictan las políticas urbanas específicas para el cantón junto con las normas que permiten aplicar dichas políticas: los reglamentos de zonificación, fraccionamientos y urbanizaciones, mapa oficial, construcción y el de renovación urbana. Así, un plan nacional o regional no puede abordar lo propio de un plan local. No puede, por ejemplo, zonificar para un determinado cantón, pero el gobierno local debe sujetarse a los lineamientos y directrices generales de plan nacional y/o regional al elaborar el plan local.

Esta relación de coordinación entre distintos niveles de planificación del territorio (regional y local) es común en el derecho comparado. Por ejemplo, en Alemania se atribuye la potestad elaborar planes locales urbanos a los municipios mientras que las potestades de ordenamiento territorial –concepto este que designa un conjunto más amplio de competencias, como ya se ha señalado, pero que en comparación con nuestro medio equivaldría a la planificación urbana regional o nacional, tal y como regula el tema la LPU– es atribuida a los distintos estados (Länder) que conforman la República Federal Alemana. Estos pueden establecer planes de ordenamiento territorial para todo el estado o para regiones dentro de cada estado, que son el marco general a partir del cual los municipios ejercen su potestad específica de planeamiento urbanístico. Algo similar ocurre en Italia donde la planificación urbana es potestad de los municipios que la ejercen respetando la planificación territorial establecida para las regiones. En España, la potestad de ordenar el territorio es de las comunidades autónomas y los municipios planifican el desarrollo urbano a partir de la planificación territorial que se establece para la comunidad respectiva (COSCULLUELA, 1991, p. 3546).

En Costa Rica, la coordinación entre los entes y órganos que planifican localmente y aquellos que lo hacen en los otros niveles

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

(regional y nacional) se garantiza con la competencia otorgada a la Dirección de Urbanismo de aprobar los planes locales (artículo 10.1, y 18 de la LPU) elaborados por los gobiernos municipales antes de que estos los adopten. Esta competencia está atribuida a la Dirección de Urbanismo con el exclusivo propósito de controlar la conformidad de los planes locales a los lineamientos de los planes regionales y nacionales, ya que se trata de una competencia para ejercer un control de legalidad y técnico en procura de intereses nacionales o regionales, cuya vigencia sea de absoluta necesidad mantener, tal y como reza el artículo 18 de la LPU. Por lo tanto, opera como un mecanismo para lograr la coordinación entre los entes y órganos que planifican el desarrollo urbano a los distintivos niveles (nacional, regional y local).

En sentencia número 5445-99, la Sala Constitucional estableció la coordinación como mecanismo de relación intersubjetiva entre los gobiernos municipales y los demás entes y órganos públicos con competencias en materia de planificación urbana. Señaló la Sala:

*“Igualmente, estima la Sala que en materia de planificación urbana se debe dar esa misma relación de coordinación, aún cuando se ha definido –por disposición constitucional– que la planificación urbana es competencia de los gobiernos locales, la misma debería ordenarse de conformidad con las directrices y lineamientos generales del Plan Nacional de Urbanismo elaborado por el Poder Ejecutivo (a propuesta de la Dirección de Urbanismo del INVU y el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica) e integrado en el Plan Nacional de Desarrollo a que alude la Ley de Planificación Nacional, en el entendido de que ese Plan debe ser aprobado por una ley ordinaria. Con este marco de referencia, es que analizan las normas cuestionadas.” (SSC N° 5445-99).*

La legitimidad constitucional del mecanismo de coordinación establecido en la LPU, lo estableció la Sala Constitucional en esta misma sentencia, cuando señaló:

*“En virtud de lo anterior, es que el artículo 16 impugnado no es inconstitucional en cuanto sujeta el contenido de los planes reguladores al Plan*

*Nacional de Desarrollo Urbano; y consecuentemente, los artículos 10 incisos 1) y 2), 17 inciso 2) y 18 tampoco son contrarios a la autonomía municipal en cuanto confieren a la Dirección de Urbanismo las atribuciones para revisar y aprobar los planes reguladores y para examinar y visar los planes correspondientes a proyectos de urbanización o de fraccionamiento para efectos de urbanización, previamente a su aprobación por las municipalidades correspondientes, en tanto se entienda que esa tarea debe darse en los términos señalados en el propio artículo 18 impugnado, sea, por motivos “legales o técnicos, cuya vigencia sea de absoluto interés nacional o regional”, de conformidad con los lineamientos dados en el Plan Nacional de Desarrollo Urbano; motivo por el cual, también debe desestimarse la acción en relación con estas disposiciones.” (SSC N° 5445-99).*

Lo dicho es importante a la hora de clarificar los alcances de la potestad atribuida a los gobiernos municipales por el artículo 15 de la LPU. Si desde el punto de vista de la garantía institucional establecida en los artículos 169 y 170 constitucionales, dicha potestad define un ámbito competencial intangible para el legislador ordinario, desde el punto de vista de las competencias otorgadas por la misma ley al INVU, se definen los límites en las cuales se ejercen dichas competencias. En este sentido, el artículo 10.1 de la LPU establece que la Dirección de Urbanismo tiene como competencia la aprobación y revisión de los planes reguladores y sus reglamentos antes de su adopción por las municipalidades y el artículo 17.2 *ibídem* establece que las municipalidades están en la obligación de obtener la respectiva aprobación del plan regulador, previamente a su adopción. El artículo 18 de la misma ley expresamente señala que la Dirección de Urbanismo tiene la competencia de no aprobar planes locales, sus partes o reglamentos. Esto es un claro límite a las competencias derivadas de la potestad para planificar el desarrollo urbano. Pero, ¿cómo se compagina este límite con la garantía de los artículos 169 y 170 constitucionales?

La repuesta a la pregunta formulada tiene que ver, a su vez, con los límites en que se ejercen las competencias de aprobación y revisión de los planes reguladores locales por parte de la Dirección de Urbanismo del INVU. Así, la no aprobación de un plan urbano local en

JURADO FERNÁNDEZ: La potestad pública de planificación urbana...

aplicación del artículo 10.1 de la LPU debe basarse en estrictas consideraciones legales y técnicas relacionadas con la tutela de intereses regionales.

El correcto ejercicio de esta competencia implica, por un lado, que la no aprobación de un plan local debe darse sólo cuando no hay otra forma de hacer respetar los lineamientos generales establecidos en la planificación regional y nacional y, por otro lado, que se trate de la inconformidad con lineamientos claramente identificados como regionales o nacionales, esto es, elaborados en tutela de intereses regionales o nacionales, según el caso.

Lo dicho tiene que ver con el concepto de coordinación en el ejercicio de las competencias de las distintas administraciones. Es importante tener presente la advertencia que hace la sala constitucional en la ya citada sentencia número 5445-99, en el sentido de que el control que ejerce la dirección de urbanismo del INVU debe estar basado en la necesidad de hacer prevalecer aquellos aspectos técnicos y legales de *“absoluto interés nacional o regional”*.

La anterior es la expresión utilizada por el numeral 18 de la LPU cuando señala que la Dirección de Urbanismo puede negar la aprobación de planes, sus partes o reglamentos con respaldo en principios legales y técnicos *“...cuya vigencia sea de absoluto interés nacional o regional”*. Como lo regulado en dicho artículo es un mecanismo de coordinación, la no aprobación de un plan urbano local está limitada al caso extremo en que no ha sido posible lograr dicha coordinación, y sólo cuando aspectos técnicos y legales de claro interés nacional o regional se ven afectados. Tal es el espíritu de la norma y así habría que interpretar lo dispuesto en los artículos 10.1 y 18 de la LPU, para que sea conforme con la potestad atribuida en el artículo 15 de esa misma ley a los gobiernos municipales. Un control que permitiera no aprobar planes por cualquier razón técnica o cualquier motivo de legalidad, sería inconstitucional por violación de los artículos 169 y 170 de la constitución.

De esta forma, el gobierno municipal ejerce las competencias derivadas de dicha potestad en forma autónoma, planificando el desarrollo urbano del cantón, pues el control que ejerce la Dirección de Urbanismo con base en los artículos 10.1 y 17.2 de la LPU, es con miras a evitar que la municipalidad ejerza sus competencias de planificación urbana fuera del marco jurídico y los lineamientos técnicos regionales o nacionales establecidos por los entes y órganos con potestad para

Revista de Ciencias Jurídicas Nº 123 (13-30) setiembre-diciembre 2010

hacerlo en resguardo de intereses regionales y nacionales. En el fondo, de lo que se trata es que los municipios ejerzan sus competencias en el marco del reparto de estas que ha diseñado el legislador ordinario de conformidad con la garantía institucional de los artículos 169 y 170 constitucionales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER (Luis), et.al., *Estudios Sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV, Madrid, Editorial Civitas, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y PAREJO ALFONSO (Luciano). *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid, Editorial Civitas, 1981.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (Santiago). *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005.

PAREJO ALFONSO, (Luciano). *Garantía Institucional y Autonomías Locales*. Madrid, INAP, 1981.

PUJADAS (Roma) y FONT (Jaume). *Ordenación y Planificación Territorial*. Madrid, Editorial Síntesis, S.A., 1998.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (31-68) setiembre-diciembre 2010

## **LA OMEGA Y EL ALFA DEL PROCESO PENAL JUVENIL EN COSTA RICA: LA FASE DE EJECUCIÓN**

*Dr. Álvaro Burgos<sup>(\*)</sup>*

(Recibido 06/08/09; aceptado 23/11/09)

- 
- (\*) Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster en Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Coordinador del Tribunal Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial, y encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR., Prof. de Derecho Penal Juvenil y Psicología Criminal del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

E-mail: aburgos@Poder-Judicial.go.cr  
Tel. 2247-9070.





BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

## RESUMEN

La sentencia y la ejecución de la misma no son el final del proceso penal, sino más bien el inicio de probablemente la fase más crucial e importante que el individuo tendrá que afrontar desde el punto de vista criminológico.

**Palabras claves:** Ejecución, Penal Juvenil, Sanción.

## ABSTRACT

The judgment and its execution are not the end of the criminal proceeding; on the contrary, they are probably the beginning of the most critical and important stage that the inmate will have to go through from the criminological point of view.

**Key words:** Execution, Juvenile Criminal Law, Sanction.





Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (31-68) setiembre-diciembre 2010

## **SUMARIO**

Introducción

- I. La Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles
- II. Principios Rectores del Proceso de Ejecución
- III. Problemas de la Ejecución
- IV. Judicialización de la Ejecución de las Sanciones
- V. La Sanción Penal Juvenil
- VI. Los Sujetos que intervienen en la Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles
- VII. Estructura de la Ejecución de las Sanciones Alternativas
- VIII. La Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles

Conclusiones

Bibliografía







## INTRODUCCIÓN

La sentencia y el mismo inicio de la ejecución, son vistos frecuentemente como el final del proceso penal propiamente dicho. En este caso, la materia penal juvenil, no es una excepción, siendo que el dictado de mediante el cual se pronuncia una resolución condenatoria en perjuicio del acusado se visualiza por muchos como la “Omega”, es decir: el desenlace, la parte final del mismo, pero lo cierto es que, más bien, el acento debe ser puesto en que cuando hablamos del inicio de la ejecución de la sanción penal juvenil, nos encontramos en realidad ante el “Alfa”, el inicio, la parte primaria, el principio de una fase trascendental desde el punto de vista procesal, penal, criminológico y especialmente humano del individuo que tendrá de ahora en adelante que asumir la sanción que se le ha impuesto.

Siendo así, demostrada la culpabilidad del individuo, sea, cuando queda acreditada la responsabilidad de un joven o adolescente en la comisión de alguno de los tipos penales establecidos en nuestro Código Penal, una vez analizado el elenco probatorio, lográndose desvirtuar en todos sus extremos la presunción de inocencia, nace el deber para el Juez sentenciador –Juez Penal Juvenil– de imponer a dicho joven o adolescente alguna de las sanciones establecidas en la Ley N. 7576.

Dicha ley denominada Ley de Justicia Penal Juvenil, ya sea, sanciones socioeducativas, órdenes de orientación y supervisión o internamientos (privación de libertad), según lo establece el artículo 121 de la misma; ello en virtud de que el modelo de justicia que desde 1996 rige en nuestro país es el modelo de responsabilidad, el cual constituyó una ruptura profunda con el paradigma tutelar, siendo éste el modelo de la justicia y las garantías, en el cual se entiende al joven o adolescente como un sujeto de derechos pero también de responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos.

Establece el Profesor Carlos Tiffer Sotomayor: “Con la promulgación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se instauró en Costa Rica una nueva concepción de política criminal, por lo menos en lo referente al juzgamiento de personas menores de edad. Se transformó el modelo tutelar paternalista por un modelo de orientación garantista y de responsabilidad. El ente nuevo modelo se entiende al joven



BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

adolescente como un sujeto, no solo tutelar de derechos legales y sociales, sino como un sujeto responsable por sus actuaciones frente a la ley”.<sup>(1)</sup>

Una vez que dicha sentencia o acto declarativo del Juez sentenciador adquiere firmeza, nace el deber del Estado de ejecutar dicha sentencia, es decir, de poner en marcha todo el engranaje de los órganos de control oficial a efectos de que la sanción impuesta sea ejecutada o cumplida. La Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles se constituye en un deber para el Estado y un derecho para el ciudadano, en este caso los jóvenes y adolescentes, siendo que el mismo se deriva del artículo 153 de la Constitución Política.

Así mismo la consultora del ILANUD la señora Rita Maxera indicó: “De los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y los otros instrumentos de las Naciones Unidas que integran y desarrollan esta materia, las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y las Directrices para la Prevención de la delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), se derivan las siguientes características del nuevo modelo de justicia penal juvenil, llamado “modelo de responsabilidad”:

El reconocimiento de los niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho (...). La inclusión de opciones para minimizar la intervención penal evitando el proceso de juicio (...). El establecimiento de una amplia gama de sanciones (...). Las garantías del debido proceso sustancial y formal de los adultos (...). La especialidad de los órganos del sistema de justicia penal juvenil. La participación de la víctima en el proceso, tomando en cuenta también la finalidad pedagógica de la intervención penal”.<sup>(2)</sup>

## **I. LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES**

Como deber del Estado, al Poder Judicial le corresponde no sólo el conocimiento de las causas, sino también el dictado de la resolución

---

(2) MAXERA, Rita. *Defensa de los Niños y Niñas Internacional*, DNI Seminario Las Sanciones Alternativas a la prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica, Publicación auspiciada por la embajada de los Países Bajos, San José, 2007, pág. 7.

y la ejecución de dichas resoluciones. El Derecho a la Ejecución de la sentencia es única y exclusivamente predicable de la sentencia que sea firme, es decir, aquélla contra la cual no quepa recurso; siendo que una vez que ello ocurre se convierte en un título de ejecución, de ahí la obligación para el Estado de ejecutarla. A nuestro criterio la ejecución se convierte en una auténtica fase del proceso penal, encomendada a un órgano jurisdiccional, siendo que en tal sentido, la sanción es un problema que debe ser tratado en el proceso y este no finaliza hasta que la sanción halla sido cumplida en su totalidad. La ejecución de las sanciones se efectúa de oficio, sin que se requiera de iniciativa alguna de parte, es decir, sin necesidad de que éstas pongan en marcha la actividad ejecutiva.

El vocablo ejecución tiene varias acepciones pues significa consumación, cumplimiento, realización de actividad, hacer efectiva una sentencia o fallo, aplicación de la sanción, acto por el cual se pone en práctica el fallo condenatorio de una sentencia. La ejecución penal doctrinariamente se define como la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de las sentencias firmes de condena dictadas en el proceso penal; siendo que en tal sentido el presupuesto de procedibilidad es el título de ejecución, o sea, la sentencia condenatoria firme.<sup>(3)</sup>

En la etapa de ejecución son total y absolutamente aplicables los principios rectores y además otros que informan la etapa del proceso: humanidad, principio de legalidad, proporcionalidad, racionalidad, justicia especializada, presunción de inocencia, privacidad, confidencialidad, inviolabilidad de la defensa, defensa, contradictorio, determinación de las sanciones, establecidos a partir del artículo 13 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.<sup>(4)</sup> En este sentido, el artículo 8 de tal ley manifiesta que su aplicación e interpretación debe hacerse en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho penal

---

(3) ARROYO GUTIÉRREZ, Jose Manuel y otros. *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Asociación de Ciencias Penales. Colegio de Abogados. Segunda Edición Ampliada, San José, abril de 1997, pag. 751.

(4) Artículo 13. Principio de Legalidad. Ningún menor de edad podrá ser sometido a un proceso por un hecho que la ley penal no tipifique como deliro ni como contravención. Tampoco podrá ser sometido a sanciones que la ley no haya establecido previamente.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

y del proceso penal, lo cual significa ni más ni menos que también en la etapa de ejecución deben aplicarse los mismos.<sup>(5)</sup>

## II. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

Dentro de los principios rectores en el proceso de ejecución de las sanciones penales juveniles encontramos los siguientes, según lo establece el Doctor Carlos Tiffer Sotomayor:

- a) **Principio de Humanidad:** En la ejecución de todo tipo de sanción debe de partirse del interés superior del menor de edad sancionado, respetarse su dignidad y derechos humanos.
- b) **Principio de legalidad durante la ejecución:** Ninguna persona menor de edad sancionada puede sufrir limitación alguna a su libertad u otro de sus derechos que no sean consecuencia directa e inevitable de la sanción impuesta.
- c) **Principio de tipicidad de la ejecución:** Ninguna persona menor de edad puede ser sometida a medidas disciplinarias o de restricción de cualquier de derecho, si la conducta atribuida no se encuentra descrita en la ley.
- d) **Principio de proporcionalidad e interés superior de la persona menor de edad:** En la ejecución de las sanciones penales juveniles cuando proceda imponer una medida disciplinaria, se debe escoger aquella que menos perjudique a la persona menor de edad sancionada y que se encuentre acorde con la falta cometida.
- e) **Principio de debido proceso:** Durante la tramitación de todo procedimiento dentro de la ejecución de las sanciones penales juveniles se debe respetar el debido proceso.

---

(5) Artículo 8. Interpretación y aplicación. Esta ley deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, la doctrina y normativa internacional en materia de menores. Todo ello en la forma que garantice mejor los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados, las convenciones y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (31-68) setiembre-diciembre 2010

**Derechos del menor durante la ejecución:** La persona menor de edad tendrá como mínimo los siguientes derechos:

1. Derecho a la vida, la dignidad, y la integridad física y moral.
2. Derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado.
3. Derecho a permanecer en su medio familiar, si éste reúne los requisitos adecuados para el sano desarrollo de la persona menor de edad.
4. Derecho a recibir los servicios de salud, educativos y sociales adecuados para su edad y condiciones.
5. Derecho a la integración social.
6. Derechos a recibir información oral y escrita desde el inicio de la sanción.
7. Derecho a presentar peticiones ante cualquier autoridad y que se le garantice la respuesta. Estas peticiones podrán ser hechas en forma personal o por medio de su defensor.
8. Derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete si no se comprende el idioma español.
9. Derecho a que se le mantenga separado, en todo caso de los condenados por el derecho penal de adultos.
10. Derecho a contar con un defensor de su confianza, sea público o privado.
11. Cualquier derecho penitenciario establecido para adultos y que pueda ser aplicable a personas menores de edad.

Así mismo debe destacarse el principio de legalidad, que comprende no sólo el principio de tipicidad penal, sino también el de legalidad de las sanciones.

De igual forma, el derecho de igualdad y no discriminación, contenido en la Constitución Política. En cuanto a la interpretación de principios contenidos en la Constitución Política y que por ende deben

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

de ser igualmente respetados en la ejecución de las sanciones penales juveniles el Tribunal Penal Juvenil de Segundo Circuito Judicial ha indicado: “En otros términos, la interpretación debe efectuarse tomando en cuenta el fin total del ordenamiento jurídico, en relación con el precepto interpretado. Esta interpretación es más acorde con el Derecho de la Constitución, porque permite que el juez de la ejecución de la pena haga valer el principio de independencia de poderes (principio de independencia y principio de ejecutoriedad de la competencia penal), tal como lo prevé la Constitución Política cuando le otorga independencia al Poder Judicial y por lo tanto al juez, para que decida dentro del ámbito de la competencia de ejecución penal (...)”<sup>(6)</sup>

También, y en relación con las sanciones, contiene el principio de racionalidad y proporcionalidad de las sanciones y el principio de determinación de las mismas. La Sala Constitucional costarricense se pronunció con respecto a la constitucionalidad de la larga duración de la sanción de internamiento prevista en la legislación. Así en el voto 2743-99 del 16 de abril de 1999 señaló que la regulación legal es conforme a la Constitución Política.<sup>(7)</sup> Se trataba de una consulta de constitucionalidad presentada por un Juzgado Penal Juvenil, que recibió

---

(6) Tribunal Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 074-06, 2006.

(7) TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, y LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999, pp. 313-322. Se dijo por la Sala: “El 131 inciso a) de dicha Ley señala que el internamiento en centro especializado tiene como máximos diez y quince años de prisión, según se trate de menores o mayores de quince años de edad. Considera esta Sala que la fijación de la duración de la sanción es un aspecto propio de política criminal que el legislador ha de determinar de acuerdo con los fines de la pena y los principios que rigen el derecho represivo de menores, dentro del contexto de una sociedad democrática. No obstante, ello no significa que se encuentra exento del control de constitucionalidad, como bien señala la Procuraduría en su informe, si se observa alguna desproporcionalidad, la misma ha de declararse. Desde ese punto de vista, se estima que esta última no existe. Primero, porque la sanción privativa de libertad está prevista como una medida de carácter excepcional, como el último recurso al que debe acudir el juez, segundo porque los montos máximos de penas son mucho menores que los establecidos en la legislación penal de adultos, lo cual implica que el legislador le dio un trato diferente a los menores de edad por su especial condición de seres

el apoyo de la Procuraduría General de la República, la que estimó que los montos por los que se podía llegar a fijar una sanción de internamiento en materia penal juvenil eran desproporcionados y contrarios al principio educativo. Se dijo, sin embargo, por la Sala Constitucional que la fijación de los montos legales de la sanción es una cuestión de política criminal, de la que es competente el legislador, salvo que se llegue a la desproporcionalidad. Luego llegó a comparar los montos de la pena privativa de libertad en la legislación de adultos con los correspondientes a la materia penal juvenil, indicando que en la misma se establecía una penalidad mucho más benigna, que atiende a los principios de la justicia penal juvenil. Así, contiene también el derecho a la seguridad jurídica de conocer exactamente cual es el tipo y la extensión de la sanción que se aplica.

Se prohíbe en forma expresa cualquier sanción indeterminada. En el campo del derecho procesal, la Ley abarca las normas comunes que le asisten a los adultos en el proceso penal, como lo son la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, el derecho de abstenerse de declarar, el principio del “non bis in idem”, el principio de aplicación de la Ley y la norma más favorable, el derecho de defensa, el principio de prohibición de reforma en perjuicio y el principio del contradictorio. En relación con estos principios y derechos hay que tomar en cuenta que la mayoría de ellos no eran considerados como tales por la legislación tutelar anterior. También, en el campo del derecho procesal, la Ley contiene otras normas que, por la especialidad de la materia, se le reconocen a los menores de edad. Así se contemplan el principio de la justicia especializada, que comprende no solo tribunales exclusivos para la materia relativa al juzgamiento de los menores de edad, sino también la especialización de los demás sujetos que intervienen en el proceso, como por ejemplo los fiscales y los defensores.

Por otra parte, está el principio de confiabilidad y el derecho de privacidad, que son normas que se imponen al principio de publicidad procesal del derecho penal de adultos, y que protegen la vida privada del menor de edad e incluso la de su familia, en relación con el proceso, por las consecuencias estigmatizantes y negativas que pueden provocar.

---

*humanos en desarrollo y tercero porque sólo es aplicable en casos verdaderamente graves, sea los delitos dolosos que en el caso de mayores tengan señalada como pena, prisión superior a seis años”.*

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

La Ley de Justicia Penal Juvenil establece, en relación a la fase de ejecución, el principio de justicia especializada, según el cual se crea el órgano judicial encargado de la ejecución de las sanciones penales juveniles, y de velar por el respeto de los derechos de los menores de edad, órgano que se va a ser sustituido por el Juzgado de Ejecución Penal Juvenil que establece la nueva Ley de ejecución penal Juvenil. Por otra parte, la ley de Justicia Penal Juvenil establecía el derecho al internamiento en centros especializados, el cual consistía en la creación de áreas físicas y la disposición de personal técnico idóneo para el trabajo con menores de edad, así como la separación e individualización de un plan de ejecución, derechos y garantías durante la fase de cumplimiento de la sanción.

### III. PROBLEMAS DE LA EJECUCIÓN

- a) Ruptura con las etapas anteriores del proceso, de manera que el juzgador dicta sentencia y se olvida de las consecuencias prácticas de la misma, lo cual provoca que los jueces se desentiendan de las consecuencias de sus decisiones con menoscabo de la propia actividad decisoria.<sup>(8)</sup>
- b) Falta absoluta de compromiso y responsabilidad con respecto a las personas condenadas, por lo general el sujeto sentenciado “se deposita” en la administración penitenciaria.<sup>(9)</sup>
- c) No se ejerce un efectivo control judicial de las sentencias.
- d) El tema de la ejecución es el tema del que menos se ocupan la doctrina, la jurisprudencia e incluso la ciudadanía.
- e) El tema es abordado a nivel político desde una óptica político-partidista, ofreciendo a los ciudadanos más cárcel y mayor control.

---

(8) ARROYO GUTIÉRREZ, Jose Manuel y otros. *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Asociación de Ciencias Penales. Colegio de Abogados. Segunda Edición Ampliada, San José, abril de 1997, pág. 742.

(9) ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y otros. *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Asociación de Ciencias Penales. Colegio de Abogados. Segunda Edición Ampliada, San José, abril de 1997, pág. 742.

- f) El Poder Judicial tampoco ha mostrado mayor interés por la materia, siendo que abunda a nivel de los mismos funcionarios profesionales en derecho tanto de la defensa pública, el Ministerio Público y la Judicatura un enorme desconocimiento y desprecio absoluto por la materia, patrón que se repite con mayor fuerza en los abogados litigantes.

#### IV. JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

En torno al concepto de judicializar ello significa ni más ni menos que generar mecanismos procesales concretos para que el juez pueda vigilar que la sanción impuesta cumpla con sus finalidades genuinas. Alberto Binder en torno a este tema ha establecido que judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de las sanciones, sino también permitir que el condenado puede defenderse, no ya de una imputación sino de una ejecución descarriada de la misma.<sup>(10)</sup>

Con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil se crea en el papel únicamente, el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles asignándole una serie de funciones, tal y como se desprende de los artículos 135 y 136, sin embargo, tal Despacho es hasta el dieciséis de marzo del dos mil siete que en efecto abre sus puertas, sea, once años después de la promulgación de la mencionada ley. Por otro lado, en octubre del dos mil cinco nace a la vida jurídica la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles –nueve años después de promulgada la ley de Justicia Penal Juvenil– más como se indica anteriormente ello no llevó aparejada la creación del mencionado Juzgado de Ejecución, es decir, durante casi dos años se contaba con Ley de Ejecución más no con Despacho Especializado.

La apertura de dicho Despacho representa un hito, un logro histórico y un enorme avance, lo cual aún no se vislumbra en materia de adultos y todo apunta que está sumamente lejos esa posibilidad. En este sentido es el primer Juzgado de Ejecución especializado –atendiendo al principio de Justicia Especializada del artículo 12 de la

---

(10) ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y otros. *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Asociación de Ciencias Penales. Colegio de Abogados. Segunda Edición Ampliada, San José, abril de 1997, pág. 743.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

mencionada ley– en conocer de las Sanciones Penales Juveniles de todo el territorio nacional, sea, es el único existente.

El Tribunal Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José ha descrito de la siguiente manera la ley de Ejecución Penal Juvenil: “La ley de Ejecución Penal Juvenil contiene normas en carácter procesal y también contiene normas de carácter sustantivo, las primeras se refieren a la modificación del *quantum* de las penas que vinieron a justificar la justicia penal juvenil (...) la ejecución de la sanción es un mecanismo que se supervisa por parte del Órgano Jurisdiccional luego del dictado de la sentencia, si bien es un procedimiento independiente forma parte de la competencia de los Tribunales de la República y se encuentra regulado de esta forma en la legislación de ejecución penal juvenil”.<sup>(11)</sup>

Ahora bien, no puede perderse de vista que aún y cuando no existía un Juez de Ejecución especializado –antes del dieciséis de marzo del dos mil siete– que conociera única o exclusivamente de la materia penal juvenil, sin embargo, ello no quiere decir que la ejecución de las sanciones penales juveniles no fuese controlada o fiscalizada por un órgano judicial, o en otras palabras que no existiera una judicialización de la etapa de ejecución; siendo que lo que ocurría es que dicha ejecución la llevaba a cabo el Juez de Ejecución de la Pena de Adultos, lo cual generaba una serie de inconvenientes: la materia penal juvenil era asumida por dichos Jueces como “recargo”, dándosele preferencia a los asuntos de adultos, lo cual en muchas ocasiones generaba cierto disgusto y desprecio por la materia, dicho recargo generaba grandes cantidades de trabajo que generaba que las sanciones penales juveniles no fueran revisadas, analizadas o resueltas adecuadamente, además de que en muchos casos existía mucho retardo para resolver.

Otro de los inconvenientes o problemas que generaba la ejecución por parte de los Jueces de Ejecución de Adultos era la enorme disparidad de criterios de un Juez a otro, de un Juzgado a otro, lo cual producía en el sistema penitenciario enormes problemas al tener que estar ajustando su actuar al criterio de cada Juez, asimismo, los Jueces de Ejecución de Adultos poseían la formación propia de la materia que originalmente debían conocer, sea, la ejecución de adultos, es decir, no

---

(11) Tribunal de Juicio Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 033-06, 2006.

contaban con especialización alguna, recibían preparación alguna para asumir dichas funciones y comprender el carácter especializado de tal materia.

En este orden de ideas, si bien en algunos aspectos generales la ejecución de adultos y de jóvenes y adolescentes es similar, sin embargo, en torno a la mayoría de otras cuestiones como lo son: sus principios rectores, naturaleza, elenco de sanciones, es totalmente distinta, de ahí el inconveniente que no fuera un órgano especializado el que conociera de la ejecución.

Tampoco existía una estadística exclusiva para la materia penal juvenil, sino que los asuntos eran consignados dentro de la Estadística que los Jueces de Ejecución debían remitir a la Oficina de Planificación. De este modo, sea Juez de Ejecución de Adultos o Juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, lo cierto del caso es que en materia de ejecución penal juvenil operaba la judicialización de esta etapa, pre-tendiendo con ella el respeto de los derechos fundamentales de las personas sentenciadas.

## V. LA SANCION PENAL JUVENIL

Resulta toda una novedad, es lo característico, lo más sobresaliente del Derecho Penal Juvenil según el Dr. Javier Llobet. En materia penal juvenil se cuenta con todo un elenco o gama de sanciones: sanciones socioeducativas, órdenes de orientación y supervisión y privativas de libertad y si a ello se le aúna el carácter eminentemente educativo o pedagógico, es clara la diferencia existente con la materia de adultos pues en ésta última la pena reinante es la prisión, sin que existan penas alternativas.<sup>(12)</sup>

En este sentido, cuando resulta inevitable la imposición de una sanción se dispone la menor restricción de derechos posible, se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal, esto como producto del paradigma minimalista que informa esta materia, derivado de ello se trata de no imponer una sanción privativa de libertad, reducirlas al mínimo pues esta opción es la última ratio, tiene un carácter excepcionalísimo y si el internamiento debe imponerse, debe

---

(12) Artículo 121, Ley No. 7576: Ley de Justicia Penal Juvenil.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

durar el menor tiempo posible, así lo establecen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. La Ley de Justicia Penal Juvenil transformó el paradigma tutelar-defensista por uno de naturaleza minimalista garantista, lo cual quiere decir que un Estado de derecho debe intervenir punitivamente el mínimo posible, al tiempo de otorgar a todos sus ciudadanos un conjunto de garantías, implica también que durante la ejecución penal el principio de legalidad y todas las garantías deben cubrir y ser aplicables a esta última fase del proceso.

El aspecto fundamental que caracteriza al Derecho Penal Juvenil es la regulación de las sanciones y sus alternativas, en donde se refleja especialmente el principio educativo, consecuencia del principio de interés superior del niño. Ello lleva a la prioridad de las soluciones alternativas, llegándose a la *diversion*, ya sea sin intervención (criterios de oportunidad) o con intervención (suspensión del proceso a prueba y conciliación).<sup>(13)</sup>

Se expresa ello en el principio de *ultima ratio* de la sanción penal juvenil. Cuando se llega al dictado de una sentencia condenatoria en contra del joven, luego de la realización del juicio oral y privado, debe procurarse también evitar la imposición de una sanción privativa de libertad, especialmente la de internamiento. Por ello tienen absoluta prioridad las sanciones socioeducativas y las órdenes de orientación y supervisión.

El principio educativo es fundamental tanto en la fijación de la sanción penal juvenil como en la ejecución de la misma. Así de acuerdo con la teoría de la sanción penal las sanciones que se imponen en el Derecho Penal Juvenil tienen primordialmente una finalidad educativa, lo que se asocia con la prevención especial positiva. Otros fines tienen un carácter totalmente secundario.

---

(13) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: Tiffer/Llobet/Dünkel. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 388-403; Tiffer Sotomayor, Carlos. *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad en la justicia penal juvenil*. En: Tiffer/Llobet/Dünkel. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 307-370.

El minimalismo penal pretende deslegitimar el sistema penal y con ello la pena privativa de libertad, se da la necesidad de minimizar o contraer el sistema penal todo cuanto sea posible eliminando la institución carcelaria como forma de sanción penal, en el fondo propone un modelo de sociedad nueva, que trata de reducir al mínimo el campo de acción del sistema penal eliminando la cárcel a través de un derecho penal garantista.

La razón que lleva a tratar de evitar la imposición de una sanción privativa de libertad radica no solo en la magnitud de la injerencia en los derechos del joven, sino también en el carácter criminógeno que dicha privación genera. Las partes (el Juez, Fiscal y el defensor) tienen como límite el marco que les establecen los derechos, las garantías constitucionales y los convenios internacionales, como parte de sus funciones están el velar porque las mismas no sean violadas o irrespetadas, las tres instancias son órganos promotores de los derechos de los adolescentes infractores, tanto durante la fase procesal como en la ejecución de las sanciones.

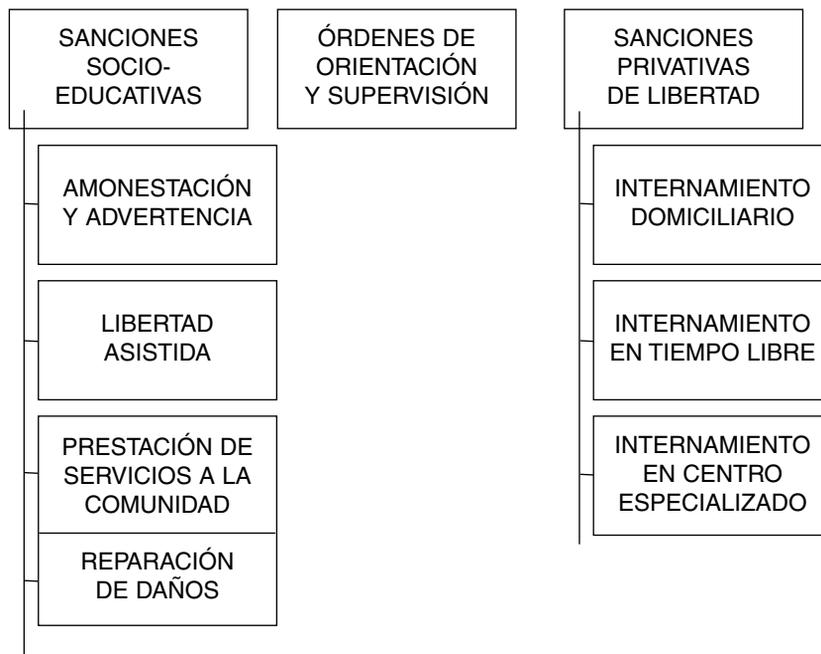
Así mismo el Tribunal Superior Juvenil ha establecido lo siguiente: “En la materia penal juvenil, la cual es un derecho especializado a una población particular por su connotación etaria (...) esto es reiterado en el artículo 8 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, cuando estipula que el objetivo de la sanción debe ser el buscar el desarrollo de las capacidades y el sentido de la responsabilidad de la persona menor de edad y dentro de las condiciones mínimas para dichos objetivos, el artículo 9 de la misma ley en su inciso e) consigna el minimizar los efectos negativos que la condena pueda tener en su vida futura.”<sup>(14)</sup>

---

(14) Tribunal Superior Penal Juvenil, Voto 126-06, 2006.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

### SANCIONES PENALES JUVENILES (ARTÍCULO 121 L.J.P.J.)



Algunas de las críticas al tema de la sanción, que podemos rescatar es que no existe una gradación de ellas, sea cuales son principales y cuales sustitutivas, por consiguiente no resulta claro bajo qué parámetros el Juez sentenciador puede establecer una pena privativa de libertad, tampoco se resuelve el tema de que sanción se debe aplicar a un joven o adolescente si comete una contravención, si en caso de incumplimiento de una sanción sería posible dictar un internamiento, si esto sería o no constitucional, por ello debiera establecerse que tipo de sanción procede en estos casos pues lo contrario podría pensarse que vulnera el principio de legalidad y de proporcionalidad pues igual sanción podría imponerse en caso de delito y en caso de contravención.

Como objetivos a cumplir de la sanción penal juvenil se establecen la reinserción en la familia y en la sociedad, el permanente desarrollo personal y de sus capacidades –artículo 131 Ley de Justicia Penal Juvenil.

El Tribunal Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José ha establecido en relación a la sanción penal juvenil lo siguiente: “Hay que recalcar que la sanción en materia penal juvenil tiene una finalidad primordialmente educativa.

Si bien es cierto el artículo 6 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles le otorga al juzgador la facultad de cesar la sanción penal juvenil, cuando el joven imputado sea condenado igualmente como adulto, al ser facultativo para el juzgador y en relación con el caso concreto y con los fines de la sanción en materia penal juvenil es perfectamente posible que el joven condenado termine de cumplir la sanción que como menor de edad le fuera impuesta, o bien le sea modificada (...).”<sup>(15)</sup>

Un dato importante en la imposición de sanciones penales juveniles lo rescata la licenciada Ana Orozco, Coordinadora del Programa de Sanciones Alternativas del Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil: “Los datos a diciembre del 2006 indican que del total de jóvenes que atienden el PNAPPJ el 84% fueron sentenciados con una sanción alternativa, y solo un 16% fueron sujetos de una privación de libertad.

Desde la implementación de la ley hasta la fecha, 1928 adolescentes han sido sancionados con penas alternativas a la privación de libertad.”<sup>(16)</sup>

## **VI. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES**

Es posible distinguir en el proceso de ejecución de las sanciones penales juveniles una serie de órganos y sujetos que intervienen. La Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en el art. 14 alude a los órganos encargados del control de la ejecución y el cumplimiento de las sanciones: el Juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, el Tribunal Superior Penal Juvenil, la Dirección General de Adaptación Social y las entidades públicas o privadas autorizadas de previo por el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

---

(15) Tribunal Penal Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 074-06, 2006.

(16) OROCO, Ana, op. cit., pág. 40.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

**a) Órgano sentenciador (Órgano Jurisdiccional)**

Le corresponde el dictado de la sentencia condenatoria en la cual se indica el tipo o tipos de sanciones impuestas y su duración al Juez Penal Juvenil en los lugares en que existe dicha figura, lo cual sería lo más ajustado al mencionado principio de Justicia Especializada del artículo 12 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, sin embargo, ello no es así en todo el territorio nacional, por consiguiente, también se constituyen en órgano sentenciador los Jueces de Familia en los lugares en que no existe Juez Penal Juvenil.

El órgano sentenciador una vez que la sentencia adquiere firmeza, sea porque no se presentó Recurso de Casación por ninguna de las partes o porque el recurso de Casación fue declarado sin lugar o con lugar en algunos extremos que no implicaba el reenvío al órgano sentenciador, tiene el deber de confeccionar el auto de liquidación de pena y remitirlo al Departamento u Oficina de Cómputo de Penas. Además del auto de liquidación de penas debe confeccionar la respectiva Hoja de Referencia y dirigirla al Programa de Sanciones Alternativas.

Por último, una vez llevadas a cabo tales actuaciones debe el órgano sentenciador remitir la causa al Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles para que siga dicho Despacho conociendo de la etapa de ejecución.

**b) El juez de ejecución de las sanciones penales juveniles (Órgano Jurisdiccional)**

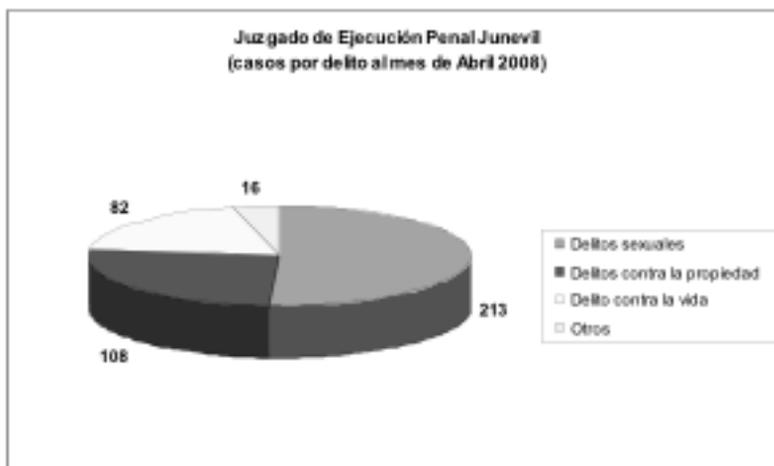
Es una autoridad jurisdiccional que responde a los principios de judicialización de esta etapa procesal, y ahora de reciente data, del principio de Justicia Especializada, es un juez predeterminado por la ley de Justicia Penal Juvenil.

La función jurisdiccional del Juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en forma general estriba en el conocimiento de todo lo concerniente a la etapa de ejecución, asumiendo labores de vigilancia y control de las sanciones impuestas al joven o adolescente, lo cual tal y como es establecido en materia de adultas podría decirse que implica el control de la legalidad de la actuación administrativa penitenciaria, la salvaguarda de los derechos e intereses del sentenciado, la tutela frente



a las violaciones de sus derechos fundamentales y la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de las normas del régimen penitenciario puedan producirse, siendo la autoridad judicial que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación del privado de libertad con las autoridades penitenciarias.

Sus atribuciones se encuentran originariamente establecidas en los artículos 135 y 136 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, adicionalmente los artículos 16 y 25 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles aluden a otras atribuciones, todo lo cual implica que tales artículos se complementan.



### c) Tribunal Superior Penal Juvenil (Órgano Jurisdiccional)

Es el órgano jurisdiccional encargado de resolver en segunda instancia los recursos de apelación contra las resoluciones del Juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles. La crítica que se ha hecho a este órgano jurisdiccional es que no existe un Tribunal Penal Juvenil que conozca exclusivamente de la materia penal juvenil como debiera ser a tenor del tan aludido principio de Justicia especializada del art. 12 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Este Tribunal conoce de otras materias, forma parte del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, en ese tanto, la integración varía constantemente y con ello los criterios de interpretación de la ley, lo cual produce una importante disparidad de posiciones.



BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

**d) Administración o Sistema Penitenciario**

**Organigrama Estructural del Sistema Penitenciario  
Dirección General de Adaptación Social: P.N.A.P.P.J.  
(Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil)**

CENTRO DE FORMACIÓN JUVENIL ZURQUÍ	CENTRO ESPECIALIZADO ADULTO JOVEN	PROGRAMA DE SANCIONES ALTERNATIVAS	CENTRO DE OPORTUNIDADES JUVENILES
------------------------------------	-----------------------------------	------------------------------------	-----------------------------------

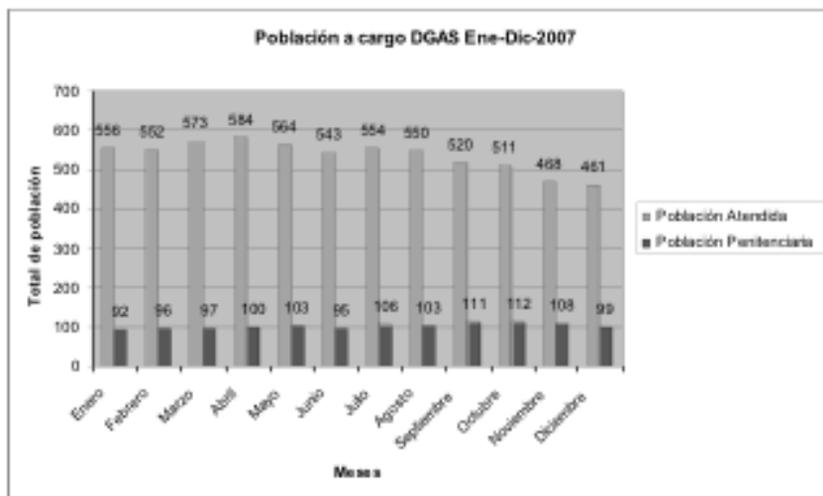
De conformidad con la Ley 4762 Ley de Creación de la Dirección General de Adaptación Social, el artículo 3 establece que los fines de tal Dirección son el ejecutar las sanciones privativas de libertad, la custodia y tratamiento de los procesados y sentenciados, entre otras cosas.

En materia penal juvenil el P.N.A.P.P.J. (Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil),<sup>(17)</sup> del Ministerio de Justicia y Gracia es el Programa creado en 1996 adscrito a la Dirección General de Adaptación Social, cuya Directora es la Licda. Ada Luz Mora, este Programa se crea a efectos de dar respuesta a toda la población sentenciada e indiciada penal juvenil. A dicho Programa se encuentran adscritos la Unidad o Centro Especializado Adulto Joven, cuyo Director es el Lic. Miguel Vega, el Centro de Formación Juvenil Zurquí, cuya Directora es la Licda. Rebeca Herrera, la Sección de Adultas Jóvenes, cuya Directora es la Licda. María de los Angeles Villalobos, el Programa de Sanciones Alternativas y el Programa de Oportunidades Juveniles cuya Directora es la Licda. Ana Orozco.

(17) Memoria Seminario-Taller. *Las Sanciones Alternativas a la Prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica*. Enero 2007. San José, Costa Rica, pág. 41.

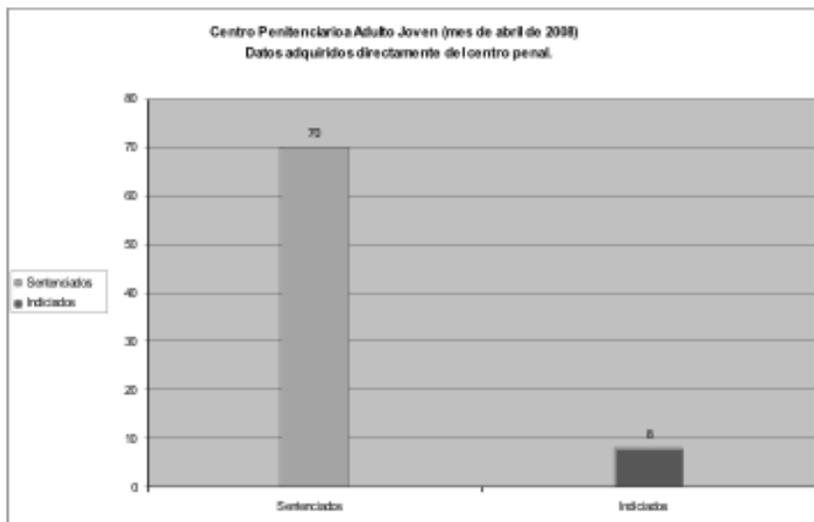
## El Centro o Unidad Adulto Joven

Se ubica dentro de las instalaciones del C.A.I. Reforma, en San Rafael de Alajuela, en infraestructura separada e independiente de lo que es propiamente Reforma, es un centro especializado de carácter institucional o cerrado que recluye a los jóvenes mayores de edad que se encuentran descontando sanción de internamiento, su origen proviene del art. 139 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, atiende a la población de jóvenes o adolescentes que cometen delito siendo menores de edad y durante el cumplimiento de su sanción adquieren la mayoría de edad, por consiguiente no pueden continuar descontando su sanción en un centro de menores pues ya no lo son, ni en un centro de adultos pues fueron sentenciados con Ley Penal Juvenil. Críticas: falta de personal técnico y recursos materiales dado lo reducido del Presupuesto, la dependencia administrativa con Programas de Adultos por ej: no cuentan con su propio administrador, depende del C.A.I. Reforma, no cuentan con su propio personal de seguridad especializado, no cuentan con sus propias celdas para ejecutar las medidas extraordinarias de seguridad, sino que los jóvenes son llevados a Máxima Seguridad junto a los sujetos adultos, se encuentran mezclados sentenciados e indiciados, irrespetándose la separación que debe existir, mucho menos existe la separación por edades, su infraestructura permite albergar a un máximo de 74 jóvenes, siendo que en su construcción no se tuvo visión futurista, durante mucho tiempo no han contado con espacios de recreación para los jóvenes.



BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

Hasta hace poco se está construyendo una cancha de papi fútbol, durante muchos años han contado con el propio desinterés y menosprecio por parte de las altas jerarquías, aduciendo que “es muy poca la población”.



### El Centro de Formación Juvenil Zurquí

Se ubica en San Luis de Santo Domingo de Heredia, es un centro institucional o cerrado que alberga a la población de menor de edad, tanto hombres como mujeres, en condición de sentenciados e indiciados, de los doce a los diecisiete años de edad, los módulos se encuentran separados por edad y por género.

<i>Centro de Formación Juvenil Zurquí al 29 de Abril 2008</i>	
<i>Fuente: primaria</i>	
CONDICIÓN	PRIVADOS DE LIBERTAD
Sentenciados	14
Indiciados	22
<i>Total</i>	36



## **La Sección de Adultas Jóvenes**

Se ubica dentro de las instalaciones del C.A.I. Buen Pastor en Aserri, se supone que debería ser un centro especializado de carácter institucional o cerrado que recluye a las jóvenes mayores de edad que se encuentran descontando sanción de internamiento, su origen deviene del art. 139 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, atiende a la población de mujeres jóvenes o adolescentes que cometen delito siendo menores de edad y durante el cumplimiento de su sanción adquieren la mayoría de edad, por consiguiente no pueden continuar descontando su sanción en un centro de menores pues ya no lo son, ni en un centro de adultos pues fueron sentenciados con Ley Penal Juvenil. Problemas: no cuentan con una adecuada infraestructura, no se puede hablar propiamente de un centro como tal al igual que la Unidad Adulto Joven, únicamente cuentan con una pequeña casita con dos habitaciones para albergar máximo dos personas, un servicio sanitario, cocina, pequeña sala, un patio, se encuentran totalmente separada de las demás reclusas, sin embargo, se da el caso de jóvenes que se encuentran ubicadas en casa cuna y se encuentran mezcladas con la población adulta, falta de recursos, de personal técnico, total desprecio de la Directora por atender dicha población, falta de voluntad, negligencia que ha provocado serios errores en perjuicio de dicha población, siendo que desde julio del dos mil siete solicitó a las altas jerarquías que dicha población fuera trasladada al Centro de Formación Juvenil Zurquí, aduciendo que no les puede dar atención, el espacio con que cuenta es sumamente reducido.

## **El Programa de Sanciones Alternativas**

Este programa se conformó tres meses después de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se encuentra ubicado en San Luis de Santo Domingo de Heredia, es el Programa encargado de atender a toda la población sentenciada con Ley de Justicia Penal Juvenil, tanto hombres como mujeres los cuales se encuentran cumpliendo sanciones alternas, atienden a dicha población a nivel nacional, cuentan con un total de quince funcionarias, es el programa que mayor población maneja, el dato para diciembre del 2006 es que del total de jóvenes atendidos por el P.N.A.P.P.J. (Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil) el 84% se les impuso sanciones alternas y un 16% sanciones de internamiento.



BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...



Tal Programa llevan a cabo el control, seguimiento, de las sanciones, brindar la atención correspondiente mediante cinco efectúan visitas de campo a la residencia del sentenciado, su comunidad, sus trabajos, a las partes ofendidas, etc, asimismo, elaboran los planes de ejecución de conformidad con el perfil del joven, la sentencia impuesta, su personalidad, remiten dichos informes al Juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en forma trimestral, son en resumidas cuentas el órgano de la administración penitenciaria encargado de comunicar a la autoridad judicial tanto del cumplimiento como el incumplimiento de las sanciones alternas impuestas. Dicho Programa cuenta con cinco proyectos de atención para la población:

**1) El Proyecto de Atención a Jóvenes que presentan una conducta violenta como conflicto básico<sup>(18)</sup>** (jóvenes que cometieron delitos contra la vida o contra la propiedad utilizando la violencia o aquellos que independientemente del delito cometido se caracteriza por incorporar en su comportamiento habitual la violencia como principal forma de responder a los conflictos, tienen problemas asociados con el manejo de límites y normas sociales, dificultad para la contención, se asocian a grupos negativos, minimizan, justifican o niegan la transgresión de normas, tienen dificultades para estructurar un proyecto de vida, poca tolerancia a la frustración, conductas hostiles, desconfianza al

(18) Memoria Seminario-Taller. *Las Sanciones Alternativas a la Prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica*. Enero 2007. San José, Costa Rica, pág. 46.

medio y a terceros, dificultad para la expresión asertiva de sentimientos y pensamientos, tendencia acentuada a la manipulación).

**2) El Proyecto de Crecimiento Personal:** Dirigido a población en la cual no se detectan necesidades particulares de atención, los temas a tratar son autoestima, comunicación asertiva, toma de decisiones, proyecto de vida, sexualidad, manejo de límites, paternidad y maternidad responsable, prevención de drogas, enfermedades de transmisión sexual, relaciones interpersonales, valores, pretende fomentar en el adolescente incorporación de aspectos positivos que contribuyan al fortalecimiento de habilidades y destrezas dirigidas al crecimiento personal y mejoramiento de la calidad de vida de los jóvenes).<sup>(19)</sup>

**3) El Proyecto en el Manejo de Límites:** Presentan problemas en el manejo de límites, respeto de las normas sociales, poseen un proceso de socialización de familias disfuncionales, figuras de autoridad poco claras, antecedentes de drogadicción, delincuencia, violencia familiar, inestabilidad laboral, bajos niveles educativos o analfabetismo, problemas de aprendizaje, discapacidad, poca tolerancia a la frustración, bajo control de impulsos, dificultad para establecer proyecto de vida).<sup>(20)</sup>

**4) El Proyecto de atención a Ofensores Sexuales:** Es el proyecto que cuenta con mayor población, un 65%, jóvenes que cuentan con un recurso que ofrece poca contención y apoyo, expuestos en su infancia a situaciones de maltrato, abuso, no tienen antecedentes delictivos, poseen hábitos laborales, no consumen drogas, con acceso a pornografía a edades tempranas, vínculo familiar o afectivo con las víctimas, tiene dos fases, el taller educativo informativo y la fase terapéutica, se tratan temas como: patriarcado, sexo, género, sentimientos, socialización por género, poder y control, equidad, sexualidad, violencia general, tipos de violencia, mitos de la conducta sexual ofensora, errores de pensamiento, condiciones previas a la ofensa, ciclo compensatorio, empatía con la víctima, plan de prevención).

---

(19) Memoria Seminario-Taller. *Las Sanciones Alternativas a la Prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica*. Enero 2007. San José, Costa Rica, pág. 46.

(20) *Ibíd.*, pág. 47.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

**5) El Proyecto de Atención ambulatoria a jóvenes consumidores de sustancias psicoactivas:** Presentan un consumo problemática de drogas como limitación principal para el cumplimiento de la sanción, tienen un nivel educativo de primaria incompleta, inestabilidad laboral o desempleados, conviven conflictivamente con sus familiares o con procesos de callejización importantes, víctimas de maltrato, con carreras delictivas a temprana edad, no asumen conciencia de su enfermedad, su prioridad número uno es el consumo de drogas, los temas son: concepto de adicción, enfermedad, uso, abuso, dependencia, tolerancia, intoxicación, autodiagnóstico, clasificación de drogas y sus efectos, mitos y realidades sobre las drogas, factores de riesgo y protectores, recaídas, etc.).

Los problemas que enfrenta el Programa de Sanciones Alternativas es el escaso personal de dicho Programa: 15 funcionarios, que se dividen en dos secretarías, un recepcionista, cuatro psicólogos, cuatro trabajadores sociales, una orientadora, un abogada y la Directora, aumento de la población sometida a sanciones alternas, la escasez de recursos materiales, la ubicación de dicho Programa y el poquísimos presupuesto asignado por desinterés del mismo Ministerio de Justicia.

## VIII. ESTRUCTURA DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES ALTERNATIVAS

### JUZGADO PENAL JUVENIL

PROGRAMA DE SANCIONES  
DE ALTERNATIVAS

JUZGADO DE EJECUCIÓN  
LAS SANCIONES PENALES  
JUVENILES



JUZGADO DE EJECUCIÓN DE LAS  
SANCIONES PENALES JUVENILES

## PASOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN ALTERNATIVA

1.-) El Juez Penal Juvenil dicta sentencia condenatoria y una vez que esta adquiere firmeza, sea porque no se presentó Recurso de Casación o porque el Recurso de Casación fue declarado sin lugar o con lugar en aspectos que no implicaban reenvío, procede posteriormente a dictar auto de liquidación de pena,<sup>(21)</sup> tomando en consideración los períodos que el joven descontó de prisión preventiva, estableciendo lo que realmente tiene que cumplir de su sanción, dicho auto lo remite a la Oficina de Cómputo de Penas para que lleven el control correspondiente del cómputo. Asimismo, el Juez Penal Juvenil emite la hoja de referencia al Programa de Sanciones Alternativas, y por último, una vez llevadas a cabo todas estas diligencias se remite el expediente completo al Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

2.-) El Juzgado de Ejecución se arroga el conocimiento de la causa, previene al defensor particular si lo hubo durante la etapa del proceso a efectos de que se apersona a esta etapa y si no lo hace, se solicita nombramiento de defensor público y de representante del Ministerio Público. El expediente queda a la espera del primer informe del Programa de Sanciones Alternativas en el que se da la presentación del Plan de Ejecución.

3.-) El Programa de Sanciones Alternativas recibe la referencia remitida por el Juzgado Penal Juvenil, abre expediente administrativo, asigna el caso a una funcionaria bajo ciertos criterios: el delito cometido, la sanción impuesta, características personales del joven.<sup>(22)</sup> Aquí podrían ocurrir dos cuestiones: que el joven se presente voluntariamente al Programa de Sanciones (que son los menos) o que el Programa reciba la referencia y transcurra un mes y el joven no se presenta entonces llevan a cabo visita de campo a la casa de habitación del mismo a efectos de constatar las condiciones sociales, económicas en que reside, si se halla al joven se le efectúa un encuadre de la sanción, sus derechos, sus deberes, se le brinda cita y se le insta a que se presente con un familiar o recurso sustituto. Tratándose de delito sexual o contra la

(21) Artículo 453 Ley No. 7594: Código Procesal Penal de Costa Rica.

(22) Memoria Seminario-Taller. *Las Sanciones Alternativas a la Prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica*. Enero 2007. San José, Costa Rica, pág. 53.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

vida la visita de campo se extiende a los ofendidos o sus familiares para que ellos también conozcan la sanción, sus alcances, sus derechos y la posibilidad de comunicar algún incumplimiento. Si al joven no se le localiza el Programa de Sanciones informa al Juez de Ejecución para que proceda conforme corresponde.

4.-) Cuando el joven se presenta por primera vez al Programa de Sanciones se le efectúa lo que se llama una “Valoración Inicial” lo cual implica una entrevista al mismo y al familiar que lo acompaña, se le hace un encuadre de la sanción y se propone el plan de ejecución,<sup>(23)</sup> dicha información es consignada en el Primer Informe de Presentación del Plan de Ejecución, el cual se remite al Juzgado de Ejecución. Estructura del Informe: Datos personales del joven, situación jurídica, resumen de parte dispositiva de la sentencia, situación actual y recomendaciones.

5.-) El informe se remite al Juzgado de Ejecución y este Despacho lo pone en conocimiento de las partes (Fiscal y Defensor) por el término de tres días y posteriormente el Juez resuelve, si aprueba el mismo define la fecha de inicio de la sanción y debe estar a la espera de los subsiguientes informes trimestrales que remite dicho Programa. si el joven se encuentra “supuestamente” incumpliendo con la sanción, en cualquier momento el Programa redacta un informe y lo remite a la mayor brevedad al Juzgado de Ejecución.

6.-) Cuando se remite al Juzgado de Ejecución un informe de incumplimiento el Juez lo pone en conocimiento de las partes y luego señala audiencia oral, la cual debe contar necesariamente con la presencia del ofendido, fiscal y defensor, ello a efectos de otorgarle el derecho de defensa y constatar si el incumplimiento existe y si es o no justificado o injustificado,<sup>(24)</sup> si el joven se presenta se efectúa la audiencia y en la misma se resuelve en forma oral si la sanción alternativa se mantiene o si se efectúa el cambio a un internamiento. Si se dicta el internamiento el joven debe ser recluso ya sea en la Unidad Adulto Joven, en el Centro de Formación Juvenil Zurquí o en la Sección Adultas Jóvenes del Buen Pastor, según sea su edad o género, ya sea que se le deje detenido en la misma audiencia o que posteriormente se gire la captura.

---

(23) *Ibidem*, pág 54.

(24) Artículo 131 Ley No. 7576: Ley de Justicia Penal Juvenil y artículo 29 Ley No. 8460: Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles de Costa Rica.

7.-) Una vez en el Centro penitenciario se le entrevista, se le explican las normas del centro, se define su plan de atención técnica. Si el joven es remitido de inmediato o capturado posteriormente se le remite al centro.

Si no se cambia la sanción se mantiene y el joven continúa en libertad y a la espera del siguiente informe.

8.-) La resolución se comunica al Programa de Sanciones de Alternativas para que tengan conocimiento de lo que el Juez resolvió y si hubo o no alguna variación de la sanción.

## **EL JOVEN O ADOLESCENTE SENTENCIADO**

Es la persona alrededor de la cual gira toda la actividad fundamental de ejecución penal en virtud de la sentencia condenatoria dictada en su contra y su deber de cumplir con la sanción.<sup>(25)</sup> El sentenciado es concebido como un sujeto, no solo como sujeto pasivo sino también como sujeto activo con iniciativa en las incidencias de ejecución y con posibilidades de oposición, no se le pueden negar posibilidades de actuación al condenado.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

El art. 39 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece en el inciso e) la atribución de solicitar, cuando proceda, la cesación, modificación o sustitución de las sanciones decretadas e interponer los recursos legales. Asimismo, el artículo 28 y 29 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles le asigna otra serie de funciones a dicha representación. Por otro lado, consideramos que a tenor del artículo 7 de esta última es posible también mencionar en torno a las atribuciones del Ministerio Público las establecidas en el artículo 457 del Código Procesal Penal que le asignan el deber de velar por el respeto de los derechos fundamentales de la víctima o de los condenados y el fiel cumplimiento de las disposiciones de la sentencia.

---

(25) ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y otros. *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Asociación de Ciencias Penales. Colegio de Abogados. Segunda Edición Ampliada, San José, abril de 1997, pág. 755.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

En la actualidad existen tres funcionarios asignados a dicha etapa, sin embargo, no resultan exclusivos, contrario a lo que ordena el artículo 18 de la Ley de Ejecución, tienen como recargo el proceso penal juvenil y las labores de dicha representación no han sido del todo activas.

## **DEFENSA**

El joven o adolescente sentenciado cuenta con derecho a un defensor de su elección o un defensor público que el Poder Judicial le brinde en esta etapa del proceso;<sup>(26)</sup> siendo que en este momento el proceso de ejecución cuenta con tres defensores públicos asignados únicamente para dicha etapa, aunque inicialmente desde el 16 de marzo del 2007 sólo se contaba con uno con exclusividad en la materia, el Lic. David Jiménez y otro con funciones de recargo del proceso penal juvenil.

Es a partir de enero del presente año que se asignan dos defensores exclusivos, más el Lic. David Jiménez quien ya estaba dedicado a tiempo completo a la defensa pública penal juvenil en el campo de la ejecución de las sanciones penales juveniles.

Como dato importante debe acotarse que la defensa pública tiene un papel preponderante en esta etapa dada la escasísima presencia de defensores particulares que intervienen y los pocos que lo han llevado a cabo la mayoría desconocen la materia y el procedimiento, lo cual prácticamente podría hacer pensar en que el joven se encuentra indefenso con este tipo de profesionales.

## **VIII. LA LEY DE EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES. LEY No. 8460**

La promulgación de esta ley representa todo un hito, un avance histórico a nivel jurídico y un ejemplo y aspecto vanguardista en relación con el derecho penal de adultos, en el cual no se ha logrado dicha promulgación y resulta lejos que se llegue a dar, resulta el complemento de la Ley de Justicia Penal Juvenil y el último eslabón para completar en materia penal juvenil el sistema de justicia, dándole

---

(26) Artículo 456 Ley No. 7594: Código Procesal Penal de Costa Rica.

solidez a dicho sistema, sino además coherencia a la política criminal del Estado en esta materia. Según la exposición de motivos los antecedentes de dicha ley son los siguientes: su elaboración conllevó varios pasos: un primer borrador inicial del proyecto, que fue discutido con los operadores del sistema en un Seminario Taller organizado por el I.L.A.N.U.D., celebrado en julio de 1996, de ahí se obtuvieron importantes recomendaciones y sugerencias que culminaron con el Anteproyecto de Ley, a raíz de que el mismo se puso en conocimiento de los operadores jurídicos del sistema (Ministerio de Justicia y Gracia, P.A.N.I., Ministerio Público, Defensa Pública) estos entes emiten una serie de observaciones, recomendaciones y propuestas, siendo que la mayoría de estas fueron incorporadas al Proyecto de Ley. Las fuentes de dicha ley resultaron ser las regulaciones sobre ejecución penal juvenil de El Salvador, de la ley de ejecución de las penas de Alemania, las del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, la Convención sobre los Derechos del Niño, de la legislación nacional la Ley de Justicia Penal Juvenil y el Código Procesal Penal.

La aludida exposición de motivos expresa que el Código Penal de 1973 establece en su artículo 51 que las sanciones y medidas de seguridad se deben cumplir en la forma y en los lugares en que una ley especial lo determine. En este sentido, dicha ley en materia penal juvenil viene a nacer treinta y dos años después del Código Penal y nueve años después de nacida la Ley de Justicia Penal Juvenil. Con esta ley según dicha exposición de motivos, se viene a llenar un enorme vacío legal, pues si bien la Ley de Justicia Penal Juvenil contiene una serie de normas relativas a la Ejecución, sin embargo, las mismas resultaban sumamente insuficientes; muchos aspectos no los regulaba, no existía claridad. La creación de tal Ley representa ni más ni menos que la regulación legal de la ejecución de las sanciones penales juveniles, el respeto al Principio de Legalidad, esta ley viene a especificar, detallar ciertos aspectos de las sanciones penales juveniles, el ámbito de aplicación de la misma, los principios generales y derechos durante la ejecución la forma de su aplicación, el principio de humanidad, el debido proceso, el de tipicidad, de legalidad, la desjudicialización como principio rector, los sujetos que intervienen en la ejecución de las sanciones, sus competencias, funciones, los procedimientos, los objetivos y medios que deben privar en la ejecución de las sanciones, su definición, la forma de su cumplimiento y ejecución, el detalle de la

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

forma en que debe cumplirse el internamiento, los derechos y deberes del joven recluso, la materia disciplinaria en el internamiento, la tipicidad de las faltas y su sanción. inclusive introduce varias figuras.

## **ASPECTOS QUE CONTEMPLA LA LEY**

El cese de la sanción por doble condición o el traslado a un centro de adultos al cumplir los veintiún años (art. 6), es un instrumento muy utilizado por el sistema penitenciario que les ha servido para mermar la población, la interpretación e integración de dicha ley (art. 7), la definición clara de las funciones de todos los intervinientes (artículos 17, 18, 19, 21), la regulación de las causales de interrupción de la prescripción de la sanción (art. 30), la obligación de la realización de audiencia oral de previo a dictar internamiento a efectos de verificar condiciones de un incumplimiento (art. 29), los presupuestos del beneficio de libertad condicional (art. 31), la posibilidad de otorgar la libertad a un joven aún y cuando exista recurso de apelación del Ministerio Público de la resolución dictada por el Juez de Ejecución, es decir no existe efecto suspensivo (art. 28), el establecimiento de un recurso de Casación contra las resoluciones del Juzgado de Ejecución (art. 20), la forma de la ejecución de todas y cada una de las sanciones alternativas (arts del 31 al 58), la regulación de la medida extraordinaria de seguridad –aislamiento– (art. 98 y 99), derechos del joven privado de libertad (arts. del 77, 79, 81, 82, 83, 87, 88, 89, 92, 93, 94, 95), el establecimiento del procedimiento disciplinario en caso de faltas cometidas por el joven, las cuales se tipifican ahí y también la sanción a aplicar (arts. del 103 al 112).

## **CONCLUSIONES**

La fase de Ejecución Penal Juvenil no es la Omega, sino el Alfa del inicio del proceso, que desde la perspectiva criminológica constituye quizás la fase más importante para el imputado que deberá ahora adaptarse a los requerimientos de la sentencia, haya sido esta privativa o no privativa de libertad en su contra.

La forma en que se ejecutaban en Costa Rica las Sanciones impuestas a los jóvenes y adolescentes que han cometido un hecho ilícito cuenta con un “antes” y un “después” de la promulgación de la promulgación de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles

y de la creación del Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

Es así que a partir del dieciséis de marzo del año dos mil siete el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles abre sus puertas por primera vez en la historia del Poder Judicial, como órgano especializado en materia penal juvenil de ejecutar las sanciones impuestas por el órgano sentenciador, con una competencia a nivel nacional, eliminando de raíz y de una vez por la competencia que tenían los Jueces de Ejecución de Adultos, quienes desde la creación de la Ley de Justicia Penal Juvenil eran los encargados de dicha ejecución; con todas las consecuencias negativas que ello conllevó durante once años.

La apertura de dicho órgano judicial vino a representar la culminación del proceso de judicialización de la etapa de ejecución en materia penal juvenil; proceso que dio inicio con la sustitución de la justicia tutelar, por el modelo de responsabilidad que se encuentra sobre la base de la Ley de Justicia Penal Juvenil –a propósito de la ratificación de nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño– luego continuó con la promulgación de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles y terminó con la puesta en funcionamiento de un Despacho cuyas labores fueran llevadas a cabo por Jueces especializados en la materia, para así darle pleno cumplimiento al principio de Justicia Especializada.

Específicamente con el nacimiento de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales se logra un enorme e importantísimo avance que en materia de adultos resulta casi un “sueño inalcanzable”; en primer término pues implica el respeto a uno de los logros de nuestro Estado moderno: el principio de legalidad.

Además, con esta normativa se logró la creación de varias figuras que han significado una innovación: el cese de la sanción penal juvenil por doble condición, el traslado de los jóvenes sentenciados a un centro de adultos al cumplir los veintiún años, las medidas extraordinarias de seguridad, el diseño de un proceso disciplinario ante la comisión de faltas en el ámbito carcelario, el beneficio de la libertad condicional y sus presupuestos, el recurso de Casación como otro recurso más a mano para impugnar las resoluciones de los Tribunales Superiores, la posibilidad de la puesta en libertad de un joven en caso de cambio de sanción, aún y cuando existiere recurso de alguna de las partes.

BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

Ahora bien, aún y cuando las leyes son hechas por seres humanos, lo cual implica que siempre serán perfectibles, sin en el caso de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles de Costa Rica, por el sólo hecho de venir a desarrollar, especificar las pautas bajo las cuales se deben ejecutar la gama de sanciones establecidas a partir del artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil y/o definir claramente las funciones, atribuciones o competencias de cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso de ejecución, representa ya de por sí un avance sin parangón para la materia Penal Juvenil.

## BIBLIOGRAFÍA

- BURGOS, Álvaro. *La Pena Sin Barrotes*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2da. Edición, 2008.
- BURGOS, Álvaro. *Segundas Oportunidades en materia Penal Juvenil*. Editorial Sapiencia, San José, 2007.
- ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*. Asociación de Ciencias Penales. Colegio de Abogados. Segunda Edición Ampliada, San José, Abril, 1997.
- LLOBET, Javier y otro. *La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica*.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: Tiffer/Llobet/Dünkel. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, 2002
- MAXERA, Rita. *Defensa de los Niños y Niñas Internacional*, DNI. Seminario. Las Sanciones Alternativas a la prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica. Publicación auspiciada por la embajada de los Países Bajos, San José, 2007.
- SEMINARIO-TALLER. *Las Sanciones Alternativas a la Prisión y la Justicia Penal Juvenil de Centroamérica*. Enero 2007. San José, Costa Rica.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Anotada*. Segunda Edición. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 2004.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad en la justicia penal juvenil*. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, 2002.

**JURISPRUDENCIA**

- Tribunal Superior Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 1211-04, 2004.
- Tribunal Superior Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 806-05, 2005.
- Tribunal Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 074-06, 2006.
- Tribunal de Juicio Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 033-06, 2006.
- Tribunal de Juicio Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 036-2006.
- Tribunal Superior Penal Juvenil, Voto 018-97, 1997.
- Tribunal de Superior Penal Juvenil, Voto 71-04, 2004.
- Tribunal Superior Penal Juvenil, Voto 035-2006, 2006.
- Tribunal Superior Penal Juvenil, Voto 126- 06, 2006.
- Tribunal Superior Penal Juvenil, Voto 125-2006, 2006.
- Sala Constitucional, Voto 2908, 1997.
- Sala Constitucional, Voto 3614- 99, 1999.
- Sala Constitucional, voto 2743-99, 1999.
- Sala Constitucional, Voto 7362-02, 2002.
- Sala Constitucional, Voto 8591-02, 2002.





BURGOS: La Omega y el Alfa del Proceso Penal Juvenil...

### **LEYES**

- Constitución Política de la República de Costa Rica, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., Segunda edición, 1999.
- Código Penal, Ley número 4573 del 4 de mayo de 1970, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., Edición 17, 2005.
- Código Procesal Penal, Ley número 7594 del 10 de abril de 1996, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., Décima edición, 2006.
- Ley de Justicia Penal Juvenil, número 7576, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., Octava edición, 2007.
- Ley de Ejecución Penal Juvenil, número 8460, del 20 de octubre del 2005. San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., 2007.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010

## **CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR DIFERENCIA CONCEPTUAL**

*Ms.C. Jorge Jiménez Bolaños<sup>(\*)</sup>*

(Recibido 17/08/09; aceptado 23/11/09)

---

(\*) Vice Decano de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

e-mail: [jjimenez@gmail.com](mailto:jjimenez@gmail.com)

Teléfono: 2511-4114

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo el de precisar a nivel de la doctrina y de nuestra legislación el concepto del caso fortuito y de la fuerza mayor.

Tratando de establecer sus diferencias más importantes para clarificar que se trata de dos instituciones diferentes desde el punto de vista funcional, y profundizar en el hecho de que actúan en momentos diferentes de la relación jurídica obligatoria. Precisaré el hecho de que el caso fortuito actúa en el análisis de la culpabilidad mientras que la fuerza mayor actúa en el campo del nexo causal.

Además se desarrollarán algunas ideas que sobre estos conceptos ha tenido la doctrina moderna. Siendo que el objetivo principal es que el lector pueda comprender el significado de cada figura y su aplicación práctica matizando el hecho de que ambas figuras son situaciones en las cuales el deudor se exonera de responsabilidad.

**Palabras claves:** Obligación jurídica, cumplimiento, incumplimiento, culpabilidad, exoneración de responsabilidad, caso fortuito, fuerza mayor, diferencias.

## ABSTRACT

The main objective of this article is to define the concepts of act of God and force majeure under the scope of doctrine and our body of laws. It seeks to establish the most important differences to clarify that these two concepts are different from a functional stand and to analyze in depth the fact that they act in different moments of the mandatory juridical relation.

It will state in detail that the act of God acts in the analysis of guilt, while force majeure acts in the field of causal nexus.

Moreover, it will develop some ideas of modern doctrine on these concepts. The main objective is the help the reader understand the meaning of every concept and their practical application, considering that both are situations where the debtor is exonerated from responsibility.

**Key words:** Intellectual property rights; data protection; free trade agreements.

## **SUMARIO**

1. La obligación jurídica
  - a) Breve reseña histórica
- 2) Concepto y características de la obligación jurídica
  - a) Relatividad
  - b) Correlatividad
  - c) Temporalidad
  - d) Patrimonialidad
- 3) Cumplimiento de las obligaciones
- 4) El incumplimiento
- 5) El caso fortuito
- 6) El incumplimiento
  - a) Análisis de la culpabilidad
- 7) Caso fortuito y fuerza mayor
  - a) Análisis de la doctrina
- 8) El caso fortuito y la fuerza mayor en nuestro Código Civil
- 9) Distinción de la fuerza mayor y el caso fortuito en nuestra jurisprudencia

Conclusiones

Bibliografía



## 1. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

### a) Breve reseña histórica

En la Roma antigua el vínculo existente entre el acreedor y el deudor era material, un verdadero atar la persona del deudor en caso de incumplimiento de la prestación.

El origen histórico de la obligación romana se halla en la responsabilidad penal *ex delicto*, la responsabilidad contractual se subordinó en su primera fase a ese mismo concepto. Tanto el ladrón como el mutuario estaban en primer término obligados con su propia persona y eran reducidos a condición servil.

Cuando se estableció que primeramente debía pedirse la *poena* o la *pecunia* o *res credita*, y que solamente faltando el pago y toda satisfacción sobre el patrimonio del deudor, pudiese el poseedor del derecho resarcirse en vía ejecutiva sobre la persona, entonces probablemente por vez primera la *obligatio* tomó el significado nuevo patrimonial, entonces se hizo objeto de la *actio* y de la *solutio*, la *poena* o la *pecunia* no el corpus y la reducción a condición servil pasó a una segunda línea como figura de procedimiento ejecutivo. Un momento culminante de esta transformación de la obligación de penal en patrimonial o sea en la génesis de la obligación moderna está representado por la promulgación de la *lex poetelia*.

El vínculo existente entre acreedor y deudor evolucionó de ser en primer instancia un vínculo material un verdadero atar la persona del deudor en caso de incumplimiento a un vínculo jurídico en virtud del cual el deudor responde con su patrimonio en caso de incumplimiento no con su persona.

## 2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

La obligación jurídica es un deber jurídico particular y pertenece a la familia de los deberes jurídicos particulares, pues en realidad, en cada obligación, existe el deber jurídico de un sujeto de cumplir con una conducta determinada pero el deber jurídico particular del deudor no agota totalmente el contenido de la obligación pues está compuesta de un derecho subjetivo correlativo el derecho del acreedor de exigir dicho deber jurídico.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

La obligación tiene a su vez otra faceta y es la posición del acreedor, el cual dentro de la obligación jurídica tiene un derecho subjetivo, el derecho de hacer exigible la conducta del deudor, es decir el deber jurídico que éste tiene.

El derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico particular del deudor se encuentran condicionados recíprocamente de tal forma que ambas figuras constituyen un vínculo jurídico independiente y autónomo, es decir una relación jurídica obligatoria.

Pasaremos a estudiar algunas definiciones que nos da la doctrina sobre la relación jurídica obligatoria y de allí analizaremos cuáles son sus elementos y características diferenciadoras que nos ayudarán a identificar la institución bajo estudio (obligación jurídica) frente a otras instituciones similares.

Alberto Brenes Córdoba en el *Tratado de las Obligaciones* no indica que “se llama obligación, un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se halla compelida a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.<sup>(1)</sup>

Esta definición resulta parca para definir qué se entiende por relación jurídica obligatoria pues son muchas las situaciones jurídicas en la que una persona se encuentra compelida a dar hacer o no hacer una cosa. En las relaciones paterno filiales tenemos casos en los cuales tanto padres como hijos tienen entre sí una serie de deberes jurídicos que cumplir. La guarda crianza y educación determina para los progenitores el deber jurídico de cumplir con una serie de conductas que no son propiamente obligaciones jurídicas tal y como vamos a entender en este trabajo. Así podemos mencionar el deber del padre de guardar y dar educación y alimentos al hijo, de representarlo legalmente, de disciplinarlo, el deber del hijo de obedecer al padre, de respetarlo para citar algunos. Deberes que tienen según la doctrina y la ley contenidos y naturaleza muy diferente a las obligaciones jurídicas.

Díez Picazo nos define la obligación jurídica como “La relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de

---

(1) Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Sétima edición. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, p. 26.

otra o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación”.<sup>(2)</sup>

“Así puede definirse la obligación jurídica, como el deber jurídico que un sujeto tiene de realizar una prestación a favor de otro sujeto. La etimología más comúnmente aceptada del término obligación la considera derivado de *ob* (alrededor) *-ligare* (atar)”.<sup>(3)</sup>

“Se da el nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, en virtud de las cuales una de ellas, denominado deudor, se constituye en el deber de realizar determinada prestación a favor de otra denominada acreedor ... Podemos partir de la base de que toda obligación es una forma de “deber jurídico” pero que no todo deber jurídico constituye una obligación en sentido técnico, ya que para ello se exige la concurrencia de dos notas esenciales: en primer término, que a ese deber corresponda un “derecho subjetivo” o crédito por parte de un acreedor a cuyo favor ha de realizarse la prestación y que puede por tanto proceder a su exigencia, en segundo lugar, que el incumplimiento de ese deber por parte del deudor, permita al acreedor ejercitar una acción dirigida contra su patrimonio, en cuanto toda obligación civil es susceptible de ser convertida en deuda pecuniaria”.<sup>(4)</sup>

“Con el término obligación se hace referencia a una categoría especial de Derechos de crédito, que como todos los de esta naturaleza suponen una relación entre dos personas, de las cuales una de ellas puede exigir de otra el cumplimiento de una determinada prestación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.<sup>(5)</sup>

“El deber prestar del deudor y el poder exigir del acreedor constituyen un mismo vínculo jurídico, en contenido de la relación”.<sup>(6)</sup>

- 
- (2) Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, Madrid, España. Editorial Tecnos, p. 89.
- (3) Sancho Rebullida, Francisco. *Voz Obligación*. Publicado en Gran Enciclopedia Rialp. Ediciones Rialp. Madrid, 1973, pp. 174-190.
- (4) Alfonso de Cossio. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, España. Editorial Alianza Editorial, 1977, p. 201.
- (5) Montero Piña, Fernando. *Obligaciones*. San José, Costa Rica. Premia Editores, p. 1.
- (6) Sancho, Rebullida. *Op. cit.*, pág. 174.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

La obligación jurídica tiene una regulación específica a partir del artículo 627 del Código Civil, al expresar “Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1. Capacidad de parte de quien se obliga. 2. Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación. 3. Causa justa”.

### **a) Relatividad**

De las definiciones anteriores podemos decir que la relación jurídica obligatoria es aquella en virtud de la cual un sujeto (deudor) se encuentra constreñido a realizar una determinada prestación (deber jurídico) a favor de otro sujeto (acreedor), quien ostenta un derecho subjetivo, para exigir el cumplimiento de dicha prestación, mediante los medios jurídicos que el ordenamiento jurídico establece a través del órgano jurisdiccional. Que relaciona a dos sujetos claramente determinados, acreedor y deudor en virtud del cual el deber jurídico de un sujeto da la razón jurídica de la existencia jurídica del derecho del acreedor. Deber jurídico y derecho subjetivo se condicionan recíprocamente condicionando su existencia. Esta situación delimita una característica fundamental de la obligación jurídica, su relatividad.

La relatividad como característica de la obligación significa que se trata de una situación jurídica en la que participan dos sujetos claramente determinados. No se trata del deber jurídico de un sujeto frente a la colectividad como un todo o frente a toda la sociedad.

### **b) Correlatividad**

Además de la relatividad vemos también que la obligación jurídica trata de la existencia de un deber jurídico que a su vez tiene un derecho subjetivo de crédito correlativo. Es decir la existencia del deber jurídico que tiene el deudor frente al acreedor está condicionado y tiene su razón de existir en que a su vez existe un sujeto que tiene un derecho subjetivo de crédito que le da derecho a exigir el cumplimiento de dicho deber jurídico particular. A esta situación la doctrina denomina correlatividad.

Pues bien relatividad y correlatividad son dos características que nos permiten distinguir por el momento la obligación jurídica de otras figuras.

### c) Temporalidad

Otra característica que la doctrina menciona como elemento diferenciador es la temporalidad de la obligación jurídica. Toda obligación jurídica nace para ser cumplida, pero una vez cumplida la misma se extingue. No podríamos pensar en la posibilidad de una obligación jurídica en la que se dejara a la voluntad del deudor el cumplimiento de la obligación es decir que el deudor cumpla si así lo quiere o desea. Este tipo de situación no sería una obligación jurídica, pues el contenido de la obligación es el deber de cumplir la prestación debida pactada por las partes y su esencia radica en el cumplimiento de la misma. Usando una expresión muy utilizada en la doctrina las obligaciones jurídicas nacen para ser cumplidas. Las obligaciones tienen por esencia un plazo para ser cumplidas, de tal forma que no podemos hablar de una obligación cuyo cumplimiento es diferido eternamente. Incluso el artículo 775 del Código Civil indica que si en la obligación se dice que el deudor cumpla cuando le sea posible la obligación se hará exigible al año de ser pactada.

### d) Patrimonialidad

Una cuarta característica de la obligación nos las da uno de sus elementos, concretamente la prestación. El artículo 629 del Código civil nos indica “Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar hacer alguna cosa y puede referirse a todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aun las futuras como los frutos por nacer”. El artículo 630 del mismo cuerpo de leyes señala: “Es ineficaz la obligación cuyo objeto no pueda reducirse a un valor exigible o que no está determinado ni pueda determinarse”.<sup>(7)</sup>

La prestación deberá cumplir con la posibilidad de ser valorada económicamente, esto nos determina otra característica de la obligación “su patrimonialidad” o el carácter patrimonial de la prestación. Hay que hacer sin embargo una distinción entre el interés del acreedor en la prestación que puede no tener un carácter patrimonial y la prestación en sí que debe ser valorada económicamente o patrimonialmente.

“La existencia de una prestación no patrimonial dentro de un conjunto en el que hay también prestaciones patrimoniales es perfectamente admisible. Por ejemplo el inquilino se obliga a no introducir

(7) Evelyn Salas y otro. *Op. cit.*, pág. 505.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

perros o gatos en el local arrendado. La cuestión se plantea, en cambio, agudamente en los casos en que la obligación contempla una única prestación que no tiene ningún alcance económico. Nosotros entendemos que en este caso, sin retribución, nos encontramos ante una figura distinta de la verdadera y propia obligación”.<sup>(8)</sup>

“Por esto se piensa que si bien el interés del acreedor en la prestación puede ser extrapatrimonial, la prestación en sí misma considerada ha de ser patrimonial”.<sup>(9)</sup>

### 3. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Como dijimos anteriormente las obligaciones jurídicas nacen para ser cumplidas. Son instituciones que tienen como finalidad el de ser cauces de cooperación y de convivencia social de los hombres en sociedad. El cumplimiento adecuado de las obligaciones conlleva paz y justicia a las relaciones humanas y por ende a la sociedad.

La forma normal en virtud del cual la obligación jurídica se extingue es a través de la figura del pago o cumplimiento.

“El pago en el uso corriente del lenguaje, es utilizado en referencia al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y en ocasiones se identifica con su extinción por cualquier medio. Sin embargo, en sentido técnico jurídico es el cumplimiento voluntario de la prestación debida, que constituye la forma normal y plena de extinguir las obligaciones satisfaciendo el interés del acreedor. El pago de la obligación debe hacerse de conformidad con las características señaladas para la prestación (Artículo 764 del Código Civil. Debe cumplir con los requisitos de identidad, que lo que el deudor pague sea lo mismo que el acreedor espera recibir –integridad– que comprenda todos los elementos accesorios –e indivisibilidad– según las estipulaciones del convenio que lo origina el pago y la naturaleza de la prestación. Al respecto puede verse los artículos 764 a 772 del Código Civil” (Sala Primera de la Corte. Número 320 de las 14 horas, nueve de noviembre de 1990).

(8) Luis Díez Picazo. *Op. cit.*, pág. 92.

(9) Luis Díez Picazo. *Op. cit.*, pág. 92.

#### 4. EL INCUMPLIMIENTO

Lo ideal sería que las obligaciones jurídicas se cumplan de manera normal tal y como fue pactado o tal y como lo señala la ley, sin que las partes tengan que acudir al órgano jurisdiccional para buscar su cumplimiento ante la negativa del deudor.

Hay incumplimiento de las obligaciones jurídicas cuando el deudor no cumple lo debido ya sea porque *no previó* adecuadamente su capacidad de cumplimiento, es decir creyó en un inicio poder obligarse y poder cumplir con dichas obligaciones, pero luego por diversas circunstancias que le son imputables no puede hacerlo (negligencia). Es consecuencia de la mala fe o la negligencia del obligado y por ende no produce la satisfacción del interés del acreedor que debió haber quedado satisfecho con el cumplimiento de la prestación.

El incumplimiento de la obligación puede ser absoluto o relativo dependiendo de si la prestación fue cumplida parcialmente o no.

Podemos definir el incumplimiento como la infracción del deber jurídico por parte del deudor al no realizar la prestación comprometida.<sup>(10)</sup>

Es aquella situación jurídica que se produce cuando, por la actividad culpable de obligado, a realizar la prestación, no queda la obligación en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el derecho contra aquel para imponerle las consecuencias de su conducta.<sup>(11)</sup>

“El derecho toma en consideración un conjunto de elementos para valorar las posiciones de acreedor y deudor cuando la prestación no es realizada o bien, incluso realizada, se entiende no satisface el interés del acreedor... Para dar una imagen de lo que constituye una hipótesis de incumplimiento en sentido estricto, deberíamos tomar en cuenta los siguientes factores:

- a) La realización de la conducta prometida por el deudor en el tiempo previsto en la obligación.

(10) Montero Piña, Fernando. *Obligaciones*. Primera edición. San José, Costa Rica, 1999, pág. 273.

(11) Montero Piña, Fernando. Citando a Puig Peña en *op. cit.*, pág. 273.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

- b) El ajuste de la prestación a los parámetros definidos en la relación obligatoria, ya que en orden a la identidad, ya en cuanto se refiera a la calidad o en su caso, a la cantidad.
- c) La tensión o actividad del deudor en orden a la realización de la conducta de prestación prometida.
- d) La eventual justificación de la omisión o defecto de la conducta de prestación por factores externos o extraños o por la conducta del mismo acreedor.
- e) La satisfacción o insatisfacción del acreedor.”<sup>(12)</sup>

“Cuando la obligación que incumplida total o parcialmente es esencial para determinar las consecuencias de orden jurídico tener en cuenta la causa que dio lugar al incumplimiento, pues si bien por incumplimiento se quiere significar generalmente el que es imputable al deudor, el concepto más amplio del mismo abarca todo caso de inejecución. Y así como hay causas de incumplimiento imputables al deudor y causas que son ajenas a su voluntad, hay causas que determinan la inmediata extinción de la relación obligatoria y causas que transforman ésta sustituyendo el objeto originario de la prestación por la indemnización de daños y perjuicios o añadiendo esta a aquel, según se trate de incumplimiento total o parcial”.<sup>(13)</sup>

El incumplimiento puede darse por diferentes causas, relativas a la conducta del deudor o no. Puede ser entonces que el incumplimiento le sea atribuida al deudor o puede suceder que se dé el incumplimiento por causas que hacen para el deudor imposible su cumplimiento. Podemos señalar como tales:

1. Culpa del acreedor (responsabilidad del acreedor en el cumplimiento). El incumplimiento se deriva de la necesaria cooperación del acreedor en el cumplimiento que no se da. Ante esta situación el deudor no puede cumplir por cuanto el acreedor no colabora adecuadamente

---

(12) V.L. Montes Penades. *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*. Edita Tirant lo Blanch, 1998, pág. 182.

(13) Ruggiero Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Reus. Madrid, pág. 119.

para facilitar el cumplimiento de la prestación. Es el caso por ejemplo de la obligación del deudor de realizar una serie de trabajos de construcción en el domicilio del acreedor, y estando obligado éste a dar los materiales necesarios para ello, no lo hace.

Otro ejemplo lo vemos tratándose de obligaciones de dar, en los cuales el acreedor debiendo recoger la cosa en el lugar y día pactado no lo hace sin tener justificación para ello. El deudor ha puesto la cosa a disposición del acreedor según lo pactado pero éste incumple al no recoger la misma en el lugar y tiempo pactado.

El artículo 702 del Código Civil expresa que una de las causas que exoneran de responsabilidad al deudor por el incumplimiento es la falta del propio acreedor.<sup>(14)</sup>

2. Puede suceder que el incumplimiento se dé por razones de caso fortuito y fuerza mayor es decir por causas no imputables al deudor. Ambas situaciones exoneran de responsabilidad al deudor sin embargo, en la doctrina se le da diferentes significados a ambas figuras.

A partir de ahora nos enfocaremos en analizar estas instituciones jurídicas que impiden el cumplimiento de la prestación sin que exista responsabilidad del obligado, esto es concretamente caso fortuito y la fuerza mayor.

Vamos a analizar las diferencias conceptuales entre ambas figuras y como han sido su tratamiento en nuestra jurisprudencia.

## 5. EL CASO FORTUITO

Antes de analizar la figura del Caso Fortuito debemos decir que cuando un sujeto se encuentra obligado a realizar una prestación (dar, hacer o no hacer) debe de conducirse en forma diligente con respecto al cumplimiento de la misma de forma tal que si se conduce en forma negligente (culpa) y si dicha conducta negligente provoca el

(14) Artículo 702 del Código Civil reza “El deudor que falta al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, *a no ser que la falta provenga de hecho de este*, fuerza mayor o caso fortuito”.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

incumplimiento de la obligación entonces deberá enfrentar las consecuencias del incumplimiento ante su acreedor el cual le podrá pedir desde la ejecución forzosa de la prestación hasta el resarcimiento de daños y perjuicios.<sup>(15)</sup> En ese sentido el artículo 702 del Código Civil nos aclara la situación al decir “El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito”.<sup>(16)</sup>

El incumplimiento del deudor apareja hacia él una serie de consecuencias jurídicas que le son altamente gravosas, tales como la ejecución de la prestación, los gastos referidos al cumplimiento, costos de eventual proceso resarcimiento de daños y perjuicios consecuencias del incumplimiento, etc.

Un vez incumplida la prestación por parte del deudor, éste tendrá que probar que dicho incumplimiento no se debió a su culpa o negligencia. En doctrina se afirma que ante el incumplimiento, el deudor tiene la carga de la prueba, quien debe probar que éste se debió a la falta del acreedor o a causa de un caso fortuito o fuerza mayor.

## 6. EL INCUMPLIMIENTO

### a) Análisis de la culpabilidad

La doctrina analiza causas del incumplimiento imputables al deudor y causas que no le son imputables.

“la obligación se extingue o se perpetua transformada en otra encaminada a obtener *id quod interest*, según que la causa de la imposibilidad derive o no de la voluntad del deudor. Las causas que no dependen de la voluntad del deudor se resumen todas en el concepto de caso fortuito, las que dependen de aquella y son por tanto imputables al deudor y determinan la responsabilidad de

(15) Ver artículos 693, 694, 695, 702, del Código Civil.

(16) Artículo 702, Código Civil.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010

los daños adquieren una eficacia y una importancia distintas, según que su supuesto sea la voluntad consciente de no cumplir la obligación (dolo) o solamente falta de la necesaria diligencia (culpa).<sup>(17)</sup>

Existe dolo, nos sigue diciendo Ruggiero “siempre que el deudor voluntaria y conscientemente quebrante la obligación contraída, no cumpliéndola. Es este elemento intencional de la voluntariedad y el de la consciencia, lo que diferencia el incumplimiento doloso y el culposo, es el propósito la intención de causar perjuicio al acreedor”.<sup>(18)</sup>

La culpa en cambio se manifiesta cuando el agente no ha sabido prever o evitar el daño en el patrimonio del acreedor en virtud del incumplimiento. La culpa es propiamente una conducta ilícita o falta de diligencia, por imprudencia, por incuria, una negligencia más o menos grave que produce un perjuicio.

Tanto en la culpa y más evidente en el dolo existe el deber jurídico del obligado de prever el resultado dañoso producido por el incumplimiento y los perjuicios que éstos producen. Sin embargo, en la culpa el deudor simplemente incumple debido a que no se conduce diligentemente, es decir obra con negligencia en su actuar de tal manera que no es capaz de realizar en forma debida la prestación proyectada en la obligación jurídica. En el dolo el incumplimiento se realiza en forma consciente y voluntaria de tal forma que se conoce el perjuicio causado.

Como vemos existe una diferencia conceptual importante entre ambas figuras (dolo o culpa). Subrayo el hecho de que el deudor debe realizar la prestación debida con diligencia del buen padre de familia.

Luis Díez Picazo citando el artículo 1107 del Código Civil Español, que alude al deudor de buena fe que responde de los daños previstos, es de la tesis de que si equiparamos al deudor de buena fe con el deudor que incumple con culpa, tendría sentido dicha afirmación (del deudor de buena fe que responde de los daños previsibles) sin embargo, se cuestiona el hecho de como comparar un deudor de buena fe con un deudor que incumple su obligación culposamente, “Un deudor de buena fe no es más que un deudor que se ha comportado

(17) Ruggiero. *Op. cit.*, pág. 123.

(18) Ruggiero. *Op. cit.*, pág. 123.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

correcta, honesta y diligentemente. Y, sin embargo, incide en responsabilidad"... "el deudor diligente no queda exonerado de resarcir el daño previsible más que si el impedimento de la prestación se debe a un caso fortuito o fuerza mayor, no por la utilización plena de la diligencia debida".

"Se deduce que el deudor se exonera en realidad cuando hay un obstáculo insuperable que le imposibilita total o parcialmente para cumplir y que no puede ser vencido pese a desplegar toda la diligencia y esfuerzo que le es exigible para esta finalidad desde el comienzo de la obligación".<sup>(19)</sup> Entendemos de la argumentación que da este distinguido tratadista que la sola diligencia debida en el cumplimiento de la obligación (del deudor de buena fe) por sí misma no exonera al deudor al menos de los daños previsibles.

Nos sigue manifestando Díez Picazo: "O por lo menos es lícito cuestionarse si a la luz de artículo 1107 del Código Civil y de sus precedentes no debe ser sometida a revisión la teoría tradicional de la responsabilidad subjetiva y encaminarse a la teoría de la responsabilidad objetiva".

No estoy de acuerdo con esta conclusión dado que la responsabilidad civil por el incumplimiento se basa en la idea de culpa del obligado y por ende de la previsibilidad o no del resultado, no podríamos sostener aquí una responsabilidad objetiva del obligado.

Nuestro Código Civil no regula una situación en la que se haga responder expresamente al deudor de buena fe en caso de incumplimiento de los daños previstos. El artículo 704 de nuestro Código Civil indica: "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 deba necesariamente causarse".

En conclusión para determinar si el deudor ha actuado con negligencia en una determinada situación deberá hacerse un análisis de cada situación en concreto y a partir de allí determinar las condiciones que causaron dicho incumplimiento y si estas son atribuibles a la conducta del deudor, de acuerdo a las condiciones personales del obligado y a

---

(19) Díez Picazo. *Op. cit.*

las circunstancias que incidieron en el incumplimiento en cada caso en concreto, y siempre haciendo un análisis de si la conducta del deudor ha sido diligente (Según los postulados del buen padre de familia).

El concepto de diligencia va muy ligado al concepto de previsibilidad, tenemos un deudor diligente si ha previsto de antemano las condiciones necesarias para llevar a cabo un cumplimiento de la prestación con éxito de tal suerte, que si al contrario se comporta negligentemente si no prevé dichas condiciones y por ende no cumple la obligación pactada es responsable civilmente del incumplimiento. Un ejemplo simple podríamos aclararnos la situación. El deudor se compromete a favor del acreedor a transportar todo su menaje de casa de un lugar a otro. Sin embargo, no toma la previsión de sujetar debidamente dichos muebles dentro del vehículo, ocasionando que algunos de éstos se salgan de éste, caigan al pavimento y se dañen. De acuerdo a la situación en concreto el transportista (deudor) debió haber previsto esta situación al no hacerlo responde de los daños ocasionados al propietario. Sin embargo, la situación cambiaría si debido a un terremoto el chofer pierde el control del vehículo y éste se vuelca ocasionando daños en los muebles que transporta, en este caso el daño no le sería atribuible por cuanto existiría una situación de fuerza mayor que rompe el nexo causal o la relación de causalidad entre la acción del deudor y el incumplimiento de la obligación.

Como ven el grado de previsibilidad es fundamental en el análisis de la responsabilidad civil debido al incumplimiento. Más adelante volveremos sobre este tema.

## **7. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR**

### **a) Análisis de la doctrina**

“Con las palabras caso fortuito o fuerza mayor se designa el impedimento que sobreviene para cumplir la obligación, debido a un suceso extraordinario ajeno a la voluntad del deudor”.

Aunque pudiera establecerse cierta diferencia entre el significado de ambas expresiones, en la práctica carecería de utilidad, pues las leyes modernas, al igual de las romanas, emplean indistintamente una

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

u otra en el sentido de impedimento insuperable”. Conforme a su significado originario caso fortuito alude a la circunstancia de ser cosa imprevista y fuerza mayor a la de ser insuperable”.<sup>(20)</sup>

La definición anterior no es exacta si se quiere delimitar ambos conceptos a través de sus diferencias y el tratamiento que le da nuestro Código Civil. Gran parte de la doctrina y de un tiempo a la fecha nuestra jurisprudencia matizan ambos conceptos con sus características propias que le dan autonomía.

“El caso fortuito, ...exonera al deudor en cuanto rompe la relación de causalidad entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor ...Lo que no priva al deudor de su deber de diligencia en orden al cumplimiento, ni de los deberes de previsión y seguridad, sino al contrario: solo el deudor diligente podrá exonerarse porque si el hecho ha podido ser previsto con la diligencia exigible o evitado con una actividad diligente, no habrá caso fortuito o forzoso ni, consecuentemente, liberación o exoneración”.<sup>(21)</sup>

Para Montés Penadés son caso fortuito por ejemplo los actos y decisiones de los poderes públicos, siempre que no puedan ser imputados al deudor las causa que han originado las medidas de autoridad y fueron realmente imprevisibles.<sup>(22)</sup>

La doctrina hace distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

#### **a) Según el evento**

La fuerza mayor se debería a un hecho de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito se trataría de un hecho humano.

#### **b) Imprevisibilidad o inevitabilidad**

El caso fortuito es un evento imprevisible aun utilizado una conducta diligente. La fuerza mayor es un evento que aunque pudiera preverse es inevitable.

(20) Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*, pág. 108.

(21) Montes Penades. *Op. cit.*, pág. 214.

(22) Montes Penades. *Op. cit.*, pág. 214.

### c) Lugar del evento

Si se origina en la empresa o círculo afectado estaríamos ante un caso fortuito. Si sucede fuera de la empresa o círculo afectado, queda fuera de los casos fortuitos que deban preverse en el curso ordinario de la vida.

A la fuerza mayor se le agregan el hecho de la víctima y el hecho de un tercero como factores que hacen desaparecer la causalidad.<sup>(23)</sup>

“El caso fortuito a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad, por esa razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia, para determinar la previsibilidad debe tomarse en cuenta la diligencia del buen padre de familia. Se ha dicho que, si a pesar de dase tal dirige hacia el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito, este exime de culpa, no hay pues responsabilidad. Pero si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos ante una conducta negligente determinante de responsabilidad. La culpa excluye al caso fortuito”.<sup>(24)</sup> El caso fortuito es caracterizado por una situación imprevisible que acontece y que provoca que el deudor incumpla su obligación, claro está el deudor deberá haber actuar siempre con diligencia debida en su actuar de modo que el caso fortuito sea la causa directa del incumplimiento para poder exonerarlo y no lo exoneraría (al deudor) si él provocó el caso fortuito.<sup>(25)</sup>

“El caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad requieren los siguientes caracteres:

Carácter exterior y objetivo del hecho, imprevisibilidad o inevitabilidad, actual, inimputable, público y notorio”.

Para Jorge Mosset Iturraspe:

(23) Construcción conceptual a partir de Víctor Pérez, *op. cit.*, p. 107.

(24) Víctor Pérez, pág. 107.

(25) El artículo 831 de nuestro Código Civil sobre el particular nos indica “Imposibilidad de cumplimiento, artículo 831. Para que esa pérdida produzca la extinción de la obligación es necesario: ...3. Que no sea responsable de casos fortuitos”.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

“Caso fortuito y fuerza mayor son expresiones que guardan sinonimia. No cabe distinguir las ni por sus efectos ni conceptualmente. La responsabilidad por culpa es la imputable a un factor subjetivo. Siendo más preciso el vocablo culpabilidad comprensivo de la culpa, el dolo y la malicia.

Es requisito de la configuración del caso fortuito que el hecho sea extraño o ajeno.”

### **Felix Trigo Represas y Ruben Compagnucci de Caso**

El caso fortuito es el hecho azaroso ajeno a las partes y derivante de lo casual. Resulta independiente de la voluntad humana y hace imposible el cumplimiento de las obligaciones independiente de la voluntad del deudor.”... La fuerza mayor constituye una acción extraña y ajena al sujeto que el deudor no puede superar”.<sup>(26)</sup>

Ahora bien el punto a delimitar ahora es que se debe entender por imprevisibilidad (que no se puede prever) que es el carácter que distingue precisamente el caso fortuito.

### **De otras situaciones jurídicas similares**

En tal sentido el deudor debe conducirse con previsión. Está obligado a prever todas aquellas posibles situaciones que hagan o imposibiliten el cumplimiento de la obligación.

Ahora el grado de previsibilidad es relativo según las condiciones de cada deudor. Cada hombre es diferente en capacidades y habilidades.

Según la doctrina la doctrina habría que verla o analizarla desde un punto de vista subjetivo o desde un punto de vista objetivo. El análisis desde un punto de vista subjetivo se mide el grado de diligencia negligencia tomando en cuenta las características personales del deudor,

---

(26) *Construcción conceptual, temas de Derecho Civil*. Cazeaux, Brebbia, Alterini y otros. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1980, pág. 91 y siguientes.

se valora su comportamiento. Subjetivo. En cambio desde un punto de vista objetivo se toma en cuenta criterios medios normales dentro de la comunidad o desde un punto de vista, es decir la diligencia media que las personas normales suelen adaptar en el tipo de asuntos que se trata. Se habla entonces de la diligencia del buen padre de familia es decir un hombre cuidadoso y vigilante.<sup>(27)</sup>

### **Síntesis conceptual**

Es importante determinar a esta altura de la investigación el hecho de que a esa situación que la doctrina denomina caso fortuito no es otra cosa que darle un nombre al evento que sucede que hace imposible el cumplimiento de la prestación sin responsabilidad para el deudor, en virtud de que éste ha actuado con la mayor diligencia posible cuando de buena fe, y a pesar de ello ha sucedido un hecho *imprevisible* que imposibilita el cumplimiento.

Ahora bien el punto a delimitar ahora es que se debe entender por imprevisibilidad (que no se puede prever) que es el carácter que distingue precisamente el caso fortuito de otras situaciones jurídicas similares.

En tal sentido el deudor debe conducirse con previsión. Está obligado a prever todas aquellas posibles situaciones que hagan o imposibiliten el cumplimiento de la obligación.

Ahora el grado de previsibilidad es relativo según las condiciones de cada deudor. Cada hombre es diferente en capacidades y habilidades.

Según la doctrina habría que analizar la imprevisibilidad desde un punto de vista subjetivo o desde un punto de vista objetivo. El análisis desde un punto de vista subjetivo se mide el grado diligencia-negligencia tomando en cuenta las características personales del deudor, se valora su comportamiento. Subjetivo. En cambio desde un punto de vista objetivo se toma en cuenta criterios medios normales dentro de la comunidad desde un punto de vista, es decir la diligencia media que las personas normales suelen adaptar en el tipo de asuntos que se trata. Se

---

(27) Construcción conceptual a partir de Díez Picazo. *Op. cit.*, pág. 170.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

habla entonces de la diligencia del buen padre de familia es decir un hombre cuidadoso y vigilante.<sup>(28)</sup>

A mi juicio el criterio que más se ajusta a la realidad viene a ser el criterio objetivo, es importante no solo ver las condiciones personales del obligado no niego su importancia pero definitivamente habría siempre que analizar la conducta, el obligado de acuerdo a los demás miembros de la sociedad, la conducta que debe pedirse a un hombre diligente (al buen padre de familia).

## 8. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil en su artículo 830 nos indica: “Se extingue la obligación cuando perece la cosa cierta y determinada debida pura y simplemente o a término, que era objeto de la obligación o cuando sale fuera del comercio de los hombres o se pierde de modo que se ignore absolutamente su paradero”.

La norma anterior se complementa con el artículo 831, inc. 3 al establecer: “Para que esa pérdida produzca la extinción de la obligación es necesario:

1. Que la pérdida haya acaecido por caso fortuito, sin que haya mediado hecho o culpa del deudor o de las personas de quienes es responsable”.

Aunque la norma no lo indique obviamente si la cosa perece por una fuerza mayor (terremoto por ejemplo) la obligación también se extinguiría.

Por su parte el artículo 702 del mismo cuerpo legal menciona tanto al caso fortuito como la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad.<sup>(29)</sup>

(28) Construcción conceptual a partir de Díez Picazo. *Op. cit.*, pág. 170.

(29) El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de este, fuerza mayor o caso fortuito.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010

En esta norma ambas figuras se equiparan para los efectos de la exoneración del deudor.

No obstante el artículo 1048 del Código Civil párrafo cuarto nos dice: "...Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva o un vehículo, un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ellos resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada".

La norma no menciona el caso fortuito pero aquí no podemos decir que se incluye cuando se habla de fuerza mayor al menos la jurisprudencia no los equipara como vamos a ver.

Si analizamos los artículos 1023 inc f, artículos 1155, 1157, 1180, 1267, y 1071 del Código Civil vemos que nuestro Código utiliza en la mayoría de los casos los términos caso fortuito y fuerza mayor como entidades que exoneran de responsabilidad pero también como figuras autónomas.

#### a) **Síntesis conceptual**

Es importante determinar a esta altura de la investigación el hecho de que a esa situación que la doctrina denomina caso fortuito no es otra cosa que darle un nombre al evento que sucede que hace imposible el cumplimiento de la prestación sin responsabilidad para el deudor, en virtud de que éste ha actuado con la mayor diligencia posible y a pesar de ello ha sucedido un hecho *imprevisible* que imposibilita el cumplimiento.

La pregunta entonces sería cuándo y quién califica un hecho como imprevisible para un sujeto? Definitivamente la respuesta habría que buscarla en el tipo o clase de prestación a cual se encuentra obligado el deudor (es decir la situación concreta) para a partir de allí determinar si el sujeto y bajo el parámetro del buen padre de familia se ha portado en forma diligente.

Ha realizado la prestación con diligencia y prudencia necesaria. Habrá que hacer un examen serio y objetivo sobre las condiciones y circunstancias que mediaron en el cumplimiento. Si de ese análisis y ateniéndose a la persona del deudor en cada caso concreto determinamos

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

que se condujo en forma diligente podríamos decir que el caso fortuito lo exoneraría de responsabilidad no sucedería así si el deudor se ha portado en forma negligente y ha contribuido al caso fortuito, con su negligencia pues en tal caso sería responsable del incumplimiento.

Esta situación del caso fortuito debemos analizarse en relación al tema de la previsibilidad o no del evento que hace posible o no el cumplimiento de la prestación.

Conceptos tales como previsibilidad e imprevisibilidad, negligencia o diligencia tiene íntima relación.

El deudor diligente toma todas las previsiones necesarias para realizar debidamente la prestación debida. Y si aconteciere algo imprevisto ya no sería culpa del obligado.

La doctrina señala como caso típico de caso fortuito, el fallo imprevisto de una máquina en una fábrica. Una falla mecánica en un vehículo (siempre y cuando no sea debida a mal estado del mismo por negligencia del obligado).

En síntesis el caso fortuito hay que analizarlo a la luz del concepto de culpa. No hay culpa si el hecho que acontece es imprevisible para el hombre medio que ha actuado bajo la diligencia del buen padre de familia. En este aspecto el caso fortuito se diferencia de la fuerza mayor.

La fuerza mayor en cambio es definida como una fuerza irresistible de tal magnitud que rompe totalmente el nexo causal. En esta situación el deudor no es responsable por el incumplimiento pero la razón es que no pudo cumplir, pues una fuerza superior a sus fuerzas se lo impidió. Se trata de acontecimientos que son imprevisibles e inevitables.

La doctrina señala como casos de fuerza mayor un terremoto, huracán, inundación, etc. Es una fuerza que destruye el nexo causal.

La fuerza mayor interrumpe el normal suceder de los acontecimientos que iban dirigidos en forma regular hacia la satisfacción del interés del acreedor.

El análisis de la fuerza mayor no hay que hacerla en relación a la culpabilidad del deudor (culpa o dolo) pues no es un evento al cual el deudor deba estar obligado a evitar pues sabemos que es un hecho inevitable aunque en ciertos casos ser previsto.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010

El caso fortuito excluye la culpa del obligado pues actúa dentro del elemento de la culpabilidad, y eso es así dentro del ámbito de la responsabilidad contractual como dentro de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva más no con respecto a la responsabilidad objetiva. Hago esta afirmación basado en lo siguiente:

La llamada responsabilidad objetiva o sin culpa no toma en cuenta como un elemento la culpabilidad del obligado. Se es responsable en virtud de la existencia de una actividad riesgosa, de un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa y un resultado dañoso. Por ello el caso fortuito no exonera de responsabilidad objetiva pues esta no se entra a analizar la culpabilidad del agente productor del daño y por ende no se entra a analizar causas eximentes de dicha culpabilidad. En algunos casos señalados por la ley la fuerza mayor si exonera de responsabilidad tratándose de la responsabilidad objetiva pues esta rompe el nexo causal.<sup>(30)</sup>

## **9. DISTINCIÓN DE LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA**

Nuestro Código Civil nos habla del caso fortuito y de la fuerza mayor como dos entidades separadas como mencionamos líneas atrás.

En nuestra jurisprudencia se habla del caso fortuito y de la fuerza mayor como entidades separadas.

La fuerza mayor toma una significación especial y autónoma a partir de la concepción de la responsabilidad objetiva (ajena a la idea de culpa) diferenciándola de la responsabilidad extracontractual subjetiva (Culpa como elemento central). Solo la fuerza mayor exonera de responsabilidad objetiva.

“Cuando en la reforma de la norma referida a la culpa contractual no se empleó la acostumbrada sinomía de caso fortuito o fuerza mayor, sin que simplemente se dijo que solo la fuerza mayor o la propia falta de la persona muerta o lesionada, podrían eximir a una empresa de ferrocarriles de la reparación de la muerte o lesión de un persona se advertía claramente que ya se traía a la legislación nacional el nuevo

(30) Puede verse el artículo 190 de la ley general de administración pública en ese sentido.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

punto de vista por el acrecentamiento de las empresas industriales y de transporte en que trabajan confiadamente centenares de obreros y en las que viajan o con las que intervienen millares de personas...<sup>(31)</sup> Sala de Casación de 15 horas de 7 de mayo de 1942 primer semestre, I Tomo, pág. 411.

Para profundizar más sobre el tema pueden consultarse sentencia de la Sala Segunda civil número 304 de 5 y 10 hrs de 4 de octubre de 1973.

En esta sentencia ya se delineó una diferencia conceptual importante entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Concretamente el caso fortuito se analiza dentro del elemento de la culpabilidad y la fuerza mayor se analiza dentro del elemento del nexo causal.

## CONCLUSIONES

1. Las obligaciones jurídicas nacen para ser cumplidas y así cumplir su fin para el que fueron concebidas. Cumplidas satisfactoriamente satisfacen el interés del acreedor en la prestación.
2. El incumplimiento de la obligación es la infracción que comete el deudor al no realizar la prestación a la cual él se encontraba obligado.
3. El deudor puede incumplir la prestación en forma consciente y voluntaria (dolo) o en virtud de actuar en forma negligente, imprudente o con impericia (culpa).
4. La culpa del deudor se caracteriza por no ser suficientemente cuidadoso o prevenir aquellas situaciones o circunstancias que le hagan poco probable e cumplimiento oportuno de la prestación.
5. La diligencia debida debe verse desde un aspecto objetivo bajo el parámetro de la diligencia que debe guardar siempre el buen padre de familia.
6. El deudor puede incumplir la prestación por razones que le son imputables o por razones de las cuales no le son imputables.

---

(31) Construcción conceptual a partir de Víctor Pérez. *Op. cit.*, pág. 140.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010

Dentro de estas últimas podemos mencionar la falta del acreedor que incide en el incumplimiento, como es el caso del acreedor obligado a cooperar con el deudor para que el cumplimiento se lleve a cabo.

7. Podemos mencionar situaciones como el caso fortuito o la fuerza mayor que exoneran de responsabilidad la conducta del deudor ante el incumplimiento, claro está en caso de que el deudor no haya contribuido al caso fortuito.
8. El caso fortuito es aquel fenómeno o situación que imposibilita el cumplimiento de la prestación pues es una situación imprevisible para el deudor. Algo que él no previó, aun tomando todos los cuidados “del buen padre de familia” y que le impiden realizar debidamente la prestación.
9. La fuerza mayor viene a ser una fuerza irresistible externa al deudor que rompe completamente el nexo causal entre la actuación del deudor y el resultado producido. Que resulta ser inevitable aunque a veces puede ser previsible.
10. El caso fortuito hay que analizarlo en relación al elemento de la culpabilidad dado que a través de este análisis se determinará si el deudor tomó todas las precauciones debidas y actuó diligentemente (según el principio del “buen padre de familia”) o por contrario actuó en forma negligente.
11. La fuerza mayor no habría que analizarla a la luz de elemento de la culpabilidad sino en relación al nexo causal (relación entre el comportamiento y la producción del daño).
12. Nuestro Código Civil en general se habla de caso fortuito y fuerza mayor y en la mayoría de los casos se mencionan ambas como eximentes de responsabilidad. Sin embargo, tratándose de la responsabilidad objetiva solamente la fuerza mayor exoneraría de responsabilidad al deudor en virtud de que la responsabilidad objetiva no analiza la culpa del obligado sino la existencia de una actividad riesgosa.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Quinta Edición. Librería Bosch. Barcelona, España. 1980.
- ALTERINI, Atilio; Aníbal y otros. *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Segunda Edición Actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Juricentro, S.A. San José, Costa Rica. 1977.
- BLASCO GASCO. *Derecho Civil: Obligaciones y contratos*. Editorial Tirant lo Blanch 1998.
- BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, 1978, pág. 396.
- CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Editorial Astrae, Buenos Aires, 1986.
- COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Alianza Universidad, primera edición 1975.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid. España. Cuarta edición, 1983.
- DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1984.
- DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1984, págs. 109-110.
- GIORGIANI, Michele. *La Obligación*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, p. 99.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil II*. Librería Bosch. Segunda Edición, Tomo II. Vol. I. Barcelona, España, 1985.
- LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE. *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1965.
- MANAVELLA, Carlos. *Las relaciones jurídicas obligatorias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Collegium Academicum. San José, Costa Rica, enero 1982.
- MONTERO PIÑA, Fernando. *Obligaciones*. Primera edición. Premia editores, 1999.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010

OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Segunda Edición corregida. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1978.

PÉREZ VARGAS, Víctor. *Derecho Privado*. Tercera edición. Litografía e imprenta Lil S.A., 1994.

RUGGIERO DE ROBERTO. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo 2. Volumen I. Instituto Editorial Reus.

SALAS MURILLO, Evelyn y BARRANTES GAMBOA, Jaime. *Código Civil*. Biblioteca Jurídica Dike, primera edición 2002.

SANCHO REBULLIDA, Francisco. *Voz Obligación*. Publicado en Gran Enciclopedia Rialp. Ediciones Rialp. Madrid 1973, pp. 174-190.

ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996.

## CÓDIGOS

*Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia*. Salas Murillo, Evelyn y Barrantes Gamboa, Jaime Edo., Biblioteca Judicial.

*Código de Comercio*. San José, Costa Rica, IJSA, tercera edición, 1993. Resoluciones Judiciales.

1. *Sala Primera de la Corte*, número 320 de las 14 horas, del 9 de noviembre de 1990.
2. *Sala Primera de la Corte*. San José, 14 horas, cincuenta minutos, del cinco de diciembre de 1990.
3. *Sala de Casación* de 15 hrs de 7 de mayo de 1942.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

## **LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN LA MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*<sup>(\*)</sup>

Catedrático de la Universidad de Costa Rica

Catedrático Humboldt 2010

Premio Rodrigo Facio Brenes, 2010

(Recibido 21/07/09; aceptado 23/11/09)

---

(\*) jorgerp10@gmail.com; jorgerp9@yahoo.com

Tels. (00-506)-2250-1160; (00-506)-2259-4844

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

## RESUMEN

Los tribunales administrativos en el campo de la contratación pública, se han establecido como una respuesta a los criterios de legalidad, transparencia, equidad y fomento de la competencia. Las normas que regulan esta contratación deben ser aplicadas, en el caso de conflicto, controversia o debate, por juristas calificados en esta materia.

**Palabras claves:** Legalidad, transparencia, tribunal, contratación pública, juristas.

## ABSTRACT

Administrative courts in the matters of government contracting have been established in response to criteria of legality, transparency, equality and development of the competence. The regulation on government contracting must be enforced, in the event of conflict, dispute or debate, by jurists qualified in this matter.

**Key words:** Legality, transparency, court, public business, lawyers.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

## **SUMARIO**

Introducción

1. Costa Rica

2. Chile

3. Panamá

4. Perú

Conclusión

Bibliografía



## INTRODUCCIÓN

La presencia de tribunales en el campo de la contratación estatal, pública o administrativa aumenta el grado de confianza y seguridad, aunque no lo suficiente y necesario, en el cumplimiento de las reglas del juego en este terreno de millones de euros o de dólares que cada Estado invierte por año. Se considera que un 20% del PIB se invierte en compras públicas o adquisiciones del Estado.

*España* anuncia que creará un tribunal para los recursos que se presenten en la contratación pública. En el documento borrador se le llama a este tribunal administrativo central de recursos contractuales. Este proyecto de ley se adapta a la normativa de la comunidad europea (finanzas.com, <http://www.finanzas.com>; EFE, 08/01/10).

En *Costa Rica* no existe este tipo de tribunal. Las funciones de juzgar, en sede administrativa, las realiza la Contraloría General de la República, que constitucionalmente tiene la competencia para la fiscalización jurídico contable de la hacienda pública (artículo 183). El numeral 184 establece sus deberes y atribuciones. Este ente contralor lleva a cabo tareas de control *ex ante* y *ex post*.

Ya existe en este país un clima favorable para establecer esta clase de tribunal. No hay en sede legislativa un proyecto de ley al respecto.

En este escrito presentaré lo relativo a los tribunales en esta materia de los siguientes países: Costa Rica, Chile, Panamá y Perú.

### **1.- COSTA RICA. Tribunal de contrataciones del Estado**

En Costa Rica no existe un tribunal administrativo de las contrataciones públicas.

Las funciones jurisdiccionales administrativas las lleva a cabo la Contraloría General de la República, órgano constitucional que ejerce el control jurídico contable de la hacienda pública, de acuerdo con los numerales de la Carta Magna 183 y 184.

En la ley de contratación administrativa, LCA, numeral 81 se establece que:

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*Contra el cartel o pliego de condiciones de la licitación pública y de la licitación abreviada, se podrá interponer recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas.*

*El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.*

Por su parte, el numeral 84 de la LCA, regula lo pertinente a la impugnación contra el acto de adjudicación.

Esta materia le corresponderá al futuro y eventual tribunal administrativo.

Los requisitos que podrían establecerse para ser juez de este tribunal administrativo podrían ser, por ejemplo:

- Abogadas o abogados costarricenses.
- Con experiencia profesional como juristas, de al menos 5 años en esta materia de la contratación administrativa.
- Ser mayores de 35 años.
- Serán nominados por el Consejo de Gobierno, debiendo ser avalados por la Asamblea Legislativa, por mayoría simple.
- Su nombramiento será por 5 años, pudiendo ser reelectos por una sola vez. La reelección será avalada por el Poder Legislativo por mayoría simple.
- Los integrantes de este tribunal serán 3 juezas o jueces. El Presidente será designado por los miembros del tribunal por un período de 2 años, pudiendo ser reelecto una sola vez.
- Ser de reconocida solvencia moral o ética.
- No haber sido inhabilitado para la ejercer la función pública por la respectiva sentencia.

Con estos requisitos, es probable que los juristas de la Contraloría de la República que actualmente laboran en este campo de la

contratación administrativa o que lo han hecho en el pasado, a la par de profesionales que han desarrollado estas actividades en el sector privado o en el académico, tengan una relativa ventaja para ocupar estos cargos de juez; a lo cual se le añade la circunstancia de que es adivinable que los correspondientes salarios sean atractivos. Teniendo un atractivo adicional, el hecho de que el entrenamiento en esta contratación, de a sus beneficiarios, un atractivo especial cuando se ubiquen en el mercado de trabajo privado o público, una vez pensionados.

En este momento, no hay un proyecto de ley sobre este terreno ni hay voluntad política orientada hacia este fin. Sin embargo, en algunos medios académicos, profesionales y empresariales he detectado la necesidad de establecer este tribunal.

Por ello, hago estas indicaciones preliminares (sujetas a crítica y debate) con vistas a un proyecto de ley a futuro.

## **2.- CHILE. Tribunal de contratación pública**

Por Ley No. 19.886 del 2003 de *bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*, se estableció el Tribunal de contratación pública.

En el capítulo V de esa ley se establece lo pertinente respecto a este tribunal.

Indicaremos varios de los artículos de ese capítulo V.

**Artículo 22.**-*Créase un tribunal, denominado "Tribunal de Contratación Pública", que tendrá su asiento en Santiago.*

*El Tribunal estará integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.*

*Las ternas serán formadas sucesivamente, tomando los nombres de una lista, confeccionada especialmente para tal efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. En la señalada lista sólo podrán figurar abogados que sean chilenos; se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria; acrediten experiencia*

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*en la materia, y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente.*

*En ningún caso, podrán figurar en las ternas aquellos profesionales que hayan sido separados de sus cargos como funcionarios judiciales, sea en la calificación anual o en cualquier otra oportunidad.*

*Los integrantes del Tribunal elegirán a uno de sus miembros para que lo presida, por un período de dos años, pudiendo ser reelegido.*

*Los integrantes designados en calidad de suplentes ejercerán el cargo que les haya sido asignado en aquellos casos en que, por cualquier circunstancia, no sea desempeñado por el titular. Dicha suplencia no podrá extenderse por más de seis meses continuos, al término de los cuales deberá, necesariamente, proveerse el cargo con un titular, de la manera ya señalada, por el período que reste para el ejercicio del mismo.*

*Los integrantes del Tribunal tendrán derecho a que se les pague la suma equivalente a un treintavo de la renta del Grado IV, correspondiente a Ministros de Corte de Apelaciones, por cada sesión a la que asistan, con un máximo de doce sesiones mensuales.*

*Los integrantes del Tribunal permanecerán en el ejercicio de sus cargos por un plazo de cinco años, pudiendo ser nuevamente designados, de la misma forma antes establecida.*

*Este Tribunal fallará conforme a derecho y estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de conformidad con lo que establece el artículo 79 de la Constitución Política de la República.*

*Un auto acordado, dictado por la Corte Suprema, regulará las materias relativas a su funcionamiento administrativo interno, velando por la eficaz expedición de los asuntos que conozca el Tribunal.*

De lo anterior destaco:

1. Los tres miembros titulares y tres suplementes de este tribunal, los nombra el Presidente de la República, de ternas elaboradas previamente por el Poder Judicial.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

2. El plazo del nombramiento de los integrantes citados, es por 5 años, pudiendo ser prorrogados.
3. Los requisitos para ser integrantes de este tribunal son:
  - Ser abogados o abogadas chilenos (as).
  - Haberse destacado en la actividad profesional o universitaria.
  - Experiencia en este campo del derecho administrativo y de la contratación pública.
  - Contar con al menos 10 años de ejercicio profesional en este campo o que, hayan pertenecido al escalafón primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos 5 años en la lista sobresaliente.

No pueden figurar en las respectivas ternas aquellos profesionales judiciales que hayan sido separados de sus cargos como funcionarios judiciales, sea en la calificación anual o en cualquier otra oportunidad.

- El Presidente del tribunal será electo por los integrantes de éste, por un periodo de 2 años, pudiendo ser reelecto.

**Artículo 23.-** *El Tribunal designará mediante concurso público, un abogado, a contrata, de su exclusiva confianza y subordinación, quien tendrá el carácter de ministro de fe del Tribunal y desempeñará las demás funciones que éste le encomiende.*

*La Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.*

El aspecto que destaco en este numeral es:

Un ministro de fe será nombrado por el tribunal, por medio de un concurso público. Este funcionario será de la exclusiva confianza del tribunal y estará subordinado al mismo. El tribunal le asignará las funciones respectivas a este ministro de fe.

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

**Artículo 24.-** *El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.*

*La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.*

*La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación.*

*La demanda deberá deducirse dentro del plazo fatal de diez días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél. Se presentará directamente ante el Tribunal de Contratación Pública, pero cuando el domicilio del interesado se encontrara ubicado fuera de la ciudad de asiento del Tribunal, podrá presentarse por medio de las Intendencias Regionales o Gobernaciones Provinciales respectivas. En este caso, el Intendente o Gobernador, según corresponda, deberá remitirla al Tribunal el mismo día, o a más tardar el día hábil siguiente, contado desde su recepción.*

*La demanda deberá contener la mención de los hechos que constituyen el acto u omisión ilegal o arbitraria, la identificación de las normas legales o reglamentarias que le sirven de fundamento, y las peticiones concretas que se someten al conocimiento del Tribunal.*

*El Tribunal podrá declarar inadmisibile la impugnación que no cumpla con los requisitos exigidos en los incisos precedentes, teniendo el demandante cinco días contados desde la notificación de la inadmisibilidad para corregir la impugnación.*

En este numeral resaltamos lo siguiente:

El objeto o radio de acción de este tribunal comprende estas materias:

- Impugnación contra actos u omisiones (el no hacer), ilegales o arbitrarios,

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

Se refiere a los procedimientos administrativos de la contratación pública,

- Cualquier persona, natural o jurídica, podrá interponer la impugnación, cuando tenga un interés actualmente comprometido en el correspondiente procedimiento administrativo de contratación,
- La impugnación deberá ser presentada dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, contados a partir del momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de ese acto u omisión,
- Si la impugnación se realiza en la ciudad sede del tribunal (Santiago), se presentará ante éste. En los demás casos, la impugnación hecha ante el funcionario respectivo, se remitirá al tribunal a más tardar el día siguiente de la recepción del mismo.

**Artículo 25.-** *Acogida a tramitación la impugnación, el Tribunal oficiará al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo fatal de diez días hábiles, contado desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el Tribunal.*

*El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.*

*Recibido el informe o transcurrido el plazo fatal de diez días hábiles indicado en el inciso primero, sin que el organismo público haya informado, el Tribunal examinará los autos y, si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente, recibirá la causa a prueba y fijará, en la misma resolución, los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deba recaer.*

*Desde que esta resolución haya sido notificada a todas las partes, se abrirá un término probatorio común de diez días hábiles, dentro del cual deberán rendirse todas las probanzas que se soliciten. Si se ofreciera prueba testimonial, se acompañará la lista de testigos dentro de los dos primeros días hábiles del término probatorio. El Tribunal designará a uno de sus integrantes para la recepción de esta prueba.*

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*Vencido el término probatorio, el Tribunal citará a las partes a oír sentencia. Efectuada esta citación, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género.*

*A partir de la recepción de la causa a prueba, el Tribunal podrá decretar de oficio, para mejor resolver, cualquiera de las medidas a que se refiere el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil u otras diligencias encaminadas a comprobar los hechos controvertidos. Estas medidas deberán cumplirse en el plazo de diez días hábiles, contado desde la fecha de la resolución que las decreta. En todo caso, serán decretadas y cumplidas con anterioridad al vencimiento del término para dictar sentencia.*

*Los incidentes que se promuevan en el juicio no suspenderán el curso de éste y se substanciarán en ramo separado.*

*La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de diez días hábiles, contado desde la fecha de la resolución que cita a las partes a oír sentencia.*

En este numeral rescato estos aspectos:

- El tribunal podrá decretar la suspensión del respectivo procedimiento administrativo impugnado.
- Vencido el plazo para las pruebas, el tribunal cita a las partes para oír la sentencia. Hecha esta citación, no se admitirán escritos ni pruebas de ninguna especie.
- La sentencia administrativa respectiva, se dictará en el plazo de 10 días hábiles, contado desde la fecha de la resolución en que cita a las partes a oír la sentencia.

**Artículo 26.-** *En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho.*

*La sentencia definitiva se notificará por cédula. La parte agraviada con esta resolución podrá, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde su notificación, deducir ante el Tribunal recurso*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

*de reclamación, el que será conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago. La reclamación se concederá en el solo efecto devolutivo.*

*La reclamación se verá en cuenta, sin oír alegatos, salvo que la Corte así lo acuerde, a solicitud de cualquiera de las partes. En este caso, la causa será agregada en forma extraordinaria a la tabla. No procederá la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el N° 5° del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, el Tribunal de Alzada podrá decretar, fundadamente, orden de no innovar por un plazo de hasta treinta días, renovable.*

*La resolución que falle el recurso de reclamación deberá pronunciarse, a más tardar, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que la causa se haya visto en cuenta o haya quedado en acuerdo. En su contra no procederá recurso alguno.*

En este numeral destaco estos puntos:

- La sentencia definitiva versará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado.
- Esta sentencia puede ser impugnada, dentro del plazo de 5 días hábiles, contados a partir de su notificación, ante el tribunal como recurso de reclamación, el cual será conocido y resuelto por la Corte de apelaciones de Santiago,
- Contra la resolución del recurso de reclamación no cabe impugnación alguna.

**Artículo 27.-** *La acción de impugnación se tramitará de acuerdo con las normas contenidas en este Capítulo. Supletoriamente, se aplicarán las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario civil de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento.*

Indico aquí el aspecto de que la tramitación de la impugnación se tramitará de conformidad con las normativas respectivas a esta materia.

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

### **3.- PANAMÁ. Tribunal administrativo de contrataciones públicas**

Por ley No. 22 del 27 de junio del 2006, se regula la contratación pública se estableció el Tribunal de contratación pública.

En el Capítulo XVII, se establece lo relativo a este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Artículo 104. Creación. *Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia, de:*

1. *El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción emitidos por las entidades, en los procedimientos de selección de contratista.*
2. *El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista.*
3. *Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.*

Rescato aquí estos aspectos:

El radio de acción de este tribunal es:

- El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación; o, en su lugar, el acto que declara desierto un proceso de selección del contratista público,
- Conocer y resolver la apelación contra la resolución del contrato o la inhabilitación del contratista,
- Acciones de reclamo presentadas ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Artículo 105. *Integración, nombramiento y sede. El Tribunal estará integrado por tres abogados, los cuales serán nombrados por el*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

*Presidente de la República con sus respectivos suplentes, quienes tendrán la misma remuneración que los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia.*

*El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Panamá y contará con una estructura técnica y administrativa para realizar sus funciones, cuyo personal será nombrado en Sala de Acuerdo.*

En este numeral rescato lo siguiente:

- El Presidente de la República nombra a tres abogados o abogadas y sus respectivos suplentes,
- La sede del tribunal es la ciudad de Panamá.

Artículo 106. *Requisitos para ser miembros del Tribunal. Para ser miembro del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas será indispensable que los interesados cumplan obligatoriamente los siguientes requisitos:*

1. *Ser de nacionalidad panameña.*
2. *Haber cumplido treinta y cinco años de edad.*
3. *Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.*
4. *Haber completado un periodo de cinco años, durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, o un cargo en cual se requiera idoneidad en el ejercicio de la profesión de abogado.*
5. *No haber sido condenado por delito doloso ni por faltas al Código de Ética Profesional.*

En este artículo subrayo:

- Los requisitos para ser miembros del tribunal son: ser panameño o panameña, tener, al menos 35 años de edad, estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos, no tener condenas por delitos dolosos o por faltas al Código de Ética Profesional.

Comento ahora el requisito de tener 5 años de experiencia en el ejercicio de la profesión de abogada (a); o, *un cargo en cual se requiera idoneidad en el ejercicio de la profesión de abogado.*

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

Este requisito de la *idoneidad* es una puerta abierta para nombrar a quien carece del título de jurista y carece de experiencia como tal, para nombrar a personas que lo tienen es experiencia en cargos o funciones de abogados, sin tener el título profesional de tal otorgado por una universidad.

En Costa Rica, hace años se usó, en el campo del empleo público, la frase de puerta abierta (“portillo”) “o preparación equivalente”, para nombrar a quienes no tenían título profesional alguno.

Artículo 107. *Nombramiento. Los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán nombrados para un periodo de cinco años y podrán reelegirse en el cargo, previo cumplimiento de las formalidades establecidas, para los efectos de los primeros nombramientos, estos serán por periodos escalonados de dos, tres y cinco años.*

*El procedimiento y la metodología de selección de los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo.*

Aquí destaco que:

- Los integrantes de este tribunal pueden ser reelectos,
- El Presidente de la República reglamentará el procedimiento y la metodología de la selección de los integrantes de este tribunal.

Artículo 108. *Causales de suspensión, separación, destitución y medidas disciplinarias. Los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas solo podrán ser suspendidos, separados o destituidos del cargo por las siguientes causas:*

1. *Incumplimiento de sus deberes y obligaciones contenidos en la presente Ley.*
2. *Morosidad o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.*
3. *Incapacidad física o mental.*

*Para los propósitos del presente artículo se entenderá por morosidad, la falta de resolución de los asuntos que le corresponde conocer dentro de los términos establecidos para ello en la presente Ley, por causas atribuibles a los miembros del Tribunal.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

*Se entenderá por negligencia, el incurrir en mora por más de cinco veces en un periodo de tres meses.*

*Para todos los efectos, se tendrá como superior jerárquico al Presidente de la República, quien tendrá la facultad de suspender, separar o destituir a los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por las razones antes señaladas.*

*El Órgano Ejecutivo reglamentará lo relativo a la aplicación de las sanciones establecidas en este artículo.*

En este numeral señalo:

- El Presidente de la República será el superior jerárquico, el cual podrá suspender, separar o destituir a los miembros del tribunal citado, con base en las causales supraindicadas. Este superior jerárquico reglamentará lo que se refiere a la aplicación de las sanciones correspondientes.

*Artículo 109. Prohibición. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer la profesión de abogado ni el ejercicio del comercio, por sí mismos ni por interpuestas personas, ni ningún tipo de negocio ante el Estado ni ejercer cualquier otro cargo retribuido, excepto el de profesor de enseñanza en establecimientos educativos.*

Observo aquí que los miembros del tribunal serán dedicación exclusiva en el ejercicio de este cargo, exceptuando las funciones docentes.

*Artículo 110. Adopción por mayoría. Las decisiones del Tribunal se adoptarán por mayoría y se considerarán notificadas una vez se hayan publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".*

Apunto ahora que las notificaciones de las decisiones del tribunal citado, se realizarán mediante el sistema electrónico "PanamáCompra".

#### *Capítulo XVIII. Reclamos, Recursos y Notificaciones*

*Artículo 114. Recurso de impugnación. Todos los proponentes que se consideren agraviados por una resolución que adjudique o declare desierto un acto de selección de contratista en el cual consideren que se*

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias podrán presentar recursos de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, acompañando las pruebas o anunciándolas al momento de formalizar la impugnación, si las hubiera.*

*Dicho recurso deberá ser interpuesto en un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución objeto de la impugnación, que se surtirá en el efecto suspensivo.*

*Una vez admitido el recurso, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas dará traslado a la entidad correspondiente, la cual deberá remitir un informe de conducta acompañado de toda la documentación correspondiente al acto impugnado, en un término no mayor de cinco días hábiles. Dentro del mismo término, podrá comparecer cualquier persona en interés de la ley o en interés particular, para alegar sobre la impugnación presentada. Los que así comparezcan se tendrán como parte única y exclusivamente dentro de esta etapa.*

*Si el objeto de la impugnación versa sobre aspectos estrictamente jurídicos, el Tribunal pasará sin mayor trámite a resolver dentro de un plazo de diez días hábiles. En caso contrario, abrirá un periodo para practicar las pruebas de hasta diez días hábiles. En ambos casos, el Tribunal podrá decretar de oficio las pruebas que estime necesarias o convenientes.*

*Vencido el término de pruebas, se podrán presentar alegatos por las partes en un término común de tres días, vencido el cual el Tribunal tendrá un periodo de diez días hábiles para resolver.*

Hago las siguientes observaciones:

- La impugnación se puede orientar contra la adjudicación o la declaratoria de desierto de un concurso, en el que se estime que se han realizado acciones u omisiones ilegales o arbitrarias,
- A partir del día de la notificación, existe un plazo de 5 días hábiles para interponer la impugnación,
- Ya vencido el plazo de recepción de pruebas, se abre otro plazo de 3 días hábiles para presentar el alegato de bien probado, a partir del cual el tribunal tendrá 10 días hábiles para resolver.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

*Parágrafo. Todo recurso de impugnación debe ir acompañado de una fianza de recurso de impugnación por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del total de la propuesta sin exceder la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00) en los casos de bienes y servicios, y sin exceder la suma de quinientos mil balboas (B/.500,000.00) en el caso de obras.*

Indico en este *parágrafo* que se requiere un pago por una cantidad equivalente al 10% del total de la oferta, para presentar la impugnación.

El artículo 41, primer párrafo, de la Constitución Política de Panamá manda:

*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular; y, el de obtener pronta resolución.*

Es un derecho constitucional al debido proceso sustancial y al acceso a la administración de justicia, en el caso concreto la justicia administrativa.

Por ello, considero que es inconstitucional este pago o fianza que se exige para los efectos de presentar una impugnación ante este tribunal administrativo.

Se consagra el debido proceso sustancial, como medio adecuado para que todos puedan acceder a la justicia administrativa, obtener los necesarios reparos y las debidas protecciones a sus derechos, mediante el libre ejercicio del derecho de defensa.

*Artículo 114-A. Recurso de Apelación a la Resolución Administrativa del Contrato. Las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato, podrán ser recurridas en apelación, anunciándola ante dichas entidades dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelve administrativamente el contrato, y sustentándola dentro del mismo término ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante apoderado legal.*

*La entidad contratante, una vez anunciado el recurso de apelación, enviará el expediente completo, a más tardar el día hábil siguiente, al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.*

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*La apelación se surtirá en efecto suspensivo.*

Anoto en este aspecto, que procede la impugnación ante este tribunal en el caso de la resolución del contrato, dentro del plazo de 5 días hábiles siguientes a la notificación de la respectiva resolución.

Artículo 115. *Apego a las normas. Todos los procesos se efectuarán con arreglo a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y eficacia y con apego al principio de estricta legalidad.*

En este aspecto, se hace mención a una petición de principio: resolver conforme a los principios y normas escritas de la materia. Aparentemente, quedarían excluidas la oportunidad y la conveniencia.

Artículo 116. *Agotamiento de la vía gubernativa. Una vez publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “Panamá-Compra” la resolución que resuelve el recurso de impugnación, queda agotada la vía gubernativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.*

Indico aquí que se da por agotada la vía administrativa cuando se publica electrónicamente en “Panamacompra”, la resolución o sentencia administrativa que resuelve la impugnación. La vía que queda abierta es la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

#### **4.- PERÚ. Tribunal de contrataciones del Estado**

Se debe informar que en Perú, existe la siguiente normativa:

*EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, por cuanto: el Congreso de la República por Ley N° 291 57, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado;*

*De conformidad con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú;*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

*Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; ha dado el Decreto Legislativo siguiente: decreto legislativo No. 1017 que aprueba la Ley de contrataciones del Estado, del 3 de junio del 2008.*

**(Perú, Constitución Política, artículo 104°:**

*El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.*

*No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.*

*Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.*

*El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo).*

En el Título VII, se establece lo relativo a este Tribunal de contrataciones del Estado.

Indicaremos varios de los artículos de ese título VII.

Artículo 63.- Tribunal de Contrataciones del Estado. *El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.*

*Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Tiene las siguientes funciones:*

- a) *Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección;*
- b) *Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso; y,*
- c) *Las demás funciones que le otorga la normativa.*

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*Su conformación y el número de Salas se establecerán por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.*

El radio de acción de este tribunal resolverá, en general, los conflictos que se den entre la Administración Pública y los participantes y postores (oferentes).

Artículo 64.- *Requisitos e impedimentos para ser Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado.*

*Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado son elegidos por concurso público. Para ello se requiere:*

- a) Contar con título profesional universitario;*
- b) Experiencia acreditada no menor a cinco (5) años en las materias relacionadas con la presente norma;*
- c) Acreditar estudios de especialización en temas afines a las materias de esta norma;*
- d) Contar con reconocida solvencia moral;*
- e) No estar inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República;*
- f) No haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración;*
- g) No haber sido inhabilitado para contratar con el Estado;*
- h) No tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado;*
- i) No estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública.*

*El Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado será elegido de acuerdo a lo que disponga el Reglamento de la presente norma.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

Observo que este numeral evade concretamente indicar que los miembros del tribunal deben ser abogados, por ejemplo. Ya que se usan expresiones tales como:

- Contar con título profesional universitario (se omite decir cuál título),
- Acreditar estudios de especialización en temas afines a las materias de esta norma (se omite la precisión, para dar lugar a la ambigüedad),
- Experiencia acreditada en materias afines a esta normativa (se omite la precisión, para dar lugar a la ambigüedad).

Artículo 65.- Causal de remoción y vacancia. *Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado podrán ser removidos mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas por falta grave, permanente incapacidad física o incapacidad moral sobreviniente.*

*La vacancia en el cargo también se produce por renuncia.*

El principio en derecho administrativo es que quien nombra, destituye.

En este sentido, si los miembros del tribunal pueden ser destituidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, es este órgano del Poder Ejecutivo, el que los nombra, mediante concurso público.

Artículo 66.- *Publicidad de las resoluciones El Tribunal de Contrataciones del Estado deberá publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) las resoluciones que expida como última instancia administrativa.*

El agotamiento de la vía administrativa, lo realiza este tribunal vía electrónica.

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

## CONCLUSIÓN

1. Este tribunal administrativo, especializado en contrataciones públicas, es –por lo general– de nombramiento del Poder Ejecutivo.
2. Sería conveniente, en su calidad de tribunal, que sus integrantes sean juristas (abogadas y abogados), apoyados por un cuerpo de funcionarios con títulos universitario en Administración Pública, Economía, Ingeniería, etc.
3. No hay duda de que la actuación de estos tribunales deben ser acorde con los principios y normas del derecho, en unión con criterios de ética y de moral en el ejercicio de la función pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ana, Armijos y Fernando Straface, directores *Costa Rica. Informe sobre el gasto público*. Capítulo 6: *garantías de aborro en las compras del sector público* (Buenos Aires: Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, 2009).
- Azuela, Antonio. *Las compras del gobierno* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2006).
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá: Universidad del externado de Colombia, 2004).
- Bondu, Rene-Pierre et al. *Gobierno digital en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica - CICAP, 2008).
- Cascante, Wagner; López, Carla; Zúñiga, Alfonso; Rodríguez, Rodrigo. Suplemento especial *La Contratación Administrativa* (San José: Contraloría Universitaria, Universidad de Costa Rica, *Boletín Técnico Gestión y Control*, julio 2007).
- Campos, Christian (editor). *La Contratación Administrativa y su reglamento* (San José: EUNED, 2007).
- Claro, Jorge. *Las compras y contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, abril, 2007.
- et al Realidades, retos y desafíos de los sistemas de compras públicas en América Latina*, Jorge Claro et al. 2006. Organización de Estados Americanos OEA.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (99-124) setiembre-diciembre 2010

- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005).
- Cassagne, Juan Carlos; Enrique Rivero Ysern. *La contratación pública* (Buenos Aires: Hammurabi-Depalma, 2 tomos, 2007).
- Concha, Gastón *Resultados en la medición de madurez de portales de compra de América Latina.*(Washington DC: BID, enero 2008).
- Del Piazzo, Carlos. *Acerca de la contratación pública electrónica* (Lima: Asociación de Estudios de Derecho Administrativo, Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico No. 1, 2006, monográfica dedicada al tema de la contratación administrativa).
- Dussán, Jorge. *Elementos del contrato estatal* (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005).
- Fernández-Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos* (México: Porrúa-UNAM, 2000).
- García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).
- Gasnell, Carlos. *¿Cómo contratar eficientemente con el Estado?* (Panamá: Sistemas Jurídicos S. A., 2003)
- González, Rodrigo *La licitación pública y el contrato administrativo* (México: Porrúa, 2008)
- Guiridlian Javier. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).
- Linares, Mario. *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos* (Lima: Grijley, 2006).
- Lucero, Manuel. *La licitación pública* (México: Porrúa, 2004).
- Pérez, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).
- Ramos, Daniel *Licitación pública* (México: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004).
- Romero-Pérez. *La contratación administrativa* (San José: EUNED, 2002).
- Derecho Administrativo* (San José: EUNED, 2002).

ROMERO PÉREZ: Los tribunales administrativos...

*La contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).

*Contratos públicos y aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).

*La contratación administrativa electrónica* (San José: Universidad de Costa Rica, suplemento de ciencia y tecnología, mayo del 2009).

*Las compras públicas verdes* (San José: Revista de Ciencias jurídicas No. 120, 2009, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados).

Santamaría, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991).

Sarti, Néstor *Contrataciones públicas* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2005).

Schapper, Paul; y, Joao Veiga Malta. *¿Cómo hacer para que el Estado compre mejor?* (Argentina: revista *Gobierno digital*, No. 3, 2004, versión digital, [www.gobiernodigital.org.ar](http://www.gobiernodigital.org.ar))

Vega, Mariela; Alejandro Ordóñez. *Contratación estatal* (Bogotá: Temis, 1999).

## DOCUMENTOS

Contraloría General de la República, San José Costa Rica. *Memoria anual del 2008*.

*Informe sobre el estudio realizado en relación con los sistemas de compras electrónicas en el sector público de Costa Rica*. 1 diciembre 2008

Organización para la cooperación y desarrollo económicos. *Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones públicas*. Versión 4, 10 enero 2007.

Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo sobre contratación pública, 15 de abril de 1994*.

Organización de Naciones Unidas *Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1994*.

Programa Interamericano de compras gubernamentales. *III Conferencia de las Américas sobre compras gubernamentales*. Lima, Perú. 28 al 30 noviembre 2006.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (125-140) setiembre-diciembre 2010

## **LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE PRUEBA SOBRE QUÍMICOS AGRÍCOLAS EN EL T.L.C.**

*Prof. Jorge Cabrera Medaglia*<sup>(\*)</sup>  
Abogado costarricense

(Recibido 20/08/09; aceptado 23/11/09)

---

(\*) Abogado especializado en Derecho Ambiental. Profesor de la Maestría en Derecho Ambiental y del Posgrado en Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica. Asesor Legal del INBio.

e-mail: jacmed@racsa.co.cr

Teléfono: 8326-0907, Fax: 2267-7594

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

## RESUMEN

El presente artículo analiza las disposiciones sobre protección de datos de prueba en la Organización Mundial del Comercio y sus implicaciones legales, incluyendo las flexibilidades que otorga a los países para su implementación. Se repasan la normativa nacional en la materia, incluyendo Informes de la Contraloría General de la República. Por último, se estudia el contenido del Tratado de Libre Comercio en esta materia y las modificaciones que traerá consigo.

**Palabras claves:** Propiedad intelectual; protección de datos de prueba; tratado de libre comercio.

## ABSTRACT

This article addresses the provisions of the World Trade Organization Agreement on Data Protection and its legal implications, including the flexibilities granted to the Contracting Parties for its national implementation. It is also presents the national legal framework on this matter. Finally, the article contains an analysis of the Free Trade Agreement provisions on Data Protection and the amendments that it will bring into the current legal system in Costa Rica.

**Key words:** Intellectual property rights; data protection; free trade agreements.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (125-140) setiembre-diciembre 2010

## **SUMARIO**

- I. Disposiciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre datos de prueba en materia de químicos agrícolas
- II. Normativa de interés contenida en la Ley de Información No Divulgada
- III. Funcionamiento del sistema actual de registro de químicos agrícolas
- IV. Discusiones en materia de reconocimiento de registros y armonización de información en el proceso de la Unión Aduanera.
- V. Análisis de la normativa del TLC en materia de datos de prueba en agroquímicos

Conclusiones

Bibliografía



## **I. DISPOSICIONES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) SOBRE DATOS DE PRUEBA EN MATERIA DE QUÍMICOS AGRÍCOLAS**

La protección de los datos de prueba presentados para el registro de agroquímicos y farmacéuticos, constituyó uno de los aspectos negociados en el marco de la mesa de derechos de propiedad intelectual del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (de ahora en adelante el TLC). A su vez, tal tópico ha sido objeto de profundas discrepancias con relación a las consecuencias que tendrá sobre el mercado de productos genéricos. Mientras que para algunos estas disposiciones no harían más que tomar en cuenta la práctica existente en otros países y lo regulado en acuerdos de comercio, como el NAFTA, protegiendo inversiones cuantiosas para generar tales datos; otros, por el contrario, consideran que este mecanismo traerá como resultados una extensión del término de las patentes y en definitiva se convertirá en un obstáculo para la producción y comercialización de medicamentos y agroquímicos a precios más competitivos.

Igualmente, a efectos de comprender cuáles son las obligaciones internacionales existentes es importante repasar lo dispuesto en el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) el primer instrumento multilateral que introdujo el concepto de la protección de los datos de prueba. El artículo 39.3 del ADPIC textualmente dispone:

“Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal”.

Analizando el texto con detalle y repasando la historia de la negociación en el seno del entonces GATT, las obligaciones dimanantes del mismo puede ser sintetizadas de la siguiente manera:

- Se debe proteger solo los datos no divulgados necesarios para la aprobación y comercialización de nuevas entidades químicas. Lo anterior no incluye la protección de datos públicos presentados

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

a las autoridades para obtener el respectivo registro. Igualmente se trata de los datos que son exigidos por las autoridades como condición del registro.

- La protección solo se aplica a nuevas entidades químicas. El término nuevas no se define. Puede tratarse de una entidad para la que se solicita el registro por primera vez o bien de aplicar el criterio de novedad utilizado en el sistema de patentes, es decir que la entidad no haya sido conocida con anterioridad.
- Asimismo, la generación de tales datos debe haber implicado un esfuerzo considerable, se supone, en términos del costo incurrido por la empresa que produjo la información. Nótese que no se trata de proteger la innovación o la creatividad, sino la inversión. Lo anterior en el tanto los procedimientos para obtener los datos consisten en el uso de protocolos conocidos, sin que pueda indicarse que estemos en presencia de una innovación protegida por medio de otras formas de propiedad intelectual como las patentes. Tampoco se presentan criterios para determinar cuándo se está en presencia de dicho esfuerzo considerable.<sup>(1)</sup>
- La obligación primordial del gobierno consiste en otorgar algún tipo de tutela contra un uso comercial desleal.<sup>(2)</sup> Esta frase tampoco está definida en el texto del ADPIC. Diversas interpretaciones se han realizado del alcance de esta protección, incluyendo jurisprudencia<sup>(3)</sup> en los Estados Unidos y Canadá. Se refiere al uso por los competidores de la información presentada

---

(1) Se considera que el costo de generar tales datos para nuevas entidades químicas puede rondar los 100 o 150 millones de dólares. De allí que quienes los producen hayan reclamado su protección y que quienes se dedican a la fabricación de genéricos requieren del uso de tales datos ante el costo financiero de desarrollarlos.

(2) El Convenio de París sobre Propiedad Industrial define en su artículo 10 bis a la competencia desleal como “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

(3) Por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de Canadá en el caso Bayer sostuvo: “Cuando un fabricante genérico realice una presentación abreviada de una nueva medicina, se puede demostrar la toxicidad y eficacia del producto genérico probando que el producto es equivalente

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (125-140) setiembre-diciembre 2010

(por un primer registrante) para obtener el registro de su producto, por ejemplo, un genérico? Constituye un uso comercial, el que las autoridades reguladoras basen el análisis de la solicitud presentada por una segunda compañía, en los datos suministrados previamente? Basta con que un posterior registrante demuestre que se trata de productos similares para que se otorgue el registro, sin que tal proceder se considere un uso comercial desleal?. En ningún momento se menciona, como fue propuesto por algún país durante las negociaciones del ADPIC, la protección contra la obtención de un beneficio comercial (que puede ser legítimamente obtenido), sino que se refiere a aquellos actos comerciales deshonestos. Tal determinación puede variar de país a país. En síntesis el Acuerdo ADPIC otorga suficiente flexibilidad a las Partes para determinar cuándo se está en presencia de un uso comercial desleal y cuáles son los medios de protección a ser otorgados (Correa, 2004).<sup>(4)</sup>

farmacéutico y biológico del producto innovador. Si el fabricante genérico puede probarlo simplemente comparando su producto con el producto innovador comercializado públicamente, el Ministerio no tendrá que examinar o basarse en información confidencial presentada por parte de la Presentación de una nueva medicina por el innovador. En tal caso, no corresponderá el período mínimo de 5 años de protección de la comercialización prevista en la reglamentación.

Es evidente que si no se basa en los datos confidenciales la cláusula referida a secretos industriales del TLCAN (NAFTA) no corresponde. Específicamente, si un fabricante genérico puede comprobar la toxicidad y eficacia de su producto basándose en estudios de bio-equivalencia y bio-disponibilidad sin que el Ministerio deba examinar o basarse en los datos confidenciales presentados por el innovador, no existe razón o justificación para una protección mínima de cinco años contra los competidores”.

- (4) Inclusive, en el caso de los Estados Unidos la US Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act, dispone, según la cláusula de uso exclusivo, que algunos datos de prueba reciben protección temporal contra su uso por parte de los competidores. Dicho plazo es de 10 años para los datos correspondientes a los ingredientes activos registrados por primera vez. Sin embargo, la mayoría de los datos pueden ser utilizados por una compañía que este dispuesta a pagar una compensación a quien presentó originalmente los datos, bajo ciertas condiciones. La determinación del monto, en caso de controversias, puede ser realizada por un árbitro. Se trata de una forma de licencia obligatoria.

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

No se menciona una exclusividad en la protección de los datos. A la fecha de la negociación del ADPIC, tanto en Europa (de 6 a 10 años),<sup>(5)</sup> como en los Estados Unidos (5 años y 10 años) se conferían derechos exclusivos sobre la información o datos de prueba.<sup>(6)</sup> En algunos casos, los datos pueden ser usados a condición de compensar al titular de los mismos. Posteriormente, algunos acuerdos de comercio o legislaciones nacionales ha ido siguiendo dicha práctica, estableciendo en sus leyes exclusividad.<sup>(7)</sup> A partir de cuando se considera que esta exclusividad comienza a contarse es crítico para determinar si tal protección puede en la práctica existir aún después del vencimiento de la patente (20 años). Como bien resume Correa (2004) “el artículo 39.3 evidentemente exige alguna forma de protección para los datos de prueba. Su propósito principal no es evitar que los gobiernos realicen un uso comercial de tales datos, sino el uso que puedan hacer los competidores. La redacción, el contexto y el propósito de dicho artículo, no permiten concluir que la protección requerida solo se pueda implementar sobre la base de un período de exclusividad. Los antecedentes de las negociaciones TRIPs confirman esa interpretación”.

En conclusión, las obligaciones internacionales vigentes otorgan un amplio margen de maniobra para determinar el alcance y contenido de la protección de los datos de prueba.

- 
- (5) La nueva Directiva Europea en la materia 2004/27/EC vigente desde mayo del 2004, armoniza los plazos de exclusividad mediante la llamada fórmula 8+2+1, por medio de la cual se otorgan 8 años de protección de datos, 2 de exclusividad de comercialización y 1 para indicaciones nuevas de productos existentes.
- (6) Como se cita en Correa 2004 “se debe admitir que lo que sigue del artículo 39.3, en una lectura *prima facie*, no parece otorgar exclusividad a los datos por un periodo determinado. Esta falta de claridad es el resultado evidente de un proceso de negociaciones difícil, en el cual surgieron divergencias de opiniones entre los países en vías de desarrollo y los industrializados en cuanto a la necesidad de contar con una protección del tipo existente en la CE o en los Estados Unidos, así como en los países industrializados, en lo concerniente a la duración del período de exclusividad”.
- (7) Para conocer algunas la forma como algunas legislaciones protegen los datos de prueba, cfr. IFPMA, A review of existing data exclusivity legislation in selected countries, versión de enero del 2004.

## II. **NORMATIVA DE INTERÉS CONTENIDA EN LA LEY DE INFORMACIÓN NO DIVULGADA**

Ley de Información No Divulgada No. 7975 (reformada por Ley No. 8686 del 21 de noviembre del 2008), contempla en su artículo 8 la protección de datos suministrados para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o agroquímicos. Dispone textualmente dicho numeral:

“Si, como condición para aprobar la comercialización de nuevos productos farmacéuticos o agro-químicos se exige a los solicitantes de un permiso de comercialización presentar datos de prueba no divulgados, incluidos datos sobre seguridad y eficacia, u otra información no divulgada, cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, los datos referidos se deberán proteger contra todo uso comercial desleal y toda divulgación, salvo cuando el uso de tales datos se requiera para proteger al público. Si dicha información no divulgada es divulgada, se deberán adoptar las medidas para garantizar la protección contra todo uso comercial desleal. El uso de los datos de prueba para proteger al público incluye el uso por parte de las autoridades competentes, cuando se trate de estudios contemplados en las reglamentaciones sobre registros de medicamentos o agroquímicos para prevenir prácticas que puedan inducir a error al consumidor o proteger la vida, la salud o la seguridad humana, o bien, la vida animal o vegetal o el medio ambiente, siempre y cuando dicha información no sea divulgada.

Para efectos de este artículo, producto nuevo es aquel que no contiene una entidad química que haya sido aprobada previamente en Costa Rica.

Se entiende por entidad química el grupo funcional del principio activo que es responsable por la acción biocida, fisiológica o farmacológica. Se entiende que comparte una nueva entidad química todos aquellos polimorfos, isómeros y aquellos derivados con partes unidas a la entidad química que lo constituyen como éster, éter, sal; incluso una sal con uniones de hidrógeno o coordinadas, complejos u otras”.

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

### III. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ACTUAL DE REGISTRO DE QUÍMICOS AGRÍCOLAS<sup>(8)</sup>

La obligación del registro de químicos agrícolas se encuentra recogida en la Ley de Protección Fitosanitaria, No. 7664, artículos 5 inciso o), 23 y 24 y en los 92 y ss del reglamento a la Ley, No. 26921-MAG, función que es ejercida a través de la Gerencia de Insumos Agrícolas del Servicio de Protección Fitosanitario. Igualmente, el ordenamiento jurídico dispone cuales son los datos que deben presentarse para obtener el registro, los cuales quedarían, en el caso de datos sobre seguridad y eficacia, protegidos por las disposiciones de datos de prueba del Tratado de Libre Comercio que más adelante se explicarán.

La Ley de Protección Fitosanitaria establece en su artículo 23 que “Según los requisitos que se señalaran en el reglamento de esta ley, todas las sustancias químicas, biológicas y afines para uso agrícola, deberán inscribirse en el registro que el Servicio de Protección Fitosanitaria del Estado creará para disponer de información sobre las características de estos y velar por su correcta utilización en el país”. El artículo 24 prevé que ninguna persona física o jurídica podrá importar, exportar, fabricar, formular, almacenar, distribuir, transportar, reempacar, reenvasar, anunciar, manipular, mezclar, vender ni emplear sustancias químicas o biológicas o afines para uso agrícola que no estén registradas conforme a la Ley.

Los requisitos exigidos se encuentran detallados en el nuevo Reglamento<sup>(9)</sup> sobre Registro, Uso y Control de Plaguicidas Sintéticos Formulados, Ingrediente Activo Grado Técnico, Coaduyantes y Sustancias Afines de Uso Agrícola, No. 33495-MAG-S-MINAE-MEIC publicado en La Gaceta del 10 de enero del 2007, modificado especialmente en lo relativo a datos de prueba por medio del decreto No. 34903-MAG-S-MINAE-MEIC del 21 de noviembre del 2008.<sup>(10)</sup>

- 
- (8) Posteriormente a la finalización de este artículo se aprobó una ley para facilitar el registro de los agroquímicos, pero la misma no se relaciona directamente con los datos de prueba.
  - (9) Sobre el mismo existe pendiente una acción de inconstitucionalidad. En materia de fertilizantes el registro se regula en el decreto No. 28429-MAG-MEIC-TUR RTCR publicado en La Gaceta del 14 de febrero del 2000.
  - (10) El artículo 2 (Sección, 3, Definiciones) contempla las de datos de prueba; productos agroquímico nuevo e ingrediente activo grado técnico nuevo.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (125-140) setiembre-diciembre 2010

Por su parte, la Ley para la Importación y Control de la Calidad de los Agroquímicos, Anexo N° 5 de la Ley N° 7017 del 16 de diciembre de 1985, deja claro que previo al registro de un agroquímico, se requiere que se le practiquen al mismo todos los análisis que correspondan para asegurar su calidad y su uso adecuado, controlar su toxicidad, así como analizar su efecto en la salud de las personas y el ambiente.

“Con el propósito de asegurar la calidad y el uso adecuado de los agroquímicos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería estará obligado a efectuar controles periódicos sobre la calidad de estos productos en las fábricas y casas distribuidoras, en las que tomará las muestras necesarias para remitirlas al laboratorio de control de calidad. Este Ministerio también tendrá a su cargo el control de la toxicidad crónica y de su efecto en la salud de las personas y del ambiente. No se podrá registrar ningún producto sin que se hayan practicado estos análisis.

El Ministerio de Agricultura y Ganadería podrá prohibir la circulación u ordenar la destrucción de los productos que no cumplan con las normas de calidad, así como tomar otras medidas tendentes a mejorar la calidad de los agroquímicos. En lo que se refiere a la elaboración y control de las normas de calidad, el citado Ministerio actuará en coordinación con la Oficina Nacional de Normas y Unidades de Medidas del Ministerio de Economía y Comercio.” (art 5).

#### **IV. DISCUSIONES EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE REGISTROS Y ARMONIZACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL PROCESO DE LA UNIÓN ADUANERA**

Como parte del proceso de negociaciones conducentes a la formación de la Unión Aduanera Centroamericana se va venido discutiendo, en lo que acá resulta relevante, la armonización de requisitos y

---

El artículo 5.5 (Del Expediente Administrativo) regula lo concerniente al legajo de información confidencial, al cual solo tendrán acceso los funcionarios encargados de los procesos de análisis y revisión del contenido de las solicitudes de inscripción. El artículo 5.6.4 (Custodia del Expediente Administrativo) y el 5.6.8 (Manejo del Expediente Administrativo) contemplan medidas para la protección de los datos de prueba contra la revelación indebida. El artículo 5.10 dispone sobre la información confidencial que luego ingresa al dominio público por haber sido publicada o divulgada de manera legítima, en cuyo caso se perderá el carácter de confidencial siempre que hayan sido divulgados con el consentimiento del legítimo poseedor de esos datos.

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

procedimientos y el reconocimiento de registros en materia de químicos agrícolas. Por ejemplo, mediante el Decreto No. 31961-COMEX-MAG publicado en La Gaceta del 13 de setiembre del 2004 se pone en vigencia la resolución 118-2004 del Consejo de Ministros de Integración Económica, que acuerda aprobar, en el marco de la Unión Aduanera ciertos acuerdos en el campo de los insumos agropecuarios (agroquímicos). Se establece los requisitos de las solicitudes de reconocimiento de registros de insumos. Igualmente, se establecen requisitos para el registro comercial de plaguicidas botánicos y para los registros de plaguicidas microbiológicos, entre otros.

## V. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DEL TLC EN MATERIA DE DATOS DE PRUEBA EN AGROQUÍMICOS

El CAFTA dispone en materia de datos de prueba lo siguiente:

- a) Si una Parte exige, como condición para aprobar la comercialización de nuevos productos farmacéuticos y químicos agrícolas, la presentación de datos no divulgados sobre la seguridad y eficacia, esa Parte no permitirá que terceros, que no cuenten con el consentimiento de la persona que proporciona dicha información, comercialicen un producto sobre la base de (1) tal información o (2) la aprobación otorgada a la persona que presentó la información, por un periodo de al menos cinco años para productos farmacéuticos y diez años para productos químicos agrícolas desde la fecha de aprobación en la Parte.
- b) Si una Parte permite, como condición para aprobar la comercialización de nuevos productos farmacéuticos y químicos agrícolas, que terceros entreguen evidencia relativa a la seguridad o eficacia de un producto previamente aprobado en otro territorio, tal como evidencia de aprobación de comercialización previa, la Parte no permitirá que terceros que no cuenten con el consentimiento de la persona que obtuvo tal aprobación en el otro territorio previamente, obtengan autorización o comercialicen un producto sobre la base de (1) evidencia de aprobación de comercialización previa en otro territorio o (2) información relativa a la seguridad o eficacia entregada previamente para obtener la aprobación de comercialización en otro territorio por un periodo de al menos cinco años para productos farmacéuticos y diez años para productos químicos agrícolas a partir de la fecha

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (125-140) setiembre-diciembre 2010

en que la aprobación fue otorgada en la Parte a la persona que recibió la autorización en el otro territorio. Para poder recibir protección de conformidad con este subpárrafo (b), una Parte podrá exigir que la persona que provea la información en el otro territorio solicite la aprobación en la Parte dentro de los 5 años siguientes de haber obtenido la aprobación de comercialización en el otro territorio.

- c) Para efectos de este Artículo, un producto nuevo es aquel que no contiene una entidad química que haya sido aprobada previamente en la Parte.
- d) Para efectos de este párrafo, cada Parte protegerá dicha información no divulgada contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público y cada Parte no considerará la información accesible en el dominio público como datos no divulgados. No obstante lo anterior, si cualquier información no divulgada sobre la seguridad y eficacia presentada a una entidad de gobierno, o a una entidad que actúe en representación del gobierno, para efectos de obtener la aprobación de comercialización, es divulgada por dicha entidad, cada Parte deberá proteger dicha información contra todo uso comercial desleal tal como se establece en este Artículo.

En síntesis, el TLC conlleva variaciones sustantivas –con relación al ADPIC– en material de protección de datos de prueba. El CAFTA prevé:

- Derechos exclusivos y sus plazos. No se mencionan los usos comerciales desleales, excepto en el párrafo relativo a la divulgación de la información realizada por las autoridades reguladoras. En principio, las autoridades gubernamentales no pueden basarse en los datos existentes de un primer registrante para conocer estudios de bioequivalencia de un segundo registrante durante el periodo de protección.<sup>(11)</sup>

(11) Algunos han interpretado que las autoridades de encargadas de registros no otorgan en sentido estricto autorizaciones para comercializar y por ende éstas pueden basarse en los datos previos para registrar, sin poder comercializar durante el periodo de protección. En todo caso, desde el punto de vista del productor genérico, la imposibilidad de poner en el mercado el producto es la misma. Cfr. Pérez, Meir, *Negotiating Health. Intellectual Property and access to medicines*, Roffé, Pedro, Tansey, George, and Vivas, David (eds), Earthscan, Londres, 2006.

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

- Se debe tratar de datos o información no divulgada presentados en materia de seguridad y eficacia. Se excluyen los datos completamente públicos.
- Se elimina la referencia a la inversión considerable que se encontraba en el ADPIC.
- La posibilidad de llevar a cabo importaciones paralelas continúa. El ADPIC no prescribe la forma como el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual se realiza, es decir si se trata de un sistema de agotamiento nacional o internacional. En el primer caso, la puesta en el mercado en el país del producto patentado agota el derecho del titular; en el segundo supuesto dicho agotamiento se considera efectuado con la puesta en el mercado de cualquier país, por el titular o con su consentimiento. Al permitirse el agotamiento internacional y por ende las importaciones paralelas, es posible importar, sin autorización del titular, el mismo producto de un tercer país, siempre que se cumplan con los requisitos administrativos para la importación de productos fitosanitarios. Por tanto, un persona física o jurídica que cumpla con tales requisitos, se encontraría en posición legal de ingresar al territorio los químicos a un costo más bajo. El mantenimiento de esta flexibilidad resulta de suma importancia para balancear los derechos exclusivos otorgados al titular de la propiedad intelectual.
- La protección se aplicaría a nuevas entidades químicas. Por ende, entidades ya registradas, en el tanto no se consideren como nuevas, no gozarán de la protección de datos de prueba. Debido a la definición negativa del TLC es imperioso conceptualizar de forma precisa los alcances del término “nueva entidad química”, lo cual debería ocurrir por la vía del borrador de reglamento a la Ley de Información No Divulgada. De conformidad con el Informe Anual del Servicio de Protección Fitosanitario, en el año 2004 se inscribieron 6 nuevas moléculas únicamente.<sup>(12)</sup> Los segundos registrantes podrán continuar haciendo uso de la información de entidades que no se consideren nuevas para registrar

---

(12) Según datos del Informe del MAG se trata de 353 genéricos (moléculas conocidas) es decir un 81.5, 26 moléculas nuevas, un 6 por ciento y 7 productos biológicos y botánicos para un 1.6 por ciento y 47 de otros un 10.9 por ciento.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (125-140) setiembre-diciembre 2010

y comercializar agroquímicos genéricos, cumplimiento con las estipulaciones relativas al registro de los mismos.

- Por último, con relación a las patentes debe tenerse presente que estas, a diferencia de lo que ocurre con los datos de prueba, otorgan exclusividad para la producción y comercialización del producto o proceso patentado por el plazo de duración de la patente (20 años). Por tal motivo, independientemente de la protección de los datos de prueba, en el tanto esta se encuentre vigente no será posible comercializar ni fabricar por terceros un genérico basado en la innovación protegida.<sup>(13)</sup> Los datos de prueba protegen una esfera diferente: la inversión realizada para obtenerlos. En todo caso, los datos de prueba podrían eventualmente agregar una protección adicional el titular de la patente. Por ejemplo, si el registro se otorga en el año 12 de haber sido obtenida la patente, esta expirará en el año 20, pero aún se contará con un periodo de 2 años de protección de los datos de prueba. No obstante, como afirmamos, a diferencia de lo que ocurriría de estar vigente la patente, el segundo registrante no tendrá inconveniente legal en fabricar el producto y comercializarlo, con la salvedad de que deberá generar sus propios datos para lograr la aprobación del comercio del genérico o esperar el término de los 2 años.

## CONCLUSIONES

1. El texto del Tratado de Libre Comercio en materia de datos de prueba para químicos agrícolas, aunque contienen disposiciones precisas en temas claves (cfr. artículo 15.10 del Tratado) ha requerido de una reglamentación y definición de ciertos aspectos, acotación de otros y en general de la creación de ciertos procedimientos para la protección de los datos de prueba en materia de químicos agrícolas. Tales precisiones, contenidas en la legislación de implementación del tratado comercial, permiten un

---

(13) Solamente mencionaremos que en algunos países se acepta la llamada Excepción Bolar que permite a los fabricantes de genéricos hacer uso de la invención patentada para generar datos que permitan, al vencimiento de la patente, el registrante obtener la aprobación de forma que no se retrase el ingreso de estos productos al mercado. Dicha excepción se reconoce en el TLC y ha sido aceptada por la jurisprudencia de la OMC.

CABRERA MEDAGLIA: La protección de los datos de prueba sobre químicos...

margen de maniobra a las autoridades competentes para balancear los derechos del poseedor de tales datos con la necesidad de contar con nuevos productos competidores a precios razonables.

2. Desafortunadamente, uno de lo aspectos que la legislación no ha desarrollado (en este caso la Ley de Patentes de Invención No. 6877 de abril de 1983 y sus reformas) ha sido la procedencia de licencias obligatorias sobre los datos de prueba.<sup>(14)</sup> Lo anterior en el tanto, si el país otorgara una licencia obligatoria sobre una patente, la existencia de la protección de los datos podría impedir –al obstaculizar el registro– el uso de la licencia y la puesta en el mercado de los productos.
3. Debe igualmente diseminarse información sobre la posibilidad jurídica de realizar importaciones paralelas, es decir a traer el mismo producto registrado en Costa Rica (bajo la misma marca) de terceros países en los cuales el precio de venta pueda ser inferior. Estas importaciones no se encuentran prohibidas ni afectadas por el Tratado. Por ende, es factible que un productor nacional, en caso de precios locales elevados, busque el mismo producto en un tercer país si los precios en este son inferiores y justifican su importación. Inclusive, el país cuenta con reglamentos específicos para tal efecto.

## BIBLIOGRAFÍA

Correa, Carlos, *La Protección de los datos de prueba presentados para el Registro de productos farmacéuticos. Implementación de las Normas del Acuerdo ADPIC*, 1ed. South Centre, Ginebra, 2002, 74 páginas.

---

(14) El CAFTA no se refiere a licencias obligatorias en el caso de datos de prueba. Sin embargo, nada obsta para que el país las integre en la legislación de propiedad intelectual, justificando su necesidad para poder alcanzar el fin que tendría otorgar una licencia obligatoria sobre una patente si además existe protección sobre datos de prueba.



Revista de Ciencias Jurídicas Nº 123 (141-158) setiembre-diciembre 2010

**LA MUJER *SUI IURIS*: DE LA MUJER COMO OBJETO  
A LA MUJER COMO PERSONA EN EL  
DERECHO ROMANO**

Filio meo anniculo, Fabian  
A Fabián, mi hijo de un año  
22/07/2008

*Prof. Henry Campos Vargas<sup>(\*)</sup>*

(Recibido 03/09/09; aceptado 23/11/09)

---

(\*) Profesor de Derecho Romano.

e-mail: hcampos@yahoo.es

Teléfono 2511-5659.





## RESUMEN

En Roma, hubo una libertad para los hombres y otra para las mujeres. Como *ciuis*, ciudadana, nunca tuvo derechos políticos. Sin embargo, conquistó derechos en espacios masculinos gracias a su lucha y tenacidad.

**Palabras claves:** Mujer, Roma, *sui iuris*, libertad, *pater familias*, *mater familias*, *manus*, *mancipium*, hijos, *mancipatio*, *ciuis*.

## ABSTRACT

In Rome, freedom for men and women were different. As a *ciuis*, citizen woman, she never had politic rights. However, she obtained many rights in masculin areas because of her figth.

**Key words:** Woman, Rome, *sui iuris*, freedom, *pater familias*, *mater familias*, *manus*, *mancipium*, sons, *mancipatio*, *ciuis*.





## **SUMARIO**

Introducción

1. Mujer y política en Roma
2. Mujer y personalidad jurídica
3. Hacia la construcción de una mujer autocrática

Bibliografía





CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

## INTRODUCCIÓN

La mujer es un problema para el derecho romano. Es un problema lingüístico al interpretar las disposiciones jurídicas. Sabido es que los hijos no eran bienes como los esclavos, pero sí un instrumento de adquisición, por lo cual tenían el valor que sus servicios pudieran prestar (Petit 1952: 83.1.b). Al respecto, la Ley de las Doce Tablas disponía:

*Si pater filium uenum duit, a patre filius liber esto.*

Si un padre dio en venta por tres veces a su hijo, quede liberado el hijo de su padre (IV, 2 –así como la presente–, las siguientes traducciones son propias de quien redacta este ensayo).

Esta primitiva norma de liberación de la *patria potestas* debía aplicarse a los hijos varones, pero ¿podía extenderse a las mujeres? De acuerdo con Gayo (I, 132) la interpretación de la Ley de las XII Tablas fue en sentido estricto, de manera que para las mujeres y “otros descendientes” (*liberi*) que no fueran hijos, la emancipación se obtenía con una sola *mancipatio*. Tal y como puede apreciarse, los juristas romanos jugaron con el lenguaje y, a la vez, adecuaron el principio para que la mujer pudiera también ser favorecida con este instituto, pero en su caso bastaba con una sola venta.

De manera semejante fue interpretada la Ley *Aelia Sentia*, la cual disponía que los latinos manumitidos, casados con una ciudadana romana, podían acceder a la ciudadanía al año de haber procreado un hijo. Gayo explica al respecto:

*Quae uero diximus de filio anniculo, eadem et de filia annicula dicta intellegemus.*

En efecto, lo que hemos dicho del hijo de un año, igualmente entendemos dicho de la hija de un año (Gayo: I, 32a).

Tanto en el derecho de familia como en el derecho patrimonial se encuentran decenas de referencias que hoy podrían asociarse al lenguaje de género. En ellas, la oposición *filius/filia* es un modelo característico. Sin embargo, su pretensión no es *inclusiva*. La preocupación romana por la materia obedeció a un motivo particular: la presencia del elemento femenino afectó la precisión de las leyes. Aún así, detrás de la reinterpretación de la ley, evidentemente, estaba la presión social de este importantísimo contingente de la ciudadanía.



## 1. MUJER Y POLÍTICA EN ROMA

La mujer también es un problema político, aunque es *ciuis romana* jamás detentó derechos políticos (*ciues romanae*, así las llama Gayo en I, 29): a lo largo de más de mil años, estuvo excluida de los comicios, el Senado y las magistraturas (al respecto consúltese Roldán, 1999: 357).

No obstante, la mujer en Roma no sólo contribuyó a la conservación y reproducción del derecho en el ámbito educativo del hogar, sino que fue una importante fuerza de su transformación, una verdadera fuente material de su derecho. Transmisora del *mos maiorum* (las costumbres de los antepasados), participó activamente en los procesos de cambio en Roma, hecho que atestigua el famoso historiador romano Tito Livio. En su *De Urbe Condita*, Livio describe, por ejemplo, la forma como las mujeres romanas se enfrentaron a Catón al saber que éste se opondría a la derogación de la *Lex Oppia Sumptuaria*, una ley que reprimía el empleo de ornamentos femeninos lujosos (Gutiérrez-Alviz y Armario, 1982: 412). La economía de guerra impuesta por las Guerras púnicas exigió una vida austera, contexto en el cual tuvo lugar la aprobación de esta ley. Sin embargo, derrotados los cartagineses, la ley devino en obsoleta. De acuerdo con Livio, los tribunos Marco Fundanio y Lucio Valerio propusieron su derogación (Muñoz Jiménez, 1992: 38). Catón, anteriormente *Censor* de la *Urbs*, se opuso vehementemente al proyecto, pero fue derrotado:

*sin tener derecho al voto (las mujeres) vencieron con el voto de los hombres* (Muñoz Jiménez 1992: 38).

A pesar de su fracaso, el otrora  *censor* intervino con una alocución, que, por su gracia, me permito citar y traducir libremente:

*Si in sua quisque nostrum matre familiae, Quirites, ius et maiestatem uiri retinere instituisset, minus cum universis feminis negotii haberemus; nunc domi victa libertas nostra impotentia muliebri hic quoque in foro obteritur et calcatur, et quia singulas non continuimus universas oremus.*

Ciudadanos, si cada uno de nosotros hubiera ordenado a la mujer en su casa conservar el derecho y la autoridad del varón, menos tendríamos que ver en este momento con todas las mujeres de este



CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

asunto; pero, ahora, vencida en la casa nuestra autoridad por la impotencia mujeril, también aquí se la pisotea y humilla. Así las cosas, como no las contuvimos a cada una, temámosle a todas (Livio XXXIV, 2,1-7).

La participación femenina fue crucial en la lucha por alcanzar importantes transformaciones sociales, cuyos

*puntos de inflexión, que ayudan a parcelar y periodizar el largo ámbito temporal, son la secessio del mons sacrum en 494; la codificación de las Doce Tablas, en 450; las leges Liciniae Sextiae, de 367, y la citada lex Hortensia, que da fin a la lucha (Roldán 1999, 74).*

Pero ni su destacada participación en las reuniones del Senado ni su activismo político en los procesos electorales modificaron las raíces del sistema. Durante el período del emperador Heliogábalo, existió

*un Senado de mujeres, en el Quirinal, que se ocupaba de leyes sobre las matronas, tales como los vestidos de las mujeres, a quién debían ceder el paso, quién debía trasladarse en carruaje, quién a caballo, quién en acemita, quién en asno, quién en coche tirado por mulas, o por bueyes, o en litera, o en silla de manos, si ésta debía ser de piel, de hueso o recubierta de marfil, o de plata, quién debía adornar sus zapatos con oro o con piedras preciosas. Por los datos de Hipólito se conoce bien la composición femenina de este Senado: muchas damas eran licenciosas y sensuales; entre ellas había algunas cristianas. Los amantes de estas mujeres eran esclavos o libertos. Ahora los libertos, al igual que había sucedido en época de Claudio, alcanzaron un importante papel en la sociedad romana (Roldán 1999: 258-259).*

Este órgano fue ideado por Julia Soemia, madre del entonces emperador, quien, gracias a su merced, ostentaba significativas atribuciones administrativas; para ella, incluso, fue acuñado el título de *mater castrorum et senatus*.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (141-158) setiembre-diciembre 2010

Hubo mujeres con gran poder político, tal fue el caso de la Emperatriz Teodora, esposa del emperador Justiniano,

*mujer de origen humilde y de reputación dudosa, pero dotada de una inteligencia prodigiosa* (Morineau 1993: 66).

Ella mereció ser citada en numerosos documentos legales, sobre su autoridad sabemos que:

*Cuando Justiniano tuvo el imperio, dice Juan Zonaras, no hubo un poder solo, sino dos, porque su mujer mandaba no menos, sino más que él. En más de una ocasión le cedió el cetro, que él debía empuñar dando leyes a su instancia, y citándola en sus constituciones como un consejo que lo auxiliaba en el gobierno: los títulos, los triunfos, las inscripciones en los monumentos públicos, y hasta el juramento de los empleados, eran comunes tanto a una como a otro* (Justiniano 1976, 14).

Sin embargo, para la totalidad de las mujeres en Roma es válido considerar que, desde un punto de vista jurídico, eran ciudadanas sin ciudad, *peregrinas políticas* en su propia tierra.

## 2. MUJER Y PERSONALIDAD JURÍDICA

La mujeres también son un problema práctico en la construcción del entramado de relaciones jurídico-patrimoniales en la *Vrbs*.

Desde un punto de vista técnico, la mujer romana era una persona, no una cosa. Así se desprende de la lectura de Gayo:

*Summa diuisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut serui. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt, libertini, qui ex iusta seruitute manumissi sunt.*

La máxima división del derecho de las personas es ésta: todos los hombres son o libres o esclavos. A su vez, de entre los hombres libres, unos son ingenuos,

CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

otros libertos. Los ingenuos son los que han nacido libres, libertos, los que han sido manumitidos de una servidumbre legal (I, 9-11, en igual sentido véase Justiniano 1976: I, III).

El término *persona* empleado por los romanos no corresponde a la definición jurídica desarrollada en el derecho moderno, ellos emplearon la acepción natural, equivalente a *ser humano* (en este sentido, Nicholas 1982: 91). De esta manera, una mujer sólo sería considerada *cosa* por el derecho de encontrarse sometida a esclavitud, puesto que el esclavo era tanto un hombre (*persona y homo* –Gayo: I, 9) como una cosa en propiedad de su dueño (*res mancipi* –al respecto véase Gayo: II, 14a, igualmente puede consultarse D’ors: 209). Sin embargo, tal y como en seguida se expondrá, la mujer era tratada por el derecho como objeto sin voz ni capacidad suficiente para representarse a sí misma.

Gayo señala que existe una división ulterior del derecho de las personas:

*Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae sunt.*

Pues, ciertas personas son independientes y otras están sujetas a un poder ajeno (I, 48).

En el derecho romano, *sui iuris* era toda

*persona libre y ciudadano romano no sometida a la potestad de un paterfamilias* (Gutiérrez-Alviz 1982:656),

en contraposición al *alieni iuris*,

*persona libre y ciudadano romano que se encuentra sometido a la potestad de un paterfamilias, por lo que aún no gozan de capacidad jurídica completa, en contraposición a las personas sui iuris* (ibid: 61).

Un varón *sui iuris* recibía el nombre de *pater familias*, la mujer, en cambio, el de *mater familias*, ambas denominaciones conservaban

un arcaico genitivo sigmático, se aplicaban independientemente de que existiera un vínculo matrimonial o que se hubiera procreado hijos. Ciertamente, la última fue un apelativo que

*no indica ningún derecho específico; es más bien un título honorífico dentro de la familia y de la sociedad* (Morineau 1993: 59).

El derecho romano creó un modelo de acuerdo con el cual la mujer estaba destinada a estar bajo la autoridad de un varón durante toda su vida.

El primer instituto en este sentido fue la *patria potestas* del *pater familias*, el mayor poder que un jefe de familia tuvo sobre su núcleo en la antigüedad, cuya máxima expresión fue el poder sobre la vida y muerte de los hijos, un poder *proprium civium Romanorum est* (que es propio de los ciudadanos romanos, Gayo: I, 55), aunque este mismo autor declare que los gálatas también reclamaban un derecho semejante para los suyos (*ibid.*).

Ni el matrimonio permitía a la mujer liberarse de la *patria potestas*, ya que debía permanecer bajo la *patria potestas* en su *gens* originaria o someterse a la *manus* de su marido, en este último caso, pasaba a formar parte de la familia agnaticia de su esposo, con la consecuente subsunción bajo la *patria potestas* de su cónyuge o del *pater familias* de él: de esta manera, la mujer *in manu* (cuya posición en el seno de la familia, de acuerdo con las fuentes, era *loco filiae* - Gayo: III,14) continuaba sometida a la *patria potestas*. Para tener una idea clara de la magnitud del *status mulieris* (de la condición de la mujer) conviene recordar que en la época republicana la mayoría, si no totalidad de los matrimonios, eran celebrados *in manu*.

Es fácil comprender, entonces, que la *manus* y la *patria potestas* son dos caras idénticas de una misma moneda, cuyo nombre es control y poder.

Algo semejante ocurría si la mujer era objeto de *mancipatio*, se veía sometida a una autoridad ajena, tal y como indica Gayo:

*Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

A su vez, de entre estas personas que están sujetas a un poder ajeno, unas están *in potestate*, otras *in manu* y otras *in mancipio* (I, 48).

Aunque estos tres institutos son comunes a todos los *ciues*,

*in manum autem feminae tantum conueniunt* bajo la *manus* únicamente pueden entrar las mujeres (Gayo: I, 109).

Empero, un varón se liberaba de este esquema de poder al adquirir la condición de *sui iuris*, no así la mujer. Si bien es cierto, los *sui iuris* tienen plena capacidad jurídica (D'Ors 1977: 19), no obstante, se agrupan en capaces e incapaces. Los primeros

*pueden cumplir solos los actos jurídicos* (Petit 1952:101),

para los segundos,

*el Derecho tiene organizada una protección, dándoles bien un tutor, o un curador* (Petit 1952: 101).

Álvaro D'Ors comenta:

*Las mujeres sui iuris tienen, en principio, una incapacidad semejante a la de los que no han llegado a la pubertad: necesitan un tutor, no tienen potestad sobre sus hijos, y están excluidas de las actividades públicas* (1977: 19).

Esto puede corroborarse en el hecho de que las mujeres romanas, a semejanza de los impúberes, carecían de *praenomen*, todas eran *Caiae* (D'Ors 1977: 19, n. 2).

La función del tutor era dar su *auctoritas* a ciertos actos que podían comprometer el patrimonio de, en este caso, la mujer, en perjuicio de sus herederos *ab intestato*. Sin embargo, ella podía enajenar sus *res nec mancipi*, prestar dinero y hacer o recibir un pago por su propia cuenta (al respecto, véase Gayo: II, 80-85). Mas no debe olvidarse que

*las mujeres púberes sui iuris estaban en tutela perpetua* (Petit 1952: a 120).

Revista de Ciencias Jurídicas Nº 123 (141-158) setiembre-diciembre 2010

Los griegos distinguieron la *tutela mulieris* de la *impuberis*, a la primera la llamaron *kyreia*, a la segunda, *epitropeia* (D'Ors, 1977: 288, n. 1). Los romanos no establecieron tal distinción, para ellos, la tutela de las mujeres y la de los impúberes era básicamente idéntica.

Según Gayo, una condición homóloga para la mujer tuvo lugar en una Ley de los Bitinios (I, 193), que

*si quid mulier <contra>bat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem* ordena que el marido o un hijo púber de ella, aprueben lo que una mujer contrate.

La mujer *sui iuris*

*Puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos; pero la autoridad paternal, la manus y el mancipium, solo pertenecen a los hombres* (Petit 1952: 78).

*Patria potestas, mancipio, manus y tutela*, configuran la red que encerró legalmente a la mujer. Es evidente que

*la tutela mulieris resultaba ser un medio de suplir la potestas del paterfamilias o la manus del esposo sobre la mujer* (Roldán 1999: 356).

### 3. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA MUJER AUTOCRÁTICA

La mujer solo se liberará de la tutela en la Roma Imperial, merced a las llamadas leyes caducarias:

*Se da este nombre a dos leyes votadas bajo Augusto: la ley Iulia de maritandis ordinibus, del año 736 de Roma, y la ley Papia Poppaea, del año 762, que completa y modifica sobre ciertos puntos la ley Julia* (Petit 1952: 636).

Estas normas regulaban caducidades, incapacidades para recibir por testamento y establecían sanciones contra quienes no tenían hijos. Dispusieron, por ejemplo,

CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

*que los matrimonios que no tuvieran hijos no pudieran gozar de las liberalidades que se les otorgaran por testamento, en cuyo caso esos bienes caían o caducaban, y pasaban a otros herederos, de aquí que esta legislación augústea también se conozca con el nombre de legislación caducaria (Morineau 1993: 67).*

La razón de ser de esta legislación la explica Eugene Petit:

*En esta época, las guerras civiles habían llevado consigo una disminución considerable de la población ingenua y agotado por completo el Tesoro público. En una sociedad donde las costumbres estaban singularmente relajadas, los ciudadanos se alejaban del matrimonio y evitaban voluntariamente las obligaciones que impone la paternidad. El legislador entonces se propuso: por una parte, regenerar las costumbres y evitar el decrecimiento de la población, y por otra parte, enriquecer el Tesoro (1952: 636).*

En igual sentido se expresa José Manuel Roldán al señalar que, para la época de Augusto,

*(...) el relajamiento de las costumbres que, con posterioridad a las guerras civiles, se había hecho sentir y cuyos puntos más destacables eran el aumento de los adulterios y divorcios, así como una fuerte reducción de los nacimientos, especialmente en los grupos privilegiados, aunque sin denotar una de sus causas, como era el desarrollo progresivo de las prácticas abortivas (1999: 353).*

En efecto,

*(...) la libertad de la mujer era ahora muy superior a la que había tenido hasta entonces y su posesión social y su influencia en la vida se encontraban igualmente lejos de toda posible comparación con el pasado. De esta manera, las mujeres preferían no casarse, o bien, en el caso de que lo hiciesen*



Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (141-158) setiembre-diciembre 2010

*recurrían a no establecer la conventio in manum a la hora de realizar el matrimonio, antes que tener que soportar naturales enfrentamientos, intentando mantener unos derechos que a su juicio poseían, pero que el sexo opuesto estaba empeinado en negarles (1999: 350).*

Las leyes caducarias consagraron, además, el llamado *ius liberorum*, un derecho de acuerdo con el cual, la mujer romana que hubiera procreado determinado número de hijos estaría libre de la tutela, Gayo se refiere a ellas en los siguientes términos:

*Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae uero quattuor; si in patroni liberorumue eius legitima tutela sint.* Las ingenuas se liberan de la tutela por el derecho de los tres hijos, las libertinas, con el de cuatro, si es que estaban en tutela legítima de su patrono o de sus descendientes (I, 194).

La mujer del Principado se reconoce igual al hombre en dignidad, lo cual se tradujo en una reivindicación práctica de todos sus derechos. En efecto,

*muy particularmente durante el Imperio, adquirió un carácter de independencia notable; y ello como consecuencia de la existencia de un total relajamiento de los vínculos potestativos que limitaban su campo de acción. Al tiempo que su educación fue haciéndose más amplia, su participación en la sociedad en que vivía también fue adquiriendo poco a poco más importantes perspectivas de desarrollo y las nuevas tendencias en la contratación del matrimonio, la liberación de la tutela, la libre disposición de su patrimonio propio y la seguridad sobre su dote le otorgarán una independencia económica, que será fundamental (Roldán, 1999: 350).*

Así, contrario al pensamiento generalizado y a pesar de sus severas limitaciones legales, las mujeres, particularmente en esta época, intervinieron cotidianamente en la cosa pública y en los negocios



CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

privados. Ellas prácticamente podían desempeñarse en cualquier actividad económica, únicamente

*les resultaba imposible su actuación como banqueros, jueces, abogados y procuradores. Estas prohibiciones estaban basadas en la consideración que los romanos tenían de ciertas ocupaciones como destinadas exclusivamente al desempeño por parte de los varones* (Roldán 1999: 355).

Excepción hecha de estos ámbitos, *grosso modo*, puede considerarse la participación de la mujer en la economía romana como ilimitada (aunque no pudieran ser banqueras y el senado consulto Veleyano les prohibiera *intercedere pro aliis*, esto es, tomar dinero a préstamo para otra persona o desempeñar una *fideiussio* (Roldán 1999: 355-356).

Si bien es cierto, las leyes caducarias tuvieron como objetivo principal fortalecer el matrimonio e incrementar el índice de natalidad, fueron un fracaso (*ibid*: 351), esto demuestra que la concesión legal del período fue enormemente superado por la práctica de las mujeres de la época.

Con el paso del tiempo, de los cuatro poderes que podían ejercerse sobre otros, a saber, la *dominica potestas* sobre un esclavo (Gayo I, 52), la *potestas* sobre un hijo o *patria potestas* (Gayo I, 55), la *manus* (Gayo I, 108) y el *mancipium* (Gayo I, 116), las dos últimas cayeron en desuso, lo cual es patente en la época de Justiniano.

La institución de la tutela desapareció definitivamente durante el Imperio (en este sentido, véase el Título III del Libro I de las Instituciones de Justiniano). Gayo vaticinó su caída al denunciar

*Mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur* pues las mujeres que hay llegado a la edad adulta, tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y a menudo, ciertamente, es compelido a interponer su *auctoritas* por el pretor (I, 190).



Revista de Ciencias Jurídicas N° 123 (141-158) setiembre-diciembre 2010

Será

*(...) en 410, si ya no había desaparecido, una constitución de Honorio y Teodosio debió darle el último golpe, concediendo a todas las mujeres el ius liberorum que llevaba consigo la dispensa de la tutela (L. 1, C. de iuri liber., VIII, 59) (Petit 1952: 120).*

Evidentemente, al superar la mujer estas vicisitudes normativas, su poder y libertad se consolidaron, lo que conllevó a una dignificación de su status social y jurídico en Roma. El camino no fue fácil, tomó siglos. Representaba violentar el *mos maiorum* en una sociedad que, en no pocas ocasiones, era extremadamente conservadora, recuérdese que incluso la Ley de las Doce Tablas nunca fue formalmente derogada.

La desaparición de la tutela perpetua obedeció a un imperativo de la razón y la práctica romanas, pero muestra como en ocasiones la justicia encuentra resistencias culturales difíciles de superar.



CAMPOS VARGAS: La mujer *sui iuris*: de la mujer como objeto...

## BIBLIOGRAFÍA

- D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. 3ª edición. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1977.
- GAYO. *Instituciones, edición bilingüe*, reimpresión de la 1ª edición. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. 3ª edición. Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, 1982.
- JUSTINIANO. *Instituciones de Justiniano, edición bilingüe*. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1976.
- LIVIO, Tito. *Ab Vrbe Condita*. 2008.  
<http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.34.shtml#2>, fecha de consulta: 1º de enero del 2007.
- Ley de las XII Tablas*, 2ª edición, Editorial Tecnos, S. A.
- MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román. *Derecho Romano*, 3ª edición, Harla, S. A. de C. V., México, D. F., 1993.
- MUÑOZ JIMÉNEZ, Ma. José. *Roma ludens: reflejos de humor en la literatura latina*. Estudios Clásicos, No. 101, Tomo XXXIV, España, 1992.
- NICHOLAS, Barry. *Introducción al derecho romano*. Editorial Civitas, S. A., Madrid. 1987.
- PETTIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, S. A., México, D. F., 1952.
- ROLDÁN, José Manuel. *Historia de Roma, Tomo I, La República Romana*. 5ª edición. Ediciones Cátedra, S. A. Madrid, 1999.
- ROLDÁN, José Manuel. *Historia de Roma, El Imperio Romano, Tomo II*. 3ª edición. Ediciones Cátedra, S. A., Madrid, 1999.



## REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

### Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

### REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
  - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
  - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.
 El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
  - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
  - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
  - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
 

Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

*Sistema de arbitraje*: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por  
Litografía e Imprenta LIL, S.A.  
San José, Costa Rica  
[www.lilcr.com](http://www.lilcr.com)  
Tel. (506) 2235-0011  
384443