

TRIBUNA LIBRE

Edición
Digital

La Libre
Ayer y hoy
Entrevistas

Doctrina

Documentos
Digitales

Edición 9/2 Abril 2022



Dra. Aida
Meléndez Araya
Graduada de la primera generación

Edición Especial de:
45 Aniversario



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

TRIBUNA LIBRE

Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa

Dr. Albán Bonilla Sandí

MSc. María Cristina Gómez Fonseca

Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Tribuna libre es una publicación sin fines de lucro, patrocinada por la Universidad Escuela Libre de Derecho, dedicada a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Año 2022 Edición 9 / 2
Costa Rica

Contenidos

Índice

Entrevistas

Dr. Ricardo Guerrero Portilla	2
Dra. Aida Meléndez Araya	8
Dr. Alban Bonilla Sandí	14

Doctrina

Dr. Eric Briones Briones

El sistema inspectivo en Costa Rica y sus retos post covid-19	22
--	----

Licda. Lorena Mendoza Carrera

Cosa juzgada y preclusión flexible	48
--	----

Lic. José Elías Vindas Castiglioni

Criterios para indemnización de daños y perjuicios conforme con los artículos 40 y 40 bis de la ley 8039	61
---	----

Licda. María Leticia García Jiménez

Vulgarización de Marcas 76

Dr. Alban Bonilla Sandí

Libertad de cátedra, CASO UELD101

Msc. Carmen Blanco Meléndez

Aproximación a criterios para la transversalización del género en la enseñanza del Derecho como mandato constitucional y convencional 121

Documentos digitales

Msc. Tomás Federico Arias Castro

Antecedentes y aspectos histórico-jurídicos del conflicto bélico entre Ucrania y Rusia141

Paula Siles Iong

Resumen de antecedentes, basado en el Webinar “La Guerra en Ucrania, una visión histórica y jurídica”, Universidad Escuela Libre de Derecho.144

La Libre

Ayer y hoy

Entrevistas

Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Ayer y hoy La Libre

Rector, Universidad Escuela Libre de Derecho

1



En conmemoración del Cuadragésimo Quinto Aniversario de fundación de la Escuela Libre de Derecho, hemos entrevistado al Rector Dr. Ricardo Guerrero Portilla, quien nos relató algunos de los hechos más relevantes de La Libre, desde el origen hasta alcanzar lo que es hoy en día: la única Universidad especializada en la enseñanza de las Ciencias Jurídicas en el país, con 45 años de experiencia, prestigio y un cuerpo académico altamente calificado.

¿Cómo inició la Escuela Libre de Derecho?

En la década de los 70s, por cuestiones ideológicas, no existía en Costa Rica la posibilidad de la educación superior universitaria privada. Fue a partir de la discusión entre algunos académicos que no compartían ciertos criterios y orientaciones de la enseñanza del Derecho que se da una escisión, por lo que algunos de estos educadores salen de la Universidad de Costa Rica y deciden crear una instancia para la enseñanza del Derecho, según ellos lo consideraron, con mayor libertad. Dentro de ese grupo estuvieron el Dr. Israel Hernández Morales, el Dr. Gerardo Trejos Salas y la Licda. Mercedes Valverde Kopper.

Antes, dieciocho académicos e intelectuales como el Lic. Guillermo Malavassi Vargas, el Dr. Alberto Di Mare Fuscaldo y el Dr. Fabio Fournier Jiménez, entre otros, habían considerado la posibilidad de crear otras instancias de educación universitaria de carácter privado.

Es así como surge la Universidad Autónoma de Centro América, como la primera universidad privada de Costa Rica, mediante decreto ejecutivo del Expresidente de la República de Costa Rica Lic. D. Daniel Oduber Quirós y su Ministro de Educación el Lic. D. Fernando Volio Jiménez. Durante esa época se dieron constantes oposiciones a la apertura de la enseñanza universitaria privada y dentro de ese contexto, es como se funda en 1977 la Escuela Libre de Derecho, como un colegio universitario afiliado a la Universidad Autónoma de Centroamérica.

¿Dónde se ubicaba?

La Escuela Libre de Derecho, en 1978 abre sus puertas en una pequeña y sencilla casa en avenida 8, calles 13 y 15 en San José. De esa primera generación de estudiantes, salieron grandes profesionales como la Magistrada de la Corte Suprema de Justicia doña Carmen María Escoto Fernández.

Esta casa pasó a ser nuestra sede, la recordamos con gran cariño, luego creció y se reunió con la casa colindante al costado sur que tenía su frente en la avenida 10, lo que permitió que la habitación más grande se denominara “aula magna”, donde se podían realizar los eventos más relevantes y tener además un espacio para una biblioteca de humilde condición.

Los estudiantes crearon la “Semana Legalísima”, la cual incluso en la actualidad seguimos celebrando, donde se organizaban conciertos, fiestas, actividades académicas, culturales, rallies, competencias deportivas y un juego de trivia que llamamos “Masacre Jurídica”, en ésta los profesores sugeríamos preguntas y los equipos de estudiantes, de todos los niveles, competían por lograr obtener más puntos y ganar el primer lugar, que generalmente se premiaba con becas.



¿Cómo llega usted a la Escuela?

Curiosamente, en 1982 fui invitado como profesor por el Dr. Gerardo Trejos Salas, luego de haber participado en un Congreso Internacional en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

El ser docente me despertó el amor a la libertad, a la academia y a la libertad de pensamiento, que son los ideales que profesa esta Universidad.

¿Cuándo llega a formar parte de las autoridades universitarias?

En 1986 se produce un cambio en las autoridades que estaban a cargo de la Universidad y es así como ingreso en condición de autoridad, junto al Dr. Carlos Gómez Rodas y al Lic. Rafael Díaz Arias a la Junta Administradora del entonces colegio universitario.

En 1987 se da una dificultad económica grave, que nos lleva a solicitar un crédito, que dichosamente nos sirvió de capital semilla para un nuevo comienzo, con una gestión más eficiente e independiente.



Un año después, en 1988, se me plantea la posibilidad de asumir la Decanatura, propuesta un poco complicada por cuanto el cargo era prácticamente ad honorem, sin embargo, decidimos asumir el reto y durante 2 años no recibimos emolumento de ninguna naturaleza. Así, entre muchos otros proyectos implementamos una importante reforma curricular para introducir lo que denominamos “el área humanística” al programa de la carrera, con cursos como Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Historia del Derecho Costarricense, Teoría del Estado, Economía e Instituciones del Derecho Romano.

¿En qué momento pasan a la nueva sede en Zapote?

Como parte de los cambios que se comenzaron a dar, en virtud de todas las circunstancias conflictivas y complejas que nos tocó vivir y superar, el Lic. Rafael Díaz Arias, entonces presidente de la Junta Administradora, sugiere buscar instalaciones propias.

En esa búsqueda encontramos esta propiedad en Zapote y como anécdota recuerdo que tuvimos serias dificultades en la negociación, pues notarialmente era algo muy complicado, existían derechos, servidumbres y fragmentaciones de lotes de una misma familia, entonces al Lic. Ricardo Morera Briceño, quien había sido estudiante de la Escuela, mi alumno y en ese momento era nuestro profesor de Derecho Notarial y Derecho Registral, además, de ser en ese momento exRegistrador Público, le planteamos el reto de sacar adelante la escritura y en son de broma le dijimos “a ver si como ronca duerme”.

Don Ricardo asumió con gran profesionalismo y conocimiento el reto, incluso creo que no nos cobró los honorarios y nos ayudó importantemente, por lo que debemos manifestar nuestro impecederado agradecimiento. Así logramos hacer la compra del inmueble con nuestros recursos.

Para la construcción del edificio necesitábamos una importante cantidad de dinero y acudimos, como colegio afiliado, a la Universidad Autónoma de Centro América, pero luego de muchas gestiones y de cumplir con todos los requisitos, de toda naturaleza, que nos exigieron, a pesar de que la autoridad económica de ese entonces de la Universidad consideró que seríamos unos excelentes deudores, nos recomendó que mejor hiciéramos un parqueo y no una infraestructura universitaria en el lote, por lo cual sólo nos podían financiar el 50% de lo que necesitábamos, pero exigiéndonos poner todo el patrimonio inmobiliario como garantía, lo cual era inaceptable. Ante esas circunstancias, luego de la reunión donde se nos indicó lo anteriormente dicho, plantee a los compañeros la necesidad de desafiliarnos de la UACA, pues con ello tendríamos los ingresos suficientes para poder cubrir un crédito bancario a largo plazo, al cual tuvimos que acudir de emergencia.

En ese entonces, ya teníamos una organización administrativa diferente, de carácter fundacional, en la cual participaban la Dra. Aida Meléndez Araya, el Dr. Sergio Donato Calderón quien sustituyó al Lic. Rafael Díaz Arias, quien, a su vez, renunció por razones personales y laborales y el Dr. Javier Quirós Quirós. El Lic. Melvin Ríos Arbuola, también graduado nuestro, a la sazón Director Ejecutivo de la Fundación, fue con quien habíamos conversado sobre la desafiliación, nos ayudó a proyectar las condiciones económicas necesarias para alcanzar el proyecto de construcción. Así es como en 1995 decidimos desafiliarnos y construir nuestra nueva sede en Zapote, pues desde el 1992 veníamos preparando el proyecto con la elaboración de planos y el cumplimiento de todos los requisitos que se solicitan para este tipo de obras.



¿Qué sucede a partir de esa desafiliación?

En 1996 oficialmente el CONESUP nos aprueba como una nueva Universidad, que en su momento se llamó Universidad Mesoamericana, la cual tramitamos con nuestras propias carreras y programas. A ella, lo que se denominaba como la corporación de maestros de la Escuela Libre de Derecho dentro de la estructura de la UACA, luego de una asamblea general, decidió desafiliarse de la U.A.C.A. para formar parte de esa nueva Universidad, a la cual, posteriormente, se le cambió el nombre, para ser La Universidad Escuela Libre de Derecho (UELDE). Así es como en 1997 abrimos las puertas como una Universidad nueva, con sus propios programas de estudio, anhelos renovados y totalmente libre e independiente, denominada Universidad Escuela Libre de Derecho. Denominación originada en el cambio de nombre de la nueva Universidad, que tampoco fue pacífica, por cuanto algunos consideraban que se debía aspirar a ser una Universidad generalista, que abarcara más carreras que la de Derecho. Otros consideraban que era una especie de contradicción la denominación “Universidad” por el “principio de universitas studiorum”, con el vocablo “Escuela”, sin embargo, nosotros creíamos y queríamos seguir manteniendo nuestras ideas originales de tener una “Escuela de Derecho Libre”, que se preocupara constantemente por tratar de enseñar la ciencia jurídica de la mejor manera, e incluso mantener relación o contacto con otras disciplinas del conocimiento humano, pero siempre vinculadas a la parte jurídica. Finalmente se aceptó ese planteamiento y aquí estamos hoy.

Luego de esta memorable historia, ¿Qué representa la trayectoria de 45 años de la Universidad Escuela Libre de Derecho?

Representa un homenaje a la libertad, a la perseverancia, al creer que en este país se pueden hacer grandes cosas, a la lucha por la libertad de pensamiento, además tratando de hacerlo con calidad, con seriedad, pensando en el orgullo de estudiar seriamente Derecho. Representa una defensa constante de la libertad, la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad en todas sus manifestaciones, tratando de que lo que nosotros le damos a los estudiantes, luego, se refleje en el país.

Creemos que, si Costa Rica es un Estado de Derecho, no puede subsistir tal Estado con “operadores del Derecho” deficientes, porque tener malos profesionales, en el sector público o en el sector privado, nos podrá pasar la factura como sociedad. Entonces, nuestra defensa en pro de ese Estado de Derecho, siempre será tratar de garantizarle al país que los profesionales que de aquí salen van a poder desempeñar la profesión con calidad y con conocimiento. Luchamos por la libertad y por la libertad en la enseñanza del Derecho con calidad.

¿Cuáles son los principales retos en la actualidad para la Universidad?

Hoy día nos encontramos con nuevos retos, que venimos enfrentando desde hace unos 5 años, para incursionar en las nuevas metodologías y modelos de enseñanza: en la virtualidad. Desde antes del 2020, cuando empieza la pandemia, ya teníamos algunos años trabajando con plataformas y distintas formas de la enseñanza virtual y había sido complicado lograr ese ambiente de aceptación, para que docentes se capacitaran, las usaran y aprendieran, pero vino la pandemia que nos lleva al surgimiento de una nueva instancia de enseñanza del Derecho.

Nosotros, considero yo, hemos sido exitosos en este esfuerzo y logramos pasar esa transición tan complicada en marzo del 2020, gracias a que ya habíamos comenzado y que poco a poco hemos ido mejorando.

Eso nos ha llevado, en conmemoración también del 45º aniversario y la responsabilidad académica que tiene la Universidad ha relanzar la Revista “Tribuna Libre”, que desde hace 32 años atrás nació.

¿Cómo renace la idea de una nueva Revista Tribuna Libre en su versión digital, como la vemos ahora?

En 1989 surge la Revista “Tribuna Libre” con ediciones impresas, pero hoy en día, a raíz de la pandemia y del advenimiento y consolidación de las TIC`s, el Derecho Informático toma gran relevancia, tanto así que es un derecho transversal, pasa todas las distintas ramas del Derecho. Esas características nosotros las veníamos discutiendo desde 1989 cuando en la primera edición de la revista publicamos un artículo del Dr. Juan Diego Castro Fernández, donde se hicieron unos planteamientos que luego de 32 años siguen vigentes. También el Dr. Erick Alfredo Chirino Sánchez, escribía en esa edición sobre la intimidad y la protección de datos.

A raíz de todo esto, con la ayuda del profesor Lic. D. José Adalid Medrano Melara, gran apasionado y conocedor experto del Derecho Informático, logramos la primera edición digital de la Revista “Tribuna Libre”, con una edición especial dedicada al “Derecho Informático”, quien junto al Dr. Alban Bonilla Sandí, la Dra. Vilma Sánchez Del Castillo, el Lic. Julio Córdoba Elizondo, el M.Sc. León Weinstok y el M.Sc. Juan Esteban Durango Rave, publicaron excelentes artículos que nos llevó a no solo quedarnos con esta edición, sino a crear un certificado de educación continua de “Especialización en Derecho Informático”.

Este es el hoy, porque el futuro ya nos alcanzó.

Dra. Aida Meléndez Araya

Estudiante del primer grupo de La Libre.
Graduada de la primera graduación.
Primera graduada que fue profesora.
Primera Vicerrectora Administrativa de la U.E.L.D.

2



¿Cómo se enteró usted de La Libre?

En 1977 yo terminé la carrera de sociología en la U.N.A. y mi hermana Vilma, trabajaba en la Escuela de Relaciones Internacionales, donde don Gerardo Trejos era el director y es él, el que nos empieza a hablar de una nueva universidad que se iba a abrir en la cual se iba a impartir la carrera de Derecho. Termina el año 77 y nos invita, don Gerardo, a que fuéramos a su oficina, cerca de la Avenida Central, para que habláramos sobre la nueva escuela de Derecho. Ya yo, más o menos tenía una idea, porque Vilma trabajaba con él.

Don Gerardo nos dijo que era una nueva universidad, privada, que íbamos a tener libertad de cátedra y que se iba a llamar Escuela Libre de Derecho porque sólo se iba a enfatizar en Derecho, que había que matricularse porque en febrero (1978) empezaban las clases. Y nosotras decidimos que era bonito seguir estudiando y entonces nos matriculamos.

¿Qué nos puede contar sobre su vida como estudiante del primer grupo de la Libre?

El primer día de clases, 14 de febrero de 1978, iniciamos la primera clase con Don Rubén Hernández, el 16 de febrero con Don Carlos Arguedas y en esa semana nos dio clases Don Gerardo Trejos, Doña Marina Volio y Doña Mercedes Valverde. Las clases se impartieron en la casa a la que hace referencia Don Ricardo Guerrero, que era una casa, vieja, cerca de la Corte.

Era un grupo en la mañana, al cual yo pertenezco, y otro en la noche. El grupo de la mañana era gente que acababa de salir del colegio, gente más joven y el de la noche era gente que trabajaba, aunque había gente joven, como Don Sergio Donato que posteriormente se matriculó en los cursos de la noche.

En el grupo de la mañana, la mayoría era gente joven, pero también otros que teníamos más edad y que además teníamos experiencia universitaria. El grupo era muy sui generis, recuerdo que, una de las aulas más grandes, porque los grupos eran de 25 alumnos más o menos, era una que daba a un patiecito que tenía un árbol frutal. En ésta, al costado norte estaban los muchachos, al costado sur los de más edad y al costado oeste había de todo, pero muchos jóvenes como la Licenciada Marcela Filloy, Nano Fernández y Manuel Collado se vinieron con nosotros, los de más edad, como Carmen Escoto, Mercedes Arce, Vilma mi hermana y la suscrita.

Estas eran las materias y los profesores del primer semestre:

- Historia del Derecho con Doña Marina Volio.
- Derecho Constitucional con Don Rubén Hernández
- Teoría General del Derecho con Don Carlos Arguedas.
- Derecho de Familia con Don Gerardo Trejos.
- Ejercicios Forenses con Don Israel Hernández.

En Bachillerato había clases en la mañana o en la noche, ya en la Licenciatura las clases eran por las noches.

La metodología que seguían era que los profesores decían léanse el capítulo XXXX para la próxima clase y luego hacían preguntas. Nos dejaban varios libros y en ese momento, la Escuela no tenía una biblioteca, si acaso el libro de historia del Licenciado Fournier.

Entonces nosotros comprábamos los libros, en la Lehman, Juricentro, o íbamos a la biblioteca de la U.C.R., así como también a la biblioteca del Colegio de Abogados, donde nos prestaban los libros.

Nos calificaban con llamadas orales y los exámenes parciales escritos, por ejemplo Don Rubén Hernández, los hacía a libro abierto, “pueden traer todos los libros que quieran” decía. Para el primer examen, pasamos toda la Semana Santa estudiando y salimos mal, entonces dije yo, algo fallamos y se me ocurrió revisar la Constitución comentada y anotada, claro que había que estudiar porque eran casos, pero ahí estaba la jurisprudencia con la cual podíamos solucionar los casos. El segundo examen nos sacamos como un 95, porque ya entendimos cómo había que estudiar y qué era lo importante.

Siempre los profesores eran muy asequibles, por ejemplo Don Gerardo Trejos, hablaba del Código de Familia, como él había venido de hacer un postgrado de Francia, siempre hablábamos y comentábamos porque él tenía un carácter muy bonito.

En ese curso tuve que hacer una presentación sobre el aborto y desde cuándo el concebido y no nacido es persona, porque esa ha sido la discusión de toda la vida. Le pregunté a mi esposo, que era Médico, y me dijo habló con un ginecólogo de la Clínica Católica, pero para ellos desde que hay un embrión hay vida, entonces no procede el aborto porque sería provocado, los médicos en eso son muy tradicionales.

Los profesores mandaban a hacer trabajos que se tenían que exponer, el profesor lo que hacía era que primero él daba la clase, explicaba, luego exponía el grupo y después el profesor preguntaba y aclaraba cualquier duda. Había una relación estrecha entre alumnos y profesores, estando en el patiecillo se podía uno sentar a conversar con los profesores y preguntarles dónde encontrar cierta información, pues para ese momento no había Internet, siempre hubo mucha empatía entre alumnos y profesores. Ese primer grupo era muy bueno, había “una lucha” entre los muy

jóvenes y nosotros, los de más edad, a ver quiénes sacaban mejores notas, nosotros sacábamos mejores notas.

Una vez un 22 o 23 de diciembre, Don Gerardo Trejos nos llama a examen final, en la mañana era la teoría, nos trajeron almuerzo y en la tarde eran casos, todo el día en la universidad y en esas fechas y nosotros como locos estudiando. ¡No se preocupen, dijo Don Gerardo, ahora les traemos almuerzo! El examen era individual, nada de grupitos. Y las notas cuándo nos las iba a entregar? Es la anécdota de un examen de todo un día.

A nosotros nos daba Derecho Administrativo la licenciada Mercedes Valverde, y nos daba en primer año Ejercicios Forenses Don Israel Hernández. ¿Qué eran ejercicios forenses?, Analizar qué es un abogado, los valores de un abogado, cómo se debe comportar un abogado, teníamos que leer el libro “El Alma de la Toga” de Ángel Osorio.

Ya para cuando estábamos en la Licenciatura, ya había crecido La Libre, había más grupos, más profesores, generalmente muy buenos, porque como los alumnos teníamos que ir a la UACA a hacer las pruebas de grado, ahí se medían el conocimiento transmitido por los profesores a los alumnos.

Ha habido cambios muy interesantes porque, por ejemplo cuando yo entré, yo no sabía cuál era el programa de la carrera y ahí íbamos de acuerdo según lo que nos iban diciendo. La carrera duraba cinco años, pero no nos decían y aun así se matriculaba mucha gente, las personas estaban muy contentas de que hubiera otra opción a la U.C.R., en Derecho, podían ir en la noche o en la tarde, podían trabajar. Yo entré en el 78 y salí en agosto del 83. Lo que si nos dijeron es que entrábamos a las 9 am y salimos a las 11.:20 a.m. Nunca entramos a las 8 a.m. Creo que había mucha cooperación de los alumnos.

Cuando estábamos en segundo o tercer año, el Colegio de Abogados, la U.C.R. y varios abogados hablaban que no nos iban a reconocer el título. Entonces hicimos un grupo de estudiantes de la Escuela Libre y otro grupo de otro colegio de la UACA y empezamos a luchar porque se reconocieran los títulos de la U.A.C.A., en ese momento la Escuela Libre era un Colegio de la UACA. Don Guillermo Malavassi también luchó. Eloy Alfaro, un compañero, Marcela Filloy, Nano Fernández y yo, íbamos con los otros hasta la Asamblea Legislativa, pero teníamos también el apoyo de profesores, para ser reconocidos.

¿Cuál y cómo fue la primera graduación de la Libre?

La primera graduación fuimos sólo cuatro: Marcela Filloy, Nano Fernández, Alexandra Loría y yo, en agosto de 1983.

La Escuela Libre estaba interesada en tener los primeros graduados de Derecho, entonces muchos compañeros que venían con nosotros o los de la noche, no pudieron entrar en esa primera graduación por no tener el Bachillerato en Derecho, entonces perdieron un año.

Para graduarse como licenciado en Derecho, había que hacer pruebas de grado internas en la Libre, los llamábamos coloquios y luego pruebas de grado en la U.A.C.A. Antes de poder hacer las pruebas de grado ya sea para Bachillerato o Licenciatura había que haber ganado todos los cursos y hacer las pruebas. Recuerdo la prueba de grado de Derecho Penal, al grupo de la mañana nos daba una profesora muy buena, Doña Gloria Navas, en la noche daba Don Luis Paulino Mora y empiezan las pruebas y preguntaban qué era el *iter criminis* y nosotros no sabíamos, el Licenciado Humberto Fallas, esposo de Carmen Escoto, comañera de estudios, dijo vayan y le preguntan a Don Luis Paulino. Don Luis Paulino nos explicó y nos puso casos.

En esos primeros años los profesores nos ponían a leer mucho y los exámenes que hacían eran exámenes de casos, entonces el alumno tenía que saber mucho para aprobar las materias.

La jurisprudencia había que buscarla en la Revista Judicial, y para las pruebas de grado, se tenía que ir uno a la biblioteca de la UACA y pedía todos los temas que habían sido objeto de prueba de grado, y con todo el estudio que habíamos hecho, salíamos con muy buenas notas.

Hubo cosas muy bonitas. A pesar de que nosotros teníamos una infraestructura muy limitada, vieja, el piso sonaba, y cosas de esas, la gente estaba feliz, en cambio aquí con toda la infraestructura, el sentido de pertenencia no es tal. La gente era más unida.

Nosotros estábamos muy orgullosos, cuando nos preguntaban donde estudiábamos decíamos, en La Libre, nunca dijimos en la UACA. Uno decía yo soy de La Libre no de la UACA, porque pasábamos con nota más alta.

¿Qué nos puede contar sobre su labor como profesora en La Libre?

En 1983 me gradúo en agosto y me incorporo inmediatamente al Colegio, y Don Gerardo Trejos que sabía que yo ya había sido asistente de cursos en la UNA, me dice: “mirá tengo un problema hay un grupo que no quiere que la profesora les dé Teoría General del Contrato” necesito que lo asumas, eso me obligó a estudiar más, era el grupo de Don Sergio Donato, con ellos empecé a dar clases.

Y entonces me convierto en la primera graduada de la Libre en ser profesora y también di clases en otros colegios de la U.A.C.A. Para La Libre la primera graduada, profesora.

En ese entonces el nombramiento de profesores, era más cercano, eran conocidos y se exigían porque iban a ser evaluados indirectamente, al hacer las pruebas de grado dentro de la Libre y las pruebas de la U.AC.A.

Posteriormente la Escuela Libre fue creciendo mucho, porque, aunque había varios colegios de la U.A.C.A. que daban Derecho, la gente prefería salir de la Escuela Libre y a muchos profesores les gustaba dar en la Escuela porque exigían, para tener promedio de 8 no era tan fácil. Usualmente los profesores habían ido a especializarse al extranjero, como Don Carlos Gómez, Don Román Solís, y otros varios.

Antes de ser universidad, yo pertenecía al Colegio de Maestros de la U.A.C.A. y me llamaban a hacer pruebas de grado. En contratos con Don Mario Ramírez y Doña Ligia González. Primero, dentro de la Escuela Libre, hacíamos el coloquio y luego en la U.A.C.A.

Una vez me pasó, con un muchacho que era excelente alumno, yo pensé en hacerle una pregunta fácil, ¿y le dije que si había visto un documento prenda que dice tal cosa y qué quiere decir eso? Y me dice, ay doña Aida nunca he visto una prenda, la cosa fue que se quedó y yo dije nunca me va a volver a pasar, dar por un hecho que un tema es fácil.

Es toda una enseñanza formar parte de un tribunal. Las cátedras de profesores se crearon porque Don Ricardo Guerrero, dijo que era necesario hacer capacitaciones para los profesores y se hicieron varias.

¿Cuéntenos sobre su experiencia como Vicerrectora Administrativa?

Después en los años 80, La Libre, tuvo varios cambios, ya Don Ricardo Guerrero era Decano, cuando decidimos separarnos de la U.A.C.A.

Estaba entonces la Junta Administradora que la componía Don Ricardo Guerrero, Don Carlos Gómez y Don Rafael Díaz que fue sustituido por

Don Sergio Donato, Don Javier Quirós y yo entré, y se lo debo mucho a Don Javier Quirós que llegó a mi casa con Don Ernesto Gutiérrez, como representante de los egresados, en la Junta. Lo bonito de la Junta, es que nunca hubo pleitos entre los miembros, se discutían ponencias y se daban razones y en mayoría se decidía.

La Libre empezó a crecer y crecer, pero no veíamos mucho la plata porque teníamos que pagarle a la U.A.C.A. y cuando decidimos separarnos y hacerla universidad, ya estaba la Junta Administradora, otra persona que cooperó para que se hiciera esta infraestructura fue Don Melvin Ríos. Los cambios de la Escuela Libre se fueron dando y cada cambio era una mejora, ahora estamos en una época tecnológica, los profesores tienen que tener una metodología diferente.

Nosotros íbamos a buscar, por ejemplo, del tema de negocio jurídico a Messineo en cambio ahora buscan el tema en el celular y ahí está toda la información.

En esa casa en la que empezamos los profesores y los alumnos eran más unidos. Pero así es la vida, siempre hay ciclos y cambios, ahora es más impersonal.

Para cerrar yo he estado pensando: cómo los muchachos ahora, se hace una gran inversión en infraestructura y no la reconocen, en cambio nosotros estudiamos con limitaciones de infraestructura, en la biblioteca, etc. Y luchábamos por ser buenos alumnos y muchos de los que fueron compañeros han sido diputados, magistradas como Doña Carmen María Escoto, Doña Nancy Hernández, ahora Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compañera de estudios de Magally (mi hija) y muchos que fueron alumnos y ocupan cargos muy buenos y con esas limitaciones, y ahora hace falta más compromiso y solidaridad, si uno quiere las cosas hay que lucharlas. Uno siempre dice los tiempos pasados fueron mejores, yo no lo creo, son diferentes, son otras etapas, es otra historia.

Dr. Alban Bonilla Sandí

Así Llegué a la Escuela Libre
de Derecho, y sigo aquí

Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.

Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre.

42 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional, Derecho de Familia y Teoría General del Derecho.

Director Académico Colegio de Abogados.

Director Ejecutivo de UNIRE.

3



¡Creo que nací con vocación jurídica!

Cuando concluí mi enseñanza media, en el Seminario, en un intento frustrado de llegar al sacerdocio secular, se me planteaba reorientar mi vida hacia el futuro profesional.

Quise estudiar Derecho, pero el destino me tenía preparados pasos inesperados, intermedios.

Recién obtenido el Bachillerato, ingresé a laborar al Banco Nacional y gané el examen de admisión a la Universidad de Costa Rica (U.C.R.) donde se me asignó el carné 680197. En ese entonces, esta casa de estudios gozaba del monopolio de la educación superior.

La Facultad de Derecho solamente laboraba las mañanas, y mis distracciones laborales me impedían ingresar a estudiar Derecho. Matriculé los vespertinos Estudios Generales, y el primer día de clases la novatada consistía en que a los neófitos se nos rapaba la cabeza. Llegaba al Banco con boina. Era un símbolo de identidad.

¿Qué hacer? Como laboraba en un Banco, la lógica me condujo a la Escuela de Ciencias Económicas, la economía no me tenía reservado un sitio. Un año perdido. Siempre pensando que mis labores bancarias me determinaban, me matriculé en la Escuela Superior de Ciencias Contables (E.S.C.A.E.), antecedente de la Universidad Monterrey, que en ese entonces operaba en las instalaciones de la Escuela Roosevelt, en San Pedro. Pretendía cambiar la economía por las ciencias contables. Otro año malogrado. Regresé a la UCR donde tenía que tomar una decisión, y muy a mi pesar olvidarme de mis aspiraciones en Derecho, estudiar de día, en las mañanas, estaba reservado “a los hijos de papi”, como decíamos.

Resolví el conflicto vocacional con ayuda del Departamento de Psicología de la Universidad. Venía del Seminario, y los test indicaban que debía estudiar alguna ciencia social. No me sorprendió por mi inclinación jurídica. También me ubicaban en alguna carrera artística. Sumé ciencias sociales y Seminario, y casi por gravedad opté por Filosofía, por razones horarias Derecho me estaba vedado.

Un empleado bancario estudiando Filosofía, resultaba anticlimático, pero los años perdidos en Ciencias Económicas y en Ciencias Contables me habían enseñado que la vocación no es una actividad que se debe escoger pensando solamente en el futuro bienestar económico, comprendí que si uno debe dedicar un tercio de su vida a una actividad (8 horas diarias), lo mejor era hacer algo que se debía disfrutar. La Filosofía, lo más parecido a la Teología que había recibido en el Seminario, solo que, en versión laica, llenaba mis expectativas. Me resignaba a descartar Derecho.

Recuerdo una de las primeras lecciones estuvo a cargo de don Constantino Láscaris, filósofo español que había venido a Costa Rica en 1956, junto a otros académicos españoles, a organizar los Estudios Generales. Nos dijo: “Ay muchachos, cómo se les ocurre estudiar Filosofía, se van a morir de hambre”. Ninguno declinó, seguimos, sabiendo que no nos daría de comer, al fin, la vocación filosófica era lo más parecido a un apostolado. Con el tiempo la profecía de don Constantino no se cumplió, cincuenta años después sigo viviendo de la Filosofía.

La oportunidad quedaba librada a las unidades académicas. La Facultad de Derecho cerró la posibilidad de matricular este tipo de estudiante. El Decano del momento, cuyo nombre he de guardar en el inconsciente, dio un argumento cuya consistencia académica resultó conmovedora: “Son buchones, dejen que otros que no tienen carrera estudien Derecho”.

Al mediar los años ochenta las Facultad de Derecho ya había empezado a abrir cursos vespertinos, eso me abría una posibilidad, seguía en el Banco. La UCR, entonces, creó lo que en ese momento se denominó “estudiante supernumerario”, que era la posibilidad de que un estudiante que se hubiera graduado de la U.C.R. podría matricular otra carrera sin necesidad de hacer de nuevo las pruebas de admisión.

Había que esperar otros vientos, nuevas puertas. Para 1979 la Universidad Nacional (U.N.A.) me contrató como filósofo, el Banco quedó atrás. La profecía de don Constantino empezaba a remitir. Vinieron otras ocasiones.

Filosofía de la Educación resultó ser el primer encargo docente, a la vez en 1981 se me nombraba secretario general del S.I.T.U.N., lo que me permitió acceder a una beca para hacer estudios de Filosofía Política en Moscú. Al regreso en 1984, quien presidía la organización, Juan Rafael Espinoza, abogado, me habló de la Escuela Libre de Derecho (E.L.D.), en aquel tiempo un Colegio de la Universidad Autónoma de Centroamérica (U.A.C.A.), pues tenía interés en cursar estudios doctorales en dicha casa de estudios.

Nos reunimos con don Gerardo Trejos en el viejo edificio de la E.L.D. 100 metros al oeste de los Tribunales de Justicia. Un viejo casuchón de madera en avenida 8, que unía dos viejas casas, y cuyo pasillo atravesaba la cuadra de lado a lado. Aún el proyecto doctoral no había madurado.

Como el tema que me llevaba a la Escuela era postgraduación, no vislumbré la oportunidad que andaba buscando.

Al año siguiente, 1985, un compañero directivo del S.I.T.U.N., Luis Parini, estudiante de la E.L.D., me empezó a hablar con mucho entusiasmo de la Escuela, de sus métodos, de su ambiente y calidad. Esta vez vi una ventana.

Como era graduado en Filosofía de la UCR (Bachillerato en 1978, Licenciatura en 1981), solicité una certificación de materias, y me reuní con don Fernando Montero Piña al mediar noviembre de 1985, quien fungía como Maestrescuela, con el propósito de vislumbrar la posibilidad de ingresar a la carrera si se me reconocían algunas materias.

Don Fernando amablemente me atendió, le hablé de mi interés de matricularme, le entregué la certificación, sin muchas ceremonias le echó una mirada, y al instante me dijo, devolviéndome la certificación:

—No, no puedo reconocerle ninguna materia, pues el pensum de Filosofía no tiene nada que ver con Derecho.

—Muchas gracias don Fernando, ni modo, será en otra oportunidad.

Me levanté, le di un saludo de despedida y me dirigí a la puerta, cuando atravesaba su umbral me dijo:

—Don Alban, un momentito. Viera que el próximo semestre la Escuela va a empezar a impartir Principios de Filosofía y no tenemos profesor. A Usted le interesaría.

Regresé a la silla.

—Bueno don Fernando, sí me interesa, pero comprenderá que el interés mío, en este momento, es estudiar Derecho. Le propongo un trato: Yo le doy el curso, me matriculo, y eso sí, usted no me cobra la matrícula ni los cursos.

—Bueno suena interesante don Alban. No obstante, esa es una decisión que yo no puedo tomar. Las personas que deciden esas cosas son doña Mercedes Valverde, don Gerardo Trejos y don Israel Hernández.

Le sugiero que hable con ellos, yo estoy de acuerdo, pero necesito su anuencia.

—¿Y adónde los localizo?

—Bueno a doña Mercedes la localiza en la Contraloría General de la República, si desea le facilito el teléfono. Llámela, le plantea el tema y le pregunta si además necesita hablar con don Gerardo y don Israel.

—Muchas gracias don Fernando. Voy a localizarla, me interesa.

Concerté una cita con doña Mercedes, y en su despacho me atendió con atención y cortesía. Le planteé el trato que le había ofrecido a don Fernando, le dije que don Fernando estaba de acuerdo y ella no solo aceptó la propuesta, sino que me dijo que era innecesario que me reuniera con don Gerardo Trejos y don Israel Hernández, que ella les plantearía el asunto.

—Vaya a matricularse don Albán.

—Pero doña Mercedes ya hoy es viernes, y hoy se cierra la matrícula y puedo ir hasta el lunes.

—Tranquilo, como empresa privada somos más flexibles con los plazos, yo también me encargo que no tenga problema con el trámite de matrícula.

De esta suerte inicié mi relación con la E.L.D. Inicié en doble condición: profesor de Filosofía y estudiante de Derecho. Inicié en enero de 1986. Inicié con entusiasmo, inicié para enseñar, pero sobre todo para aprender.

Ese ese tiempo los cursos eran semestrales y se impartían dos veces por semana. Mis lecciones las daba los lunes y jueves de 5:00 p.m. a 6.30 p.m.

Como ingresé a dar lecciones y a estudiar simultáneamente, mis propios alumnos eran a la vez mis propios compañeros. A las 6:30 p.m. abandonaba el estrado rumbo al pupitre. Las relaciones alumno-profesor siempre fueron respetuosas, ni distantes ni tan cercanas que rompieran los roles. Sin necesidad de anunciar líneas rojas las relaciones fueron mutuamente beneficiosas. Nunca un reclamo, nunca un halago.

La E.L.D. me permitió obtener rápidamente la Licentia Docendi Hic Ubique de la U.A.C.A. (1989), lo que me acreditaba como profesor titular, amparado a los títulos que había obtenido en la U.C.R., a los años de experiencia acumulados en la U.N.A. y los que ya cumplía en la E.L.D.

Cuando estudié las ORDENANZAS de la U.A.C.A. me di cuenta de que tenía una disposición según la cual se le otorgaría el Magister Iuris a aquellos profesionales que cursaran un Bachillerato, en alguno de sus Colegios, a condición de que no se le reconociera ninguna materia. Como no se me habían hecho reconocimientos y era graduado en Filosofía, opté por ese grado. Eso tenía un irónico costo: yo era el profesor de Principios de Filosofía al que no se le podía reconocer Principios de Filosofía. Ya para 1991 se había abierto otro grupo de Filosofía los días sábados. Hablé con Carlos Bonilla (Q.d.D.G.), su profesor, ni siquiera pariente lejano, indicándole que me matricularía, le expliqué las motivaciones. Como la idea no le hizo feliz, convinimos en un programa de investigación, producto de los cuales salieron dos publicaciones de la Revista Tribuna Libre. De esa manera obtuve los créditos del curso y el Magister Iuris de la U.A.C.A. (1992). El Senado de la U.A.C.A. tuvo sus dudas sobre la aprobación del título, pero el Decano de la E.L.D., don Ricardo Guerrero, defendió la concesión, puesto que se habían cumplido todos los requisitos. Después supe que ese fue el único título de este género que otorgó la U.A.C.A.

Otra singularidad.

El año 1996 fue importante para la Escuela, estrenó edificio en Zapote y la E.L.D. dejó de ser un Colegio de la U.A.C.A., y yo como miembro de la Corporación de Maestros voté favorable y entusiastamente a favor de ese paso. Era la mayoría de edad de la E.L.D.

Pero no se anunciaba como Escuela Libre sino como Universidad Mesoamericana (para mi desazón, pues estaba casado con nombre Escuela Libre de Derecho), por fortuna solo por brevísimo tiempo, y prontamente se convirtió en Universidad Escuela Libre de Derecho.

Vaya tranquilidad. El nombre no solo rescataba un sello ganado con calidad y prestigio, constituía su continuidad. Era un nombre combinado (universidad-escuela), sin antecedentes.

La discusión del momento fue: ¿Cómo rescatar el nombre al independizarse, es decir, como llamar universidad a algo que se había posesionado cómo escuela? La solución fue sencilla, no por eso menos ingeniosa.

Así como la Clínica Católica y la Clínica Bíblica se habían convertido en Hospital Clínica Católica y Hospital Clínica Bíblica, analógica y sincréticamente surgió la fórmula “Universidad Escuela”, como la conocemos hoy, ya con el acrónimo U.E.L.D., y sigue siendo un nombre combinado.... sin colega.

La nueva entidad, la U.E.L.D., heredera de la tradición que había cimentado la E.L.D., inició entonces sus operaciones el I semestre de 1997, siempre en las instalaciones de Zapote, de su pertenencia. Había un nombre, una tradición, un edificio.

Ya para esa época impartía el curso de ETICA JURIDICA, además del de Principios Filosofía, aún había alumnos que eran mis compañeros. Para ese momento era catedrático de la U.N.A. y catedrático de la U.E.L.D.

En 1998 obtuve la Licenciatura en Derecho de la U.E.L.D., año en el que me incorporé al Colegio de Abogados. La Universidad debió dispensarme un requisito para la Tesis de Grado, pues la reglamentación indicaba que el manuscrito no debería tener más de 200 páginas. A la sazón era Directivo del Fondo de Beneficio Social de la U.N.A. (F.B.S.) y mi tesis era un estudio jurídico sobre la naturaleza e historia de dicho Fondo, comparación con otros institutos jurídicos, como sindicatos, cooperativas, asociaciones solidaristas, etc. y con otros Fondos que existían en el país.

La tesis se denominaba UN MODELO ALTERNATIVO DE LAS RELACIONES LABORALES. La obra-requisito tenía garantizada la publicación y el manuscrito frisaba las 900 páginas. El libro salió el mismo año.

Graduado e incorporado al Colegio de Abogados (1998), la U.E.L.D. me abrió nuevas oportunidades. Aparte de los dos cursos que ya impartía, se me permitió dedicarme a una de mis pasiones: el Derecho de Familia. El curso de Principios de Filosofía se transformó en Filosofía del Derecho. Y ya en los últimos doce años se me confió el curso de Teoría General del Derecho. Salvo el Derecho de Familia, los cursos de Filosofía del Derecho, Ética Profesional y Teoría General del Derecho tienen un componente filosófico jurídico. Fui de los primeros miembros del Consejo Editorial de la Revista TRIBUNA LIBRE, la revista especializada de la U.E.L.D., en algún momento coordiné la Cátedra de Filosofía, y en los últimos 10 años miembro de la Comisión de Evaluación.

Puedo decir con satisfacción que sí he vivido de la Filosofía y del Derecho gracias a la U.E.L.D.

Para coronar esta sucesión de satisfacciones en la U.E.L.D. en el año 2006 pude presentar mi Tesis doctoral denominada DEONTOLOGIA NOTARIAL COSTARRICENSE, también aprobada con SUMMA CUM LAUDE PROBATUS.

Ingresé a “la Libre”, como le decimos cariñosamente, en 1986, en doble condición. Han sido un poco más de 36 años de relación continua. Como estudiante pocos años, los necesarios para la carrera, como docente durante ese tiempo combiné mi docencia en la U.E.L.D. ininterrumpidamente con otras actividades: en estos años fui docente en la U.N.A. y la U.C.R., directivo del S.I.T.U.N., Presidente de la Comisión de Carrera Académica de la U.N.A., Decano de la Facultad de Filosofía y Letras, Presidente y Director Ejecutivo del Consejo de Facultades de Humanidades de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados, trabajé en el Bufete de Juan Diego Castro y fui Director Ejecutivo de U.N.I.R.E. Hice todas esas tareas sin que interfirieran mis labores docentes en la U.E.L.D., nunca lo permití.

La Libre me ha dado trabajo, estudio y esposa, tres dimensiones existenciales que han ocupado mi vida. Por eso en la dedicatoria de mi Tesis doctoral se puede leer: “A la Universidad Escuela Libre de Derecho y a su Rector, creadores de nuevas oportunidades”

La U.E.L.D. ha sido mi constante, todos los demás han transcurrido.

Doctrina

Dr. Eric Briones Briones

El sistema inspectivo en Costa Rica y sus retos post covid-19

Abogado y Notario Público

Máster y Doctor con especialidad en Derecho laboral

Académico e Investigador Universitario

Docente de la Universidad Escuela Libre de Derecho

Ha laborado en el sector público y privado, así como en el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo costarricense.

Expositor nacional e internacional en temas de su disciplina.

Autor y coautor de más de 40 ensayos y 15 libros, tanto a nivel nacional como internacional.

Gestor de opinión nacional e internacional, desde hace más de 40 años.

Creador del Canal de YouTube: “Gotitas Laborales”.

4



Epígrafe

Una ley de trabajo, es lo que son los inspectores encargados de aplicarla.

Viviani, ex ministro de Francia.

Resumen

El presente ensayo, recoge el análisis jurídico teórico y práctico, sobre el sistema inspectivo costarricense. Por lo cual, se analiza un aparte histórico jurídico y el procedimiento actual, dentro de un debido proceso, con base en el voto constitucional no. 4298-97.

Para finalmente concluir, con los retos que se presentan post Covid - 19, junto con los compromisos internacionales, de cara a la entrada a la OCDE y la celebración del 200 aniversario de independencia. Sirva -entonces- el presente para constituirse en un primer escenario de partida, para lo que posteriormente, deba repensarse como nación.

Palabras claves

Bicentenario. Retos laborales. Fortalecimiento de la Inspección de Trabajo. Procedimientos de la Inspección de Trabajo. Directriz no. 00557-17 y su adenda, con base en la Reforma Procesal Laboral. La inspección de Trabajo, en pandemia y sus retos post pandemia, Covid-19.

Summary

This essay collects the theoretical and practical legal analysis on the Costa Rican inspection system. Therefore, a historical legal section and the current procedure are analyzed, within a due process, based on constitutional vote no. 4298-97. To finally conclude, with the challenges that arise post Covid -19 covid-19, along with international commitments, in view of entering the OECD and the celebration of the 200th anniversary of independence. Serve -then- the present to become a first stage of departure, for what later, must be rethought as a nation.

Keywords

Bicentennial. Labor challenges. Strengthening of the Labor Inspection. Labor Inspection Procedures. guideline no. 00557-17 and its addendum, based on the Labor Procedure Reform. Labor inspection, in a pandemic and its post-pandemic challenges, Covid-19.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Reseña histórica del servicio inspectivo a nivel nacional.
- III. Estructura organizacional y competencia.
- IV. Marco regulatorio.
- V. Competencia Funcional de la Inspección de Trabajo.
- VI. Modalidades de actuación y detección de la Infraccionalidad.
- VII. Etapa de fiscalización y los distintos procedimientos.
 1. Visita de inspección.
 2. Visita de revisión.
- VIII. Los distintos procedimientos.
 1. Modalidades del ciclo inspectivo: violación de fueros.
 - 1.1. Despido ilegal de trabajadora embarazada o en período de lactancia.
 - 1.2. Despido ilegal del trabajador adolescente.
 - 1.3. Denuncia por hostigamiento laboral.
 - 1.4. Denuncia por hostigamiento sexual.
 - 1.5. Certificación de cumplimiento de la legislación laboral o constancia del no registro de denuncias dentro del sistema.
 2. Procedimientos especiales, dentro del ámbito administrativo.
 - 2.1. Del procedimiento en sí.
 - 2.2. Directriz no. 00557-17 y su adenda, con base en la Reforma Procesal Laboral. IX Marco sancionador. X La inspección de Trabajo, en pandemia y sus retos post pandemia, Covid-19.

I. Introducción

El presente lleva como fin, un acercamiento teórico/práctico sobre la Inspección de Trabajo Costarricense, como parte de los sistemas Inspectivos del Trabajo en Iberoamérica, con base en algunas consideraciones generales.

Para ello se hará un acercamiento institucional, para lo cual se va a hacer uso, de un recaudo de diferentes publicaciones que ha realizado el autor, en los últimos tres decenios, como parte de su experiencia en el campo inspectivo, modificando lo que corresponda, cuando proceda, en apego a la vigencia de lo considerado, con el fin de que el lector, pueda tener información de primera mano.

Oportuno indicar que dentro del presente, se va a dar tratamiento a temas, entre los que resaltan: parte histórica del servicio inspectivo a nivel interno; estructura organizacional y competencia; marco regulatorio; funcionamiento práctico; modalidades de actuación y detección en el campo de la Infraccionalidad; etapa de fiscalización y los distintos procedimientos, conforme a sus manuales; marco sancionador, debiendo llevarse ante la sede judicial; finalizando con la inspección durante la pandemia y sus retos post Covid-19.

Se advierte que las opiniones vertidas en el presente trabajo son a título personal y no comprometen a las organizaciones a las que pertenece o representa el autor y asimismo con el fin de soslayar la sobrecarga gráfica, se advierte que, en muchos de los párrafos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de género existentes, en el campo internacional como nacional, por parte de quien escribe.

II. Reseña histórica del servicio inspectivo a nivel nacional.

De previo a entrar a reseñar el caso inspectivo costarricense, es oportuno recordar que una de las tareas de los Estados -a partir del derrocamiento de la monarquía y el surgimiento de la burguesía, bajo la égida de la revolución francesa y su declaratoria de los derechos del hombre y el ciudadano- ha estribado en la vigilancia del cumplimiento de las leyes y, en caso necesario, forzar al mismo ante una eventual intención de trasgresión y así resolver problemas sociales, como la explotación laboral de los niños, de las mujeres, de las jornadas laborales extenuantes y las condiciones insalubres y peligrosas, entre otras.

Para tal cometido, se empezaron a crear administrativamente las inspecciones de trabajo, de allí que el jurista Fernando Suárez González, afirmara: “(...) la historia de la Inspección ha sido paralela a la historia de la legislación laboral”.

Ahora bien, el nacimiento de la Inspección de Trabajo, a nivel mundial, surge en Inglaterra, consecuencia de conjurar el desarrollo de enfermedades contagiosas y para preservar la moralidad de los aprendices en los locales, para ser implantada obligatoriamente en 1833.

En el caso de Costa Rica, ha señalado, el historiador, Vladimir de la Cruz que, realmente, la protección de los trabajadores en el país, empieza formalmente a gestionarse por medio del Decreto-Ley no. 33, donde se expresa la voluntad política de crear una secretaría de Estado en el Despacho de Trabajo y Previsión Social, asignándosele dentro de sus competencias, precisamente, la creación de una Inspección del Trabajo:

Con el decreto en mención, se viene a buscar: I.- La preparación del proyecto de Código de Trabajo. II.- La organización de los departamentos de Inspección de Minas e Industrias, del Trabajo en General, de la Enseñanza Industrial y Profesional y del Seguro y Previsión Social. III.- La suprema inspección de todas las leyes relativas al Trabajo y Previsión Social. IV.- La fundación y organización de un Instituto para Estudios Sociales (Conferencia De la Cruz, 2008).

Así a inicios la Secretaría de Trabajo solo contaba con tres funcionarios, ya que limitaba su adscripción a la Secretaría de Gobernación, esto no solo por razones presupuestarias sino históricas, por cuanto antes de su creación el órgano competente para ver la materia con ocasión del trabajo, lo era dicha Secretaría de Gobernación. Realmente, esto constituyó una medida previsoras frente a la crisis económica de inicios de los años 30s que se avecinaba. Si bien se aumentaba la intervención dentro de la función estatal en cuanto a la regulación del trabajo, no es sino hasta el año 1942, que se empieza a consolidar el sistema de seguridad laboral, como se ha referido.

Nótese que la propuesta de la Secretaría de Trabajo, si bien fue realizada por el Diputado Carlos María Jiménez Ortiz, quien pertenecía al Partido Republicano Nacional, no encontró en los años 30s, sustento dentro de la sociedad costarricense. No es sino, hasta que su partido posteriormente lleva a la presidencia al Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, que va a lograr recogerse esa semilla sembrada desde 1928, alcanzando su germinación mediante el impulso político de la década de los años 40s en la conformación dentro de la legislación social, también de un Ministerio de Trabajo, que contaría con Inspectores de Trabajo.

Lo anterior, explica el posterior desarrollo del derecho laboral a nivel costarricense, con la promulgación del Código de Trabajo (CT) por medio de un dirigente republicano, como lo fue, el Dr. Calderón Guardia. Dicha promulgación

trajo aparejada la creación de los servicios de la Inspección General del Trabajo, dentro de sus artículos originarios 585 a 600 del CT, y específicamente en su Título Noveno referido a la Organización Administrativa de Trabajo, que como explicó, el Lic. Eduardo Gutiérrez, Inspector de Trabajo, en los años 60s, la misma era modesta en sus inicios:

Al iniciar sus labores la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, se organizó la Inspección General de Trabajo, del cual dependía doce Inspectores con jurisdicción en toda la República y con asiento en la ciudad de San José, para efectos de sueldos se dividieron en dos grupos: Inspectores de primera categoría e Inspectores de segunda categoría, en consideración a este aspecto la Jefatura de la Inspección siempre asignaba el trabajo conforme a la importancia y gravedad de los asuntos. En las cabeceras de Provincias se instaló un Inspector de Trabajo, al cual se denominaba Inspector Provincial de Trabajo, con categoría dos. En lugares como la zona bananera también fue necesario establecer oficinas de Inspección de Trabajo, habiendo sido las primeras Golfito, Quepos y Puerto Cortés, pues esta jurisdicción por la gran concentración de trabajadores siempre ha sido objeto de conflictos y de actividades sindicales.

A estos Inspectores siempre se les ha denominado Inspectores Regionales de Trabajo, y por la importancia de sus funciones han estado en la categoría más alta. Como dato importante debo informar que el primer grupo de Inspectores resultó con raras excepciones, un acierto en su integración, pues el Licenciado Oscar Barahona Streber que tuvo a su cargo la redacción del proyecto del Código de Trabajo y la organización de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, seleccionó a un grupo de estudiantes de la Escuela de Servicio Social, adscrita a la Universidad de Costa Rica, y que por cierto había recibido un curso de Derecho de Trabajo, impartido por el mismo señor Barahona, además habían realizado cursos de sicología, servicio social, etc. (Tesis de incorporación para optar por el título de licenciado en leyes, 1966: pp. 44 y 45).

Bajo esta estructura y orden legal se mantuvo la inspección costarricense, hasta que durante la administración de José Figueres Ferrer (1954-1958), siendo Ministro de Trabajo, el Lic. Otto Fallas Monge, se preocupó por darle un nuevo enfoque, con el afán de proveer al Ministerio de Trabajo de mejores departamentos y oficinas en cuanto a orientación y dinamismo, por lo que se promulgó la Ley No.1860 de 20 de abril de 1955 (Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), lo cual vino a significar en palabras del Lic. Gutiérrez Chacón (1966):

Una asignación de funciones más técnica siguiendo la recomendación de la Organización Internacional de Trabajo, de la Inspección General del ramo, considerándose conveniente limitarle la facultad para conocer del estudio y aprobación de los Reglamentos Interiores de Trabajo, la evacuación verbal y escrita de consultas sobre interpretación de la ley,

la tramitación de los asuntos de conciliación extrajudicial y el aspecto referente a la seguridad e higiene en el trabajo... Al mismo tiempo y mediante la Ley Orgánica del Ministerio, quedaron derogados los artículos 580 a 600 del Código de Trabajo, que comprendían la Organización Administrativa de Trabajo, y la organización y funcionamiento de la Inspección General de Trabajo, quedó comprendida del artículo 88 al 102 de la mencionada Ley Orgánica (pp. 66 y 67).

Como corolario de lo anterior, dicha ley hasta hoy vigente, ha sufrido variaciones, mediante la emisión de diversos decretos en pro de un mejor desempeño y en apremio de las necesidades que le demandan los tiempos actuales.

III. Estructura organizacional y competencia

De previo a transcribir la estructura organizativa de la inspección de trabajo costarricense, es oportuno a modo de antecedente, explicar que antes de la emisión del Decreto no. 28.578-MTSS del año 2001 (Reglamento de Organización y de Servicios), existía una centralización de la Inspección en la figura de la Dirección Nacional de Inspección (DNI), la cual se encontraba situada en el Ministerio de Trabajo de San José, sea en la

capital del país, lo cual significaba, como puede entenderse, hacía ineficiente la labor inspectiva, por cuanto, todo debía llegar a la capital, de manera física, lo cual tardaba, en muchas ocasiones meses, mientras llegaba y se atendía.

Es por ello que, mediante dicho Decreto, se pasó a delegar las funciones en 6 regionales de todo el país, para que según rezan sus 2 primeros artículos, se estableciera la regionalización y desconcentración de los servicios, de manera “que los asuntos en materia de su competencia se reciban, tramiten y resuelvan con carácter final en las Oficinas Regionales de Inspección de Trabajo de las diferentes circunscripciones territoriales”. Todo ello con el fin de alcanzar un adecuado, eficiente e idóneo logro de los propósitos, objetivos y fines. Procurando “la mayor eficacia y eficiencia del servicio público, así como de las tareas, actividades, funciones y atribuciones encomendadas por el ordenamiento jurídico a la Inspección de Trabajo, dentro de un ambiente de armonía y de respeto, tanto para los derechos de los Inspectores de Trabajo como para los de patronos y de trabajadores y sus respectivas organizaciones”.

Actualmente la Inspección está constituida por alrededor de 175 funcionarios -con estabilidad laboral, pertenecientes al servicio civil, con base en el artículo 191 constitucional, los cuales solo pueden ser removidos de sus cargos, si incumplen con las disposiciones legales contractuales-divididos en: 1 Director, 1 Subdirector y 6 Jefes Regionales con rango de Inspectores de Trabajo, 28 asesores legales del Departamento Legal, distribuidos en 6 Regionales y en la Dirección la Jefatura, un Departamento de Asesoría de Gestión, personal de apoyo y el resto algo más de 120 Inspectores de Trabajo; para cubrir una población trabajadora formal de aproximadamente dos millones doscientos, en una población total de aproximadamente 5 millones de habitantes.

Sabido lo anterior, se debe decir, que la estructura organizativa de la inspección está definida en los artículos 6 al 8 del Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo (Decreto N° 28578-MTSS) y está compuesta por lo siguiente: a) Dirección Nacional; b) Sub Dirección; c) Departamento de Asesoría Legal, a cargo de un Jefe y los asesores legales regionales; d) Departamento de Asesoría e Investigación de la Gestión de Inspección de Trabajo, a cargo de un Jefe y los asesores en Investigación y/o planificadores sociales; e) Oficinas Regionales con sus respectivas oficinas provinciales y cantonales, a cargo de la Jefatura Regional y de Coordinadores provinciales o cantonales, respectivamente. Amén, las oficinas están integradas por inspectores de trabajo y otros funcionarios técnicos y administrativos.

Su composición a nivel jerárquico, está constituida por: A) Director Nacional e Inspector General de Trabajo. Es el jefe superior de la DNI (siendo sus superiores jerárquicos administrativos el viceministro del área y el ministro del ramo), tiene a su disposición dos Departamentos de apoyo técnico y un equipo de apoyo administrativo. Sus funciones, competencias y atribuciones son:

- 1.** Definir, en coordinación con el ministro de Trabajo y viceministro, las políticas, directrices y disposiciones que regulen el Sistema Nacional de Inspección.
- 2.** Planear, dirigir, controlar, evaluar, coordinar, supervisar y fiscalizar los servicios y el trabajo técnico y administrativo de la Inspección de Trabajo como un todo; para lo cual deberá implementar y poner en ejecución mecanismos de amplia participación de los jefes regionales y de los inspectores de trabajo.
- 3.** Ejercer el cargo de superior jerárquico de la Inspección de Trabajo y representarla en las actividades, actos y actuaciones señalados por este reglamento y en aquellos que designen sus superiores jerárquicos, según corresponda.

- 4.** Para el mejor desempeño de las funciones propias del cargo tendrá las atribuciones que le competen a los inspectores de trabajo.
- 5.** Propiciar la coordinación de los diversos sectores representados en el Consejo Nacional.
- 6.** Poner en práctica los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional.
- 7.** Dictar y firmar las resoluciones que corresponda en los asuntos de su competencia, según la materia y su jurisdicción territorial.
- 8.** Preparar y poner en práctica planes anuales de formación, capacitación y adiestramiento de todos los servidores de la Inspección de Trabajo, en coordinación con la Unidad de Capacitación del Ministerio.
- 9.** Emitir los manuales técnicos y de procedimientos a seguir en las actuaciones y resoluciones de las diversas instancias de la Inspección de Trabajo y hacerlos del conocimiento de sus destinatarios con la mayor celeridad.
- 10.** Establecer los mecanismos pertinentes para dar a conocer a los jefes regionales las resoluciones de los órganos jurisdiccionales que resulten de interés para su accionar.
- 11.** Preparar el proyecto de presupuesto general de la Dirección y asignar internamente el de cada oficina regional, todo según los planes anuales de trabajo a ejecutar y de acuerdo con las necesidades pertinentes.
- 12.** Velar porque se elaboren índices de gestión técnica y administrativa, así como llevar estadísticas sobre el accionar de la Inspección de Trabajo en general.

13. Proponer medidas, acciones, proyectos de ley o de reglamento y prepararlos, según se requiera, para mejorar y hacer más eficiente y eficaz el accionar de la Dirección.

14. Dar órdenes, instrucciones o circulares que corresponda sobre el modo del ejercicio de las tareas, actividades, funciones y atribuciones por parte de sus subordinados, tanto en aspectos técnicos, administrativos y legales.

15. Vigilar la acción de sus subordinados para constatar su legalidad, así como utilizar todos los medios necesarios y útiles para ese fin.

16. Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta de sus subordinados a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola, de oficio o a instancia de parte.

17. Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular; todo dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico.

18. Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre las instancias u órganos inferiores.

19. Las demás que señale el ordenamiento jurídico y las que le asignen las autoridades ministeriales. B) Por su parte, la figura de la subdirección es un resorte importante dentro de las funciones de la inspección, pues además de la labor administrativa, está la técnica, en el campo de la salud ocupacional/cuestiones de género, acciones inspectivas virtuales, etc. C) Departamento de Asesoría Legal. Está compuesta por una Jefatura y un equipo de asesores, todos profesionales en derecho. Parte del equipo se encuentra desconcentrado, de manera que cada oficina regional cuenta al menos con un asesor.

Todos los asesores están subordinados desde el punto de vista técnico al jefe del Departamento y desde el punto de vista administrativo al jefe de la oficina regional respectiva. La principal competencia del Departamento es asesorar al director nacional y a los jefes de las oficinas regionales en materia jurídica. Las siguientes son sus funciones, competencias y atribuciones:

20. Atender y evacuar las consultas que en materia de su competencia le formulen la Dirección y demás dependencias de la Inspección de Trabajo.

21. Preparar los proyectos y documentos finales de resolución sobre solicitudes, gestiones, reclamos, incidentes o recursos planteados ante la Dirección o ante las oficinas regionales, por medio de los profesionales en Derecho asignados a dichas dependencias, una vez agotados los trámites y procedimientos pertinentes.

22. Coordinar con la comisión institucional de capacitación a empresas y preparar e implementar los proyectos de capacitación de cada año a lo interno y externo de la inspección de trabajo y su propuesta presupuestaria DMT-001-2011.

23. Entablar las acciones y recursos judiciales correspondientes y darles seguimiento hasta la ejecución de la sentencia en los casos que indiquen el Director Nacional o bien los jefes de las oficinas regionales, según corresponda de acuerdo con lo dispuesto en los incisos b) y c) del artículo 17 del Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo, en los supuestos de incumplimiento de la normativa bajo su fiscalización, una vez agotados los procedimientos legales aplicables según el asunto de que se trate.

24. Emitir dictámenes y pronunciamientos tendientes a lograr una uniforme interpretación y aplicación del régimen jurídico relativo a la Inspección de Trabajo; para lo cual quedan facultados todos los asesores legales. El Departamento se organizará funcionalmente en los términos de la Directriz N°13-13 del seis de

marzo del dos mil trece; que instrumentaliza la competencia y que se incorpora a este manual por adenda posterior en atención a los contenidos de la Ley de Control Interno (Artículo 8).

25. Organizar y administrar una base de datos sobre legislación, jurisprudencia y doctrina laboral relacionada con la Inspección de Trabajo, llevar un índice o digesto de sentencias de los tribunales de trabajo dictadas en relación con las acusaciones o denuncias planteadas por la Inspección de Trabajo, así como canalizar toda esa información oportunamente a las oficinas regionales.

26. Consultar, coordinar y promover el intercambio de todo tipo de información jurídica con la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio y con las otras dependencias e instancias, internas y externas, que se estime necesario; como miembro permanente de la Comisión institucional de capacitación a empresas.

27. Asesorar y auxiliar en su defensa a los servidores de la Inspección de Trabajo, cuando lo requieran en el ejercicio de sus funciones legales y cuando se trate de acusaciones judiciales.

28. Al jefe del Departamento de Asesoría Legal revisar y aprobar los proyectos de los asesores legales de la DNI y de los demás asesores regionales, cuando lo crea oportuno y prudente, por los medios que establezca la Ley General de Control Interno (No. 8292).

29. Las otras que le encomiende la Dirección Nacional. b.2.) Departamento de Asesoría en Investigación y Calidad de la Gestión. Se compone de profesionales en ciencias sociales, uno de los cuales es su jefe. Su competencia principal es la de asesorar al director nacional y a los jefes de las Oficinas Regionales en el planeamiento y evaluación de la acción de la DNI y diseñar, supervisar y ejecutar actividades de investigación social.

Las siguientes son sus funciones, competencias y atribuciones:

29.1. Asesorar al director nacional/subdirector y a los y las Jefes de las Oficinas Regionales en la elaboración, ejecución, control y evaluación de sus Planes Anuales y de sus Planes Estratégicos.

29.2. Diseñar, proponer y velar por la aplicación de índices e indicadores de gestión, que permitan evaluar y controlar el cumplimiento de las funciones y objetivos establecidos para las diferentes dependencias de la Inspección de Trabajo y para determinar la calidad y eficiencia de los servicios que prestan.

29.3. Diseñar, proponer, ejecutar y procesar investigaciones sobre procedimientos y resultados de la labor de la Inspección de Trabajo, así como sobre aspectos socio laborales que tengan o puedan tener incidencia en el cumplimiento o incumplimiento de la normativa laboral y de salud ocupacional en los centros de trabajo.

29.4. Atender y evacuar las consultas que en materia de su competencia le formulen la Dirección y demás dependencias de la Inspección de Trabajo.

29.5. Analizar, evaluar y rendir informes semestrales sobre los resultados de la labor de la Inspección de Trabajo como un todo y de sus distintas oficinas regionales.

29.6. Coordinar con la Dirección General de Planificación del Ministerio, en todo cuanto se refiere a investigación y procesamiento de datos y estadísticas socio laborales.

29.7. Las otras que le encomiende la Dirección. D) Órganos de Ejecución. Las oficinas regionales, provinciales y cantonales son las unidades que desarrollan la actividad sustantiva de la Inspección de Trabajo y tienen la siguiente composición y funciones. D.1) Oficinas regionales. Están compuestas por una Jefatura Regional, uno o varios asesores legales, inspectores de trabajo

y los demás funcionarios distribuidos en las oficinas provinciales o cantonales.

Sus funciones, competencias y tareas son:

30. Velar porque se cumplan y respeten las disposiciones contenidas en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados, las leyes, las convenciones colectivas, los laudos, los acuerdos conciliatorios, los arreglos directos y los reglamentos relativos a condiciones salariales, de trabajo, de salud ocupacional y de seguridad social.

30.1. Intervenir en las dificultades y conflictos de trabajo que se presenten, siempre que el caso no sea de conocimiento de la Dirección de Asuntos Laborales.

30.2. Actuar en forma inmediata, para lo cual podrá requerir el auxilio de las autoridades de policía, únicamente para que no se le impida el cumplimiento de sus deberes legales.

30.3. Coordinar sus actividades con las Instituciones Públicas de Seguridad Social y con los demás jefes y dependencias del Ministerio.

30.4. Prestar la colaboración y el auxilio que le soliciten los inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social y demás autoridades de las instituciones de seguridad social, en la materia de sus competencias y atribuciones.

30.5. Ejecutar todas las acciones necesarias para velar por el cumplimiento de las normas relativas a las condiciones laborales y de salud ocupacional dentro de su respectiva circunscripción territorial.

30.6. Recibir, tramitar y resolver todas las solicitudes que se le presenten, en relación con los diversos asuntos de su competencia, en la jurisdicción territorial a su cargo.

30.7. Entablar las acciones judiciales correspondientes, constituyéndose en parte en los procesos de juzgamiento de faltas cometidas contra las leyes de trabajo y seguridad social, cuando se constate la infracción de la normativa bajo su fiscalización, después de seguir los procedimientos legales aplicables según el asunto de que se trate y darles seguimiento inclusive en la etapa de ejecución de sentencia. Esta función y la señalada en el aparte siguiente estarán a cargo del funcionario designado por la asesoría legal, a requerimiento del jefe de la oficina regional.

30.8. Llevar un índice o digesto de sentencias de los tribunales de trabajo dictadas en relación con las acusaciones o denuncias planteadas por la oficina regional.

30.9. Las demás establecidas en el ordenamiento jurídico y las que les asigne el jefe regional, que sean de su competencia según su jurisdicción territorial.

30.10. Las demás establecidas en los convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y demás normativa aplicable. D.2) Oficinas provinciales y cantonales.

Están compuestas por un coordinador y un equipo de inspectores. Sus funciones y competencias son:

31. Ejecutar todas las acciones necesarias para velar por el cumplimiento de las normas relativas a las condiciones laborales y de salud ocupacional dentro de su respectiva circunscripción territorial.

31.1. Recibir, tramitar y diligenciar todas las solicitudes que se le presenten, en relación con los diversos asuntos de su competencia en la jurisdicción territorial a su cargo.

31.2. Rendir los informes necesarios y remitir dentro de los plazos señalados por los jefes regionales, los expedientes de que se trate, para el dictado de la resolución final o para entablar las acciones judiciales que corresponda.

31.3. Las demás establecidas en el ordenamiento jurídico y las que les asigne el jefe regional de inspección correspondiente, que sean de su competencia según su jurisdicción territorial.

La Inspección de Trabajo, está distribuida en el país, dentro de sus 51.180 km² de extensión territorial y 83 cantones, de la siguiente manera:

Oficina Regional Central: Oficina Provincial de San José (sede). Oficina Provincial de Cartago. Oficina Provincial de Heredia. Oficina Cantonal de Puriscal. Oficina Cantonal de los Santos. Oficina Regional Huetar Norte: Oficina Provincial de Alajuela (sede). Oficina Cantonal de Ciudad Quesada. Oficina Cantonal de Grecia. Oficina Cantonal de Naranjo. Oficina Cantonal de La Fortuna. Oficina Regional Huetar Atlántica: Oficina Provincial de Limón (sede). Oficina Cantonal de Siquirres. Oficina Cantonal de Pococí. Oficina Cantonal de Talamanca. Oficina Cantonal de Turrialba.

Oficina Cantonal de Guácimo. Oficina Regional Pacífico Central: Oficina Provincial de Puntarenas (sede). Oficina Cantonal de San Ramón. Oficina Cantonal de Orotina. Oficina Cantonal de Aguirre-Quepos. Oficina Regional Chorotega: Oficina Provincial de Liberia (sede). Oficina Cantonal de Santa Cruz. Oficina Cantonal de Cañas. Oficina Cantonal de Nicoya. Oficina Cantonal Nandayure. Oficina Cantonal Upala. Oficina Regional Brunca: Oficina Cantonal de Pérez Zeledón (sede). Oficina Cantonal de Palmar Norte. Oficina Cantonal de Corredores. Oficina Cantonal de Golfito. Oficina Cantonal de Coto Brus.

Finalmente, decir que las oficinas regionales están a cargo de una Jefatura Regional, y las oficinas provinciales o cantonales a cargo de un

Coordinador provincial o cantonal, según sea el caso, conforme a los artículos 8, 20 del Decreto N° 28578-MTSS.

IV. Marco regulatorio

Con base en el artículo 7 de la Constitución Política del país, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. De allí que, por encima de la ley y su reglamentación, están los convenios de la OIT, junto con los acuerdos internacionales, como el celebrado recientemente con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Bajo este entendimiento, el marco legal de manera general, de la Inspección de Trabajo del país, está consolidado, por los siguientes instrumentos:

1. Convenio núm. 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Sobre la Inspección del Trabajo”, adoptado en la XXX Conferencia, en 1947 y ratificado por Costa Rica en 1960, relativo a la industria y al comercio. Según este convenio todo miembro de la organización que le tenga en vigencia, debe mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos de estas actividades y los inspectores que laboren para este sistema, deben velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores.

2. Convenio núm. 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Sobre la Inspección del Trabajo en la Agricultura”, adoptado en la LIII Conferencia, en 1969 y ratificado por Costa Rica en 1972, relativo a la agricultura. Según este Convenio todo miembro de la organización que le tenga en vigencia, debe mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura.

3. Convenio núm. 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas, entró en vigencia en Costa Rica en 1985. Establece que los Estados deben contar con una política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad. Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las personas con discapacidad y a promover oportunidades de empleo para ellas en el mercado regular del empleo.

4. Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, N° 1860 del 21 de abril de 1955, reformada por las Leyes N° 3095 de febrero de 1963, N° 4076 de 6 de febrero de 1968 y N° 4179 de 22 de agosto de 1968. Según esta Ley,

la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo es un órgano técnico del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuyo propósito es "...asegurar, súper vigilar y fiscalizar el cumplimiento de la legislación del trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión; asimismo, asesora y ayuda a los empleadores y trabajadores para mejor observancia de la ley". El Capítulo Quinto se refiere a la Inspección de Trabajo. Además, el artículo 4° le da fundamento a la desconcentración aplicada en este Manual.

5. Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978, especialmente los artículos del 83 al 90 relativos a la desconcentración, los cambios de competencia en general y la delegación.

6. Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, Ley N° 8220 del 4 de marzo de 2002 tiene como propósito simplificar los trámites y requisitos establecidos por la Administración Pública frente a los ciudadanos, y garantizar el derecho de petición y respuesta, así como el libre acceso a los departamentos públicos.

7. Reglamento de Reorganización y Regionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Decreto Ejecutivo N° 1508-TBS del 16 de febrero de 1971, especialmente el Título IX de la Descentralización y la Desconcentración en el MTSS, artículos del 74 al 81.

8. Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo, Decreto N° 28578, publicado en el Alcance N° 28 a La Gaceta N° 76 del 18 de abril del 2000, que define tanto las funciones, competencias y atribuciones como la estructura organizativa de la Inspección de Trabajo.

9. Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo núm. 20, 81 y 82 sobre la Inspección de Trabajo, que señalan recomendaciones relativas al objeto, funciones, poderes, organización y tipos de inspección, así como a materia de salud ocupacional y el tripartismo.

Sin perjuicio de la demás normativa conexa interna, emitida por el país, dentro de su soberanía (tales como reglamentos, manuales, circulares, memorandos, oficios y otros instrumentos, que son parte del complemento, para la marcha de la Inspección de Trabajo y que, a partir de la entrada en vigor de la Reforma Procesal Laboral, se han venido a posicionar).

V. Competencia Funcional de la Inspección de Trabajo

Desde el año de 1943, fecha en que se emitió el Código de Trabajo, se declaró la materia laboral, como ley de orden público, debiendo la inspección de trabajo, funcionar apegada a este principio, siendo competente para sujetar a todas las empresas, explotaciones o establecimientos de cualquier naturaleza que sea, públicos o privados, existentes o que en lo futuro se establezcan en Costa Rica, a la normativa vigente, bajo el principio de seguridad jurídica. En igual sentido, están sujetos todos los habitantes, sin distinción alguna.

VI. Modalidades de actuación y detección de la Infraccionalidad.

Como se refirió al inicio del presente aporte, es innegable, que una de las tareas de los Estados -a nivel mundial- estriba en la vigilancia del cumplimiento de las leyes y, en caso necesario, forzar al mismo a sus habitantes, ante una eventual intención de trasgresión.

Al sistema inspectivo nacional, se le confirió la potestad de detectar la Infraccionalidad, bajo tres tipos de actuación: a) a petición de parte o denuncia: referida a la acción inspectiva que se origina en una denuncia del administrado, interpuesta ante la Inspección de Trabajo, que sirve de base para la actuación; b) oficiosa: entendida como la acción que se origina en la iniciativa planificada de la Inspección de Trabajo y que procura identificar sectores o zonas con alta incidencia de infraccionalidad laboral; c) focalizada: se trata de inspecciones que se orientan a detectar las infracciones laborales, previamente determinadas a través de estudios de vulnerabilidad, según los criterios o prioridades previamente establecidos. Siendo muy importante la coordinación entre autoridades institucionales tanto a lo interno como a lo externo. Estas modalidades, a raíz de la pandemia Covid-19, se han posicionado, bajo el sistema virtual, dentro de reglas concisas y precisas, a tono con la nueva realidad social y judicial, con base en el desarrollo de las diversas tecnologías y comunicaciones, oportunas y fiables, que se han dado, como parte de las políticas disruptivas y resilientes del país, en la subsistencia del trabajo.

Una infracción a las leyes de trabajo conlleva un procedimiento que debe ser llevado ante los tribunales de trabajo, por cuanto, la Inspección de Trabajo, costarricense a diferencia de la mayoría de américa, no tiene posibilidades de poner dentro de su misma sede, una sanción administrativa.

De conformidad, con el anuario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a continuación, se señalan las infracciones más frecuentes

(destacando los comprobantes de pago, estipulados en el convenio 95 de la OIT), en los últimos años, del presente siglo:

COSTA RICA, MTSS: Porcentaje de infracciones laborales más frecuentes encontradas en las visitas inspectivas iniciales, 2017-2020

Infracción	2017	2018	2019	2020
SALARIO MÍNIMO				
Salario mínimo	18,3	16,1	12,9	10,8
Comprobante de pago	24,8	28,4	22,7	18,2
Jornadas (Horas extras)	12,9	13,3	9,4	7,5
ASEGURAMIENTO				
Aseguramiento con CCSS	17,0	21,3	17,3	13,2
Reporte incompleto a la CCSS	5,5	4,0	3,6	4,0
Riesgos del trabajo	2,7	19,4	16,5	12,1
SALUD OCUPACIONAL				
Extintor de incendios	5,3	12,3	10,6	9,4
Botiquín de emergencias	7,7	16,6	16,5	14,9
Otras salud ocupacional	1,8	4,1	3,0	3,7
OTROS DERECHOS				
Descanso semanal	2,1	2,8	2,2	1,9
Días feriados	2,8	2,9	2,0	1,9
Hostigamiento sexual (no existe procedimiento o divulgación)	7,7	16,6	13,9	8,8
Obligaciones y prohibiciones patronales	6,4	16,5	15,3	16,5

Nota: En una misma visita, pueden detectarse una o más infracciones laborales, por lo que los porcentajes no son agregables.

VII. Etapa de fiscalización.

Entonces como se refirió anteriormente dentro del actual procedimiento sancionador por infraccionalidad laboral, la administración laboral no tiene facultad para imponer las sanciones, sino que debe levantar una acta de inspección y prevención (con ocasión de la primera visita al centro de trabajo), con el fin de dar un plazo prudencial de respiro o llamado también misé en demuere, para que se corrijan las faltas y una vez cumplido el mismo (en visita de revisión) y sin que se hubieren corregido las faltas, se procede a realizar la acusación ante los tribunales ordinarios laborales, conforme al procedimiento por infraccionalidad laboral, estipulado en los artículos 396 y 669 y siguientes y concordantes del CT. (Briones, Revista Judicial, no. 101, 2011: p.39).

1. Visita de inspección

Dentro de la primera parte del procedimiento se hará una visita al centro de trabajo, en donde después de la identificación del funcionario, hará una entrevista patronal, en la cual se le informa a este o su representante, el objetivo de la visita y se le pide la documentación pertinente. En un segundo momento se hará la entrevista individual con los trabajadores, la cual puede ser sola o en presencia de testigos, de conformidad con los Convenios Internacionales de la OIT y donde se incluye además un recorrido general para observar lo concerniente a salud ocupacional y medidas de seguridad, en el cual se desarrollan las labores. Estos dos momentos darán a los inspectores los elementos necesarios para determinar la existencia o no, de infracciones. En caso de comprobarse la existencia de una falta, se confecciona un Acta de Inspección y Prevención, en la cual se enumera cada infracción, junto con la normativa legal que la sustenta. Pudiéndose a criterio del inspector conferir un tiempo prudencial (hasta 30 días), o bien, un cumplimiento inmediato, para que el patrono corrija las situaciones anómalas:

Al finalizar la visita de inspección, el inspector de trabajo confecciona un acta de inspección y prevención cuando encuentra infracciones a la normativa laboral. Los términos de la prevención están definidos por los artículos 17 y 18 de los Convenios números 81 y 129 de la OIT, respectivamente, y por el artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, en concordancia con el artículo 73 del Reglamento 26831 MP. El acta se le notifica al patrono in situ, siempre que ello sea posible y dentro de un plazo prudencial, luego de concluida la visita inspectiva. En caso de dificultad para notificarla se aplica lo que dispone la Ley de Notificaciones, en ella se le indica el tipo de infracción, con la normativa respectiva, el número total de trabajadores y el nombre de los trabajadores afectados, las medidas necesarias para ponerse a derecho y el plazo para hacerlo. Este último plazo, según el tipo de infracción de que se trate, puede ser de acatamiento inmediato o extenderse hasta un máximo de treinta días (Punto 2.2.1.6 del Manual de Procedimientos de Inspección de Trabajo).

No obstante, puede el patrono, a pesar del plazo conferido y siempre y cuando esté dispuesto a cumplir con lo prevenido, solicitar a la Jefatura Regional, una prórroga dentro del término otorgado por la persona Inspectora de Trabajo. Para lo cual la jefatura tomará en cuenta el tipo de infraccionalidad y el criterio que externe el funcionario que lleva el caso. O bien, proceder a interponer recurso de revisión ante la jefatura de la persona inspectora que previno, con el fin de que sea analizada su actuación, lo cual se deberá resolver por parte de la jefatura, con asesoría del Departamento Legal.

Pudiéndose de manera precautoria realizar el cierre del establecimiento o paralización de las labores, en caso de no contarse con la suscripción de la póliza de riesgos del trabajo, conforme al artículo 203 del Código de Trabajo, el cual indica:

Los inspectores, con autoridad, de las municipalidades, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Instituto Nacional de Seguros, sin ningún trámite especial, previa constatación de que un trabajo se realiza sin la existencia del seguro contra riesgos del trabajo, podrá ordenar su paralización y cierre, conforme lo disponga el reglamento respectivo.

Disponiendo la Reglamentación respectiva:

La ausencia del seguro de riesgo del trabajo faculta a los inspectores con autoridad, de las municipalidades, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e Instituto Nacional de Seguros, para ordenar la paralización de labores o el cierre del establecimiento de que se trate. A este efecto, deberá tenerse en cuenta la naturaleza de los trabajos y el mayor o menor grado de riesgo de los mismos, así como los antecedentes del patrono, sea persona física o jurídica (Art. 7 Decreto no. 13466-TSS).

Toda resolución que ordene la paralización se firmará por parte del Inspector y su Jefatura, la cual se notificará al momento del cierre.

2. Visita de revisión

Una vez resuelto el recurso de revisión y vencido el término concedido, se procede con la visita de revisión. En esta etapa, se debe realizar nuevamente la entrevista con la parte trabajadora como la patronal, con el fin de comprobar el cumplimiento de lo prevenido en la primera fase inspectiva. Concluyendo con un acta que lleva la misma denominación (acta de revisión), la cual debe ser notificada a las mismas personas que se previnieron. En caso de cumplimiento patronal, se procede al cierre del ciclo inspectivo, con la frase “cumplió” o “sin efecto”, en caso de considerarse conveniente por alguna situación propia del caso.

Ante un incumplimiento se confecciona ante la respectiva jefatura, un informe para acusación ante tribunales de trabajo, el cual sirve de base para preparar la misma, por lo cual debe contener además de las calidades de las partes, detalle de las infracciones, con el aporte de toda la prueba recabada, con el fin de sustentar la acusación, ante la sede judicial.

VIII. Los distintos procedimientos

1. Modalidades del ciclo inspectivo: violación de fueros laborales

Los procedimientos que se tratarán de una manera general, en el presente aparte, conllevan el desarrollo del anterior ciclo inspectivo ordinario explicado, dentro de todas sus fases previstas. En estos se incluyen las situaciones que gozan de fueros laborales.

En Costa Rica, existen a nivel laboral, ciertas situaciones que al ordenamiento jurídico le ha interesado privilegiar, bajo supuestos que provocan un trato diferenciador dentro de la relación laboral. Se considera que esta diferencia se plasmó ya dentro del mismo Código de Trabajo y sus leyes conexas, resguardo hacia las mujeres embarazadas y lactantes; de las personas miembros de las Juntas Directivas de un sindicato; de las personas denunciantes de acoso sexual; de los menores de edad, entre otros.

1.1. Despido ilegal de trabajadora embarazada o en período de lactancia

El hecho de ostentar un embarazo o encontrarse en lactancia, no significa que no se pueda despedir justificadamente a una mujer, lo que no se puede hacer legalmente es despedirla, sin obtener de previo la autorización por parte de la Inspección de Trabajo. Si no se cumple con dicho presupuesto legal, se comete una violación a la ley laboral, conllevando además de la indemnización correspondiente -dentro de la esfera judicial- a la imposición de una multa, conforme a las disposiciones del artículo 396 y siguientes del Código de Trabajo.

Es precisamente durante el despido, sin cumplir con lo encomendado por la ley (autorización previa, a pesar que exista causa justa), que la Inspección de Trabajo, interviene en protección a la disposición legal.

Señala el artículo 94 del Código de Trabajo que, para gozar de la protección, la trabajadora debe dar aviso de su estado al empleador, aportando certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Establecido esto y recibida la denuncia, a la cual se le debe acompañar el referido certificado (bajo prevención), salvo que el embarazo sea notorio, se nombra a la persona inspectora (previa valoración del caso y las calidades de las partes), para que en visita al centro de trabajo, determine la infracción y otorgue dos días para revertir dicho despido (mediante acta de inspección y prevención). Pasado el plazo otorgado o resuelto el recurso de revisión en caso de haberse interpuesto ante la Jefatura respectiva, procede a revisar, si la trabajadora se encuentra en su trabajo, con el pago completo del salario no disfrutado; siendo que ante esta situación procede a archivar el caso (estipulándose en el acta de revisión, el cumplimiento). A contrario sensu, ante la verificación de incumplimiento, se procede a realizar las diligencias respectivas, para acusar, ante los tribunales de justicia.

Puede suceder que el patrono quiera restituir a su puesto a la trabajadora, pero ella no desee reintegrarse, en este caso para efectos del ciclo inspectivo, el patrono cumplió con lo prevenido, por lo que procede a cerrar el caso; no, sin antes, asesorar a la trabajadora sobre sus derechos y sobre la posibilidad de acudir a la sede judicial, sirviéndole de prueba la actuación inspectiva.

Ahora bien, por ley se le delegó a la Inspección de Trabajo, autorizar o no, una gestión para despedir a una mujer embarazada o lactante, sin hacerse discriminación o diferencia alguna, cuando la misma sea del sector público o privado (al respecto, puede consultarse la Revista Iustitia no. 287-288, año 2010: “La competencia de la Inspección de Trabajo en el sector público. Sala Cuarta vs Sala Segunda”, San José, Costa Rica). A pesar, de lo anterior y bajo los principios de legalidad, debido proceso, estabilidad laboral absoluta y transparencia que rigen en el sector público, sea por mandato legal o convencional, no es lo mismo despedir a una persona del sector público, que del privado (por lo que para este sector se debe llevar a cabo, el procedimiento del punto 3 del manual en comentario). En este sentido y en lo que es rescatable el voto constitucional no. 780-1998, ha indicado que en el sector público y a diferencia del privado, un trabajador en general goza de: “estabilidad del vínculo de trabajo, derivado de la propia Constitución Política de Costa Rica (artículo 192), mientras que en el caso de la fuerza laboral privada el patrono es libre de prescindir de los servicios de sus empleados, siempre y cuando le resarza los montos correspondientes a esa causa de finalización del contrato”. Bajo este entendido, es que el Manual en comentario, le garantiza a la trabajadora del sector público, tres aspectos puntuales:

1) la existencia de un efectivo cumplimiento del procedimiento interno institucional; 2) que no existan conductas discriminatorias; y 3) despido por causa objetiva. Siendo que -un primer momento- no es necesario ventilar en comparecencia el caso, como sucede para las autorizaciones

provenientes del sector privado. Así las cosas, ante toda autorización de despido gestionada por el sector público, se le aplican los mismos requerimientos mínimos que toda solicitud debe llevar. Una vez cumplidos, la Jefatura Regional traslada la documentación completa ante el asesor legal a efecto de que revise detalladamente el expediente administrativo relacionado con la solicitud. La persona asesora legal del Departamento Legal verificará, los presupuestos necesarios para determinar que el mismo se encuentre ajustado a derecho y brindará la recomendación necesaria al respecto. En caso de que el procedimiento se encuentre ajustado a derecho, se procede a la autorización de la gestión mediante resolución final (ver el manual en su apartado 3.2).

1.2. Despido ilegal del trabajador adolescente

Al gozar los menores trabajadores de 15 años hasta llegar a los 18 años, del mismo fuero que las mujeres en estado de embarazo y lactancia, con la excepción que se dirá, es que se aplica el anterior ciclo inspectivo supra señalado. Debiéndose aportar la certificación de nacimiento o cédula de minoridad de edad. Dentro de las situaciones con fuero, destacan los artículos 90 y 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que al efecto disponen:

ARTÍCULO 90.- Notificación de despido: El patrono deberá notificar el despido con responsabilidad patronal de una persona adolescente trabajadora a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dentro del plazo del preaviso, con el fin de que le brinde a la afectada el asesoramiento necesario acerca de los derechos indemnizatorios originados en el despido.

ARTÍCULO 91.-Despido con justa causa: Antes de despedir por justa causa a una persona adolescente trabajadora, el patrono deberá gestionar la autorización ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo su autorización, ofreciendo las pruebas que estime pertinentes. Esta Oficina verificará la existencia de la causal alegada, en el plazo máximo de ocho días hábiles. Para ello, deberá escuchar a la persona adolescente y recibir la prueba que se considere necesaria. Si la Dirección desautoriza el despido, el patrono

podrá apelar de la resolución para ante el Tribunal Superior de Trabajo. Mientras el asunto se resuelve en vía judicial, el despido no podrá ser ejecutado. El incumplimiento de esta disposición hará incurrir al patrono en responsabilidad y la persona menor de edad podrá solicitar la satisfacción de sus derechos indemnizatorios o la reinstalación.

A diferencia de la mujer en estado de embarazo o lactancia, sí se permite el despido de los menores de edad, aun cuando no exista causa justa para ello, pero siempre y cuando sea con responsabilidad patronal y previo aviso a la Inspección de Trabajo, para su asesoramiento sobre sus derechos indemnizatorios, junto con la debida comunicación a la Dirección de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, a fin de que el menor reciba orientación y ayuda social.

Asimismo, de conformidad con el presupuesto último del artículo 91 del código mencionado, amén de la responsabilidad pecuniaria en que incurre el patrono en referencia al menor, hay una transgresión al ordenamiento jurídico, sancionado con la multa respectiva, conforme al del Código de Trabajo.

1.3. Denuncia por hostigamiento laboral

De conformidad con la doctrina, se entiende por hostigamiento laboral o acoso laboral:

(...) actitudes hostiles, frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo, dirigidas a una misma persona. Se ha conceptualizado también como el conjunto de acciones sistemáticamente realizadas, con manifiesta intención de afectar el bienestar del trabajador y enfocadas sobre un individuo o grupo de individuos en la organización a fin de ocasionar molestia (Briones, Revista Iustitia, no. 245-246, 2007: p:20).

Como se aprecia son conductas que atentan en contra de los principios generales del derecho laboral, que deben estar presentes en toda relación laboral, como la buena fe, lealtad, honradez, proactividad, empatía, buena disposición y comunicación oportuna. Algunas de sus manifestaciones son: *ataque hacia la víctima en forma continua y durante un lapso importante; *

Posición de poder (sin que sea determinante, pues el acosador puede ser inferior jerárquicamente), sea por género, sea a nivel profesional, puesto de trabajo, por categoría laboral, por ideologías, por edad; pudiendo ser una o más personas; * Desgaste psicológico a la víctima, hasta conseguir que se auto excluya. La persona va deteriorándose profesionalmente y psicológicamente hasta perder su capacidad de autoestima, luego cae en la depresión y otros trastornos como irritabilidad, fatiga crónica, el insomnio, el estrés, la ansiedad, cambios de personalidad, dolores musculares entre otros; * Omisión de no asignarle ninguna tarea a la víctima dentro de su trabajo o el darle tareas sin sentido, asignarle tareas por debajo de sus habilidades; * Violencia física a la víctima, rumores, agresión verbal, los ataques sobre las actitudes personales; * Exclusión de posibilidades de ascenso dentro del centro de trabajo (congelamiento profesional).

Sabido esto, se debe indicar que conforme al Manual (a pesar que actualmente no existe un instrumento legal, que vaya acorde con el convenio 190 de la OIT), la modalidad de atención que se aplica a la denuncia, es igual del ciclo inspectivo ordinario estudiado, por lo que deben agotarse todas y cada una de las etapas procedimentales indicadas para dicho ciclo.

Ya dentro del desarrollo del ciclo se pueden dar dos situaciones, que el patrono (privado o público) tenga procedimiento interno para tramitar la denuncia, por lo que en este caso, se previene para su aplicación y se corrobora posteriormente el cumplimiento, o bien, que no exista procedimiento por lo que en este caso la Inspección de Trabajo, asume y lleva a cabo un procedimiento especial, con base en el capítulo tercero, el cual consiste básicamente en una comparecencia con las partes, para la recepción probatoria, valoración y emisión de resolución, que en caso que se constate violación, se pasa a realizar la respectiva denuncia ante los tribunales de justicia.

1.4. Denuncia por hostigamiento sexual

En el país, existe regulación específica con respecto al acoso sexual, para lo cual desde el año 1995, se emitió la ley no. 7476, la cual fue remozada en el año 2010 (mediante ley no. 8505), con reglas más acordes a la realidad que se enfrenta; esto con base en la experiencia que se obtuvo a través de quince años de vigencia del instituto.

Dispone el Manual, que acoso sexual, se considera:

(...) toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos: a) Condiciones materiales de empleo o de docencia; b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo; c) Estado general de bienestar personal (punto 2.7.1).

También se considera como tal la conducta grave, que habiendo ocurrido “una sola vez”, perjudique a la víctima en cualquiera de las anteriores situaciones, conforme al artículo 3 de la ley no. 7476.

En cuanto al procedimiento, el mismo es el indicado por el ordinario inspectivo, debiendo el Inspector de Trabajo, verificar la existencia o no de procedimiento interno. Encontrándose que existe, el funcionario previene al patrono mediante acta de inspección y prevención, para que se aplique el procedimiento interno establecido por la empresa, consignándose expresamente “la prohibición de despido”, de conformidad con lo preceptuado por la ley.

Cumplido el plazo otorgado, se apersona al centro de trabajo, la autoridad nombrada, a fin de verificar si la empresa ha atendido la reclamación de la presunta víctima. En caso de incumplimiento, elabora un informe dirigido al Jefe Regional, a fin de que éste proceda a presentar la denuncia ante los tribunales competentes y asesorando a la persona denunciante para que acuda a la vía judicial, planteando la demanda correspondiente en derecho.

1.5. Certificación de cumplimiento de la legislación laboral o constancia del no registro de denuncias dentro del sistema.

Si bien la certificación de cumplimiento no es una denuncia como las anteriormente mencionadas, se incluyó dentro del aparte inspectivo ordinario, por conllevar para su emisión un ciclo inspectivo en la mayoría de los casos.

El objeto consiste en extender a petición de parte, en un primer momento una certificación de cumplimiento de la legislación laboral en determinado centro de trabajo, con el fin de que pueda utilizarse para los fines legales en que se soliciten (v.gr, seguridad privada, transporte público, etc.). Una vez valorados los requisitos y cumplidos los mismos, se procede de la siguiente manera: Se visita -dentro de los quince días posteriores a la asignación- el centro de trabajo, realizándose un ciclo inspectivo ordinario. En caso de no encontrarse infracciones, se emite la certificación en tal sentido, sujeta a la competencia territorial de la Regional.

Ahora bien, existe también la posibilidad, con base en el Sistema de Inspección Laboral y Administración de Casos (SILAC) que lleva la Inspección de Trabajo, que se emita una constancia en donde se indique la existencia o no de denuncia administrativa, ciclo inspectivo pendiente o denuncia judicial, con vigencia de un mes. Sin embargo, se concede la posibilidad de que el patrono opte por acudir a la vía notarial, para que se le elabore una declaración jurada, que pueda ser utilizada en el trámite que necesite.

2. Procedimientos especiales, dentro del ámbito administrativo

Se entiende dentro de estos procedimientos -que se van a tratar- que los mismos no llevan ciclo inspectivo ordinario, sino que son una modalidad de investigación administrativa (diferida del procedimiento general que establece la Ley General de la Administración Pública) basados sobre la consideración del voto constitucional no. 4298-97.

Los cuales, si bien son sumarios, ello no obsta para que no se deba resguardar las garantías básicas del precepto constitucional al debido proceso.

Los casos que conllevan este procedimiento especial, corresponden a aquellos en que por ley, deba gestionarse autorizaciones ante la Inspección de Trabajo: a) Gestión de autorización de despido de trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia; b) Gestión de autorización de despido de trabajador adolescente; c) Gestión de autorización de despido para el trabajador denunciante del hostigamiento sexual; d) Casos de denuncias por hostigamiento sexual y laboral, cuando en la empresa exista solo una persona trabajadora, haya de por medio una relación de empleo doméstico, o la empresa no cuente con procedimiento interno; e); Suspensión temporal de contratos de trabajo.

2.1 Del procedimiento en sí

A partir del voto constitucional en referencia, se ideó un procedimiento para el tratamiento de casos especiales con fuero de por medio, basado en un contexto de legalidad que no sobrepase -deseablemente- más allá de los dos meses desde que se presenta la gestión. Estipulándose en el Manual, que toda solicitud de autorización, debe contener la información general de las partes, fundamento fáctico (de manera concreta, concisa y clara), material probatorio y el medio para recibir notificaciones.

Una vez realizada en forma la solicitud y valorada por la jefatura que esté correcta, se va a citar a comparecencia, la que se registrará por ciertos presupuestos primordiales -al estarse ante casos especiales en donde existe por lo general un fuero- entre los que destacan (conforme al punto 3.1.2.b): a) prioridad, entendido como el tratamiento predominante de la denuncia previa, por encima de gestión posterior; b) suspensión, entendida hacia el trabajador, pero con goce salarial y debiendo la jefatura inspectiva, valorar la conveniencia de decretarla, con el fin de que el trabajador no interfiera con la investigación o pueda dar al traste con los intereses patronales;

c) acompañamiento, las personas menores de edad o con fuero de protección por hostigamiento sexual, se podrán hacer acompañar de una persona de su confianza, a fin de que le proporcione el apoyo emocional o psicológico necesario, durante las diversas fases del procedimiento.

Dentro de la comparecencia la misma se desarrolla de manera oral y privada, la cual es dirigida por el órgano investigador (constituido por inspectores de trabajo) con el objetivo fundamental de evacuar el material probatorio, debiendo cumplirse las etapas procesales indicadas en el punto 3.1.2 incisos f al m, del manual en mención.

Una vez terminada la etapa de evacuación de la prueba, se le indica a las partes que presenten sus alegatos y conclusiones, pudiendo hacerlo en el acto o por escrito en un plazo de 24 horas, de lo cual quedara constancia en el acta. Superada esta etapa, el órgano investigador, elabora ante la jefatura que corresponda un informe razonado, emitiendo su criterio técnico sobre el resultado de la investigación, para que el jefe competente por medio del Departamento Legal, emita la resolución final. Siendo que la misma es con carácter final, sin que quepa ningún recurso, por cuanto se deriva la posibilidad para las partes -dentro del ordenamiento jurídico- de acudir a la vía judicial, mediante la interposición de las acciones que estimen pertinentes, en el ejercicio de su derecho de defensa, según voto Constitucional no. 1227-2002 (Libro Manual...Briones, 2007: p. 101).

2.2 Directriz no. 00557-17 y su adenda, con base en la Reforma Procesal Laboral

Con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral y siendo que esta le confirió nuevas funciones a la Inspección de Trabajo, es que se emitió la Directriz interna DNI-DR-00557-17, de fecha 13 de diciembre del año 2017 de manera provisional, hasta que entre en vigencia el reglamento respectivo, que venga a modificar y actualizar el actual manual de procedimientos, emitido por Directrices nos. DMT-017-2013 y DMT-014-2014.

La misma (Junto con una adición posterior, mediante Directriz no.2450-19) viene a regular los procedimientos para: a) la autorización del despido de las personas trabajadoras del artículo 367 del Código de Trabajo y cualquier otra disposición tutelar del fuero sindical en instituciones del Estado; b) los arreglos directos; c) el procedimiento para la gestión de ejecución de sentencia conforme al artículo 679 del Código de trabajo; d) junto con la actuación administrativa en referencia a los recursos de casación en interés del ordenamiento jurídico y el de revisión, en la sede judicial.

IX. Marco sancionador.

Esta fase está destinada bajo el presupuesto de que, una vez agotado el procedimiento explicado en sede administrativa, el jefe regional procede -por intermedio del Departamento Legal- a incoar la acusación ante la sede judicial, que conforme al artículo 431 del CT, es competente la autoridad judicial del domicilio del eventual infractor o en donde se hubiere dado la infracción. Se debe partir de la premisa que toda acción u omisión, conlleva su consecuencia, así toda infracción genera una sanción. Pudiendo conceptualizarse, a la infracción o falta, como una transgresión, incumplimiento o violación a una disposición de una obligación que conlleva como respuesta penas leves. Así el infractor es trasgresor, sea autor de la falta. Entonces, faltas o infracciones son aquellas acciones u omisiones (referidas al derecho laboral) que violan normas legales (en sentido amplio) que regulan las relaciones de trabajo.

Por su parte, la sanción implica la imposición de un mal por la transgresión de una norma. En lo administrativo puede conllevar a la extinción de un derecho (revocación de un acto favorable), o bien, a la indemnización (multa), mientras que en lo penal tiene el mismo antecedente genérico, solo que la conducta recae en un bien jurídico de mayor rango, por lo tanto, conlleva una sanción de mayor envergadura (confiscación de bienes y privación de libertad). En materia laboral, conjugando sendos, se puede afirmar, que se trata de aplicar sanciones a hechos sociales, relacionados con el trabajo.

En Costa Rica, no existe elevado al rango de delito, la materia laboral, sino que se consideran meras infracciones, sancionadas en sede judicial por un juez laboral, es entonces posible pensar, que el Bien Jurídico protegido por el Ius Puniendi dentro de la infraccionalidad laboral realmente no estriba en la protección personal del individuo como tal, sino en la fuerza del trabajo nacional como un todo -máximo en los actuales tiempos de globalización, en donde las barreras de desplazamiento interfronterizo, de espacio y tiempo, son cosas del pasado- con intereses difusos o colectivos que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social.

En suma en donde haya un interés estatal por el respeto de las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena (no propia) dentro del seno del proceso de producción de bienes y servicios, al que está obligada de conformidad con el artículo 56 de la Constitución Política, allí se encontrará el bien jurídico.

En cuanto al procedimiento, el mismo está regulado a través de 12 artículos (669-681 de la C.T), que presuponen un procedimiento expedito, que consta básicamente de una acusación, en donde se exonera de responsabilidad a las autoridades administrativas de trabajo, como lo es la Inspección de Trabajo, al estar obligadas a hacer de conocimiento de estas la “notitia criminis”, dentro del ejercicio de sus funciones, mediante el desarrollo del ciclo inspectivo. Posteriormente y en forma la misma, se dicta resolución judicial, en donde se intiman los hechos y se convoca de una vez a audiencia, fijándose hora y fecha.

Así convocada la audiencia, mediante una única resolución concentrada, en la primera fase, se procurará una solución conciliada, entre las partes, recordando, que la autoridad judicial debe velar porque se respeten los derechos que son irrenunciables o que el arreglo, no conlleve violación de disposiciones legales, con el fin de no incurrir en infraccionalidad laboral. Siendo que lo que acuerden las partes tiene efectos de cosa juzgada en sentido material y los mismos, no podrán invocarse nuevamente como causa de infracción, ya que pensar lo contrario, sería en

desapego a la legislación especial referida a la resolución alterna de conflictos, la cual señala precisamente dicho efecto:

ARTÍCULO 9.-Acuerdos judiciales y extrajudiciales: Los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata.

En caso de no proceder la conciliación o que las partes no se pongan de acuerdo, se continuará con la recepción de la prueba, debiéndose leer al acusado los cargos que se le imputan y oír sus argumentos. Si los acepta se dictará sentencia sin más trámite. En caso contrario, de seguido se le dará la palabra a las partes acusadora y acusada, y se recibirán las pruebas admitidas; finalmente, previo alegato de conclusiones se dictará y notificará la sentencia, en la forma y los términos previstos para el acto de la audiencia del proceso ordinario. Lo cual, significa que la autoridad judicial, va a poder dictar la parte dispositiva de la sentencia de inmediato de forma oral, debiendo señalarse, en ese mismo acto, la hora y fecha, dentro de los 5 días siguientes, para la incorporación al expediente y entrega a las partes del texto integral del fallo, el cual será escrito. No obstante, en procesos complejos o con abundante prueba podrá postergarse por ese mismo lapso, improrrogablemente, el dictado completo de la sentencia, incluida su parte dispositiva (arts. 518, 520 y concordantes de la C.T). Pudiendo cuando todas las partes se manifiesten satisfechas con la sentencia en su parte dispositiva, relevar al juzgado de la redacción de los otros presupuestos, de lo cual deberá dejarse constancia, de forma expresa.

En este proceso solo son apelables -fuera de la sentencia- las resoluciones que ordenen un rechazo de plano o archivo del expediente y las que denieguen pruebas o nulidades pedidas, pero en estos 2 últimos supuestos se tendrán como reservadas, es decir, diferidas para ser conocidas en otra etapa y por otra autoridad, para evitar la paralización del transcurso normal del procedimiento.

La apelación se hace ante el tribunal de apelaciones de trabajo, debiendo el mismo revisar la admisibilidad e integralmente la sentencia, a cuyo efecto las partes podrán ofrecer las pruebas de su interés, las cuales se restringirán a los temas que son materia o contenido de agravios invocados en el recurso. Cuando proceda se evacuarán en audiencia. La sentencia de segunda instancia se dictará en la misma forma y los términos previstos para la sentencia del proceso ordinario, con base en el artículo 678 del CT.

Finalmente se viene a estipular que toda sentencia firme, que se dicte en materia de faltas o infracciones deberá ser remitida, obligatoriamente, por medios electrónicos y en un plazo de 15 días, a la Inspección General de Trabajo y también a la respectiva institución de seguridad social, cuando verse sobre infracciones a las leyes sobre los seguros que administra, salvo que haya figurado como parte en el proceso.

X La inspección de Trabajo, en pandemia y sus retos post pandemia, Covid-19.

Llegados a esta etapa y habiendo realizado un recorrido breve sobre el nacimiento, competencias y procedimientos inspectivos, como parte de la potestad de imperio estatal, se debe saber que el 6 de marzo del año 2020, el gobierno de Costa Rica, anunció oficialmente el primer caso detectado en el país de Covid-19, lo cual provocó la emisión del decreto no. 42227-MP-S, el cual declaró estado de emergencia sanitaria, dentro de todo el territorio. Esta es una potestad, que ha sido avalada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha tocado, atender alguna emergencia nacional, consistente en:

“una autorización implícita para el Poder Ejecutivo de dictar decretos de emergencia, que le permiten ajustar la normatividad vigente a las condiciones excepcionales, como herramienta para combatir los efectos de la emergencia” (voto no. 8675-2005, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Dentro del ámbito laboral, esto ha venido a provocar la existencia de diversos instrumentos jurídicos, con el fin de mantener el empleo, tanto para el sector privado como público, dentro de una población activa laboralmente de aproximadamente 2,200.000 de personas, con una población de algo más de 5 millones de habitantes, delegándose el control y aprobación a la Inspección de Trabajo. Así para el sector privado: 1) Decreto no. 42248-MTSS “Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo” publicado el 20 de marzo del 2020 en el Alcance No. 53 a La Gaceta No.55; con el fin de aprobar la suspensión de contratos de trabajo. 2) Ley no. 9832, “Ley de Autorización de Reducción de Jornadas ante la Declaratoria de Emergencia Nacional” (publicada en el Alcance no 56 a la Gaceta no. 58 del 23 de marzo del 2020 y su adición por 3 meses más, mediante Ley no.9937, destinada para los patronos que demuestren que aún son golpeados económicamente por la pandemia, ante el ente administrativo laboral; 3) Ley no. 9839, publicada en el alcance no.74, Gaceta no.70, de fecha 4 de abril de los corrientes), en donde se entrega el Fondo de Capitalización Laboral, a los trabajadores afectados por crisis económica, cuando su jornada haya sido legalmente reducida o cuando hayan sido suspendidos sus contratos de trabajo, además de los presupuestos que ya existían por ley de protección al trabajador y que para este año 2021, más de 90 mil trabajadores, cumplen el quinquenio, de estos, más del 70%, corresponden al sector público.

Esto vino acompañado del Bono Proteger, como esfuerzo que hizo la administración del presidente, Carlos Alvarado Quesada, para más de 650.000 gestionantes y en donde el Ministerio de Trabajo, ha sido el ente contralor, junto con el Instituto Mixto de Ayuda Social.

Definitivamente la crisis que ha traído el Covid-19, ha significado en el campo laboral, la caída de principios y conceptos, que se practicaban y enseñaban antes de la pandemia. Esto además, ha venido a propiciar que la Inspección de Trabajo, tuviera que acomodarse, dentro de sus funciones, a cumplir con nuevas facultades a las que ya tenía, tales -entonces- como autorizaciones de suspensiones de contratos, dentro de procedimientos excepcionales y ad hoc; la aprobación de ius variandi patronal, en cuanto a reducciones de jornadas y salarios; junto con la supervisión de estos instrumentos, con el fin de evitar que en la práctica, se utilizarán los mismo en fraude de la ley y por ende no solo en perjuicio de la persona trabajadora, sino del mismo Estado.

Pero, además, se presenta un nuevo reto -una vez que el mundo supere la pandemia- y es precisamente, el repensar como Inspección de Trabajo, en introducir nuevos paradigmas de actuación, que vengan acompañados de las tecnologías de la información y comunicación, con componentes específicos referidos a la equidad de género y la protección en el campo de la salud ocupacional. Esto en vista que la pandemia, ha enseñado que la virtualización, el teletrabajo, las plataformas de servicios y otras formas alternativas que se han posicionado de cara a la nueva realidad, llegaron para quedarse y hay que hacerles frente, a través de nuevos medios de actuación.

Pero como se ha referido a través del presente estudio, en el caso de C.R, no está facultada la Inspección de Trabajo, a imponer sanciones dentro de su sede administrativa sino que depende de la instancia judicial, para hacer cumplir efectivamente su trabajo, lo que diluye una actuación oportuna y de cumplimiento constrictivo administrativo, por parte del infractor. Máxime en los tiempos de post pandemia, en donde se va a tener que revisar las actuaciones patronales, en pro del trabajo decente y que no se haya valido la parte patronal, precisamente de la crisis pandémica, para incumplir, con las regulaciones normativas.

De allí que no haya justificación para seguir con un procedimiento que data de ya casi ochenta años y que hoy, es necesario modificar, de cara a lo que estipulan los convenios de gobernanza de la Organización Internacional del Trabajo, como lo son los nos. 81 y 129 y los compromisos adquiridos, como miembros de la OCDE.

Ahora bien, este desarrollo excepcional, dentro de las relaciones laborales, que se ha vivido mundialmente, debe servir para ir enmendando las falencias que se encuentren, con resiliencia y buen tino para el área laboral/económica; se debe dejar de pensar, en la concepción tradicional y por el contrario, lanzar nuevos paradigmas (regulación de las plataformas de servicios, los freelance o autónomos, el gig economy o trabajos esporádicos, con deslocalización y flexibilización, etc.), como, por ejemplo, cambios de jornadas, pero, en vez de aumentarlas, tenderlas a bajar, ya que las nuevas tecnologías de información y comunicación, permiten el trabajo no presencial por objetivos, dentro de ciclos circadianos, conforme a las necesidades de cada quien. Aunado a ello, es recomendable que vengan aparejados cambios en el control

Un reto grande, llevamos los que de una u otra manera, somos parte de las mismas. Conjurando eso sí, ante estas nuevas realidades sociales, la precariedad laboral y recordando, lo que dijo el ex ministro de trabajo, Francés, Viviani: “las relaciones laborales, son lo que son los inspectores de trabajo”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

Briones Briones, E. (2008). Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo. Comentado y con Legislación conexas. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Primera edición. Pp.357.

Briones Briones, E. (2015). Procedimientos Laborales de la Inspección de Trabajo (Con las directrices unificadas). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Primera edición. Pp.196.

Briones Briones, E. (2016). Hacia un Cambio de Paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infraccionalidad Laboral (versión electrónica). Editorial Master Lex. San José, Costa Rica. Pp. 529.

Briones Briones, E. (2016) Infracciones Laborales. Conforme a la Reforma Procesal Laboral, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica. Pp.131.

Briones Briones, E. (2017) Manual Práctico Empresarial de Relaciones Laborales, con la Reforma Procesal Laboral. En conmemoración al setenta y cinco aniversario del Código de Trabajo, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica. Pp.469.

Briones Briones, E. (2018). Los Reglamentos del Ministerio de Trabajo, conforme a la Reforma Procesal Laboral. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Primera edición. Pp.101

Carretero Pérez, A. y Carretero Sánchez, A. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), (2a. ed.). 1995. Pp.289.

Castro Loría, J.C. (2006). Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales. Editorial Jurídica FPDP. San José, Costa Rica. Pp. 330.

Domínguez Vila, A. (1997). Constitución y Derecho Sancionador Administrativo. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Pp.382.

Hidalgo Cuadra, R. (2010). La sanción administrativa. Editorial Isolma, San José, Costa Rica. Pp. 153.

Nieto García, A. (1993). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Editorial Tecnos, (2a. ed.). Pp. 494.

REVISTAS CONSULTADAS

Prácticas laborales desleales. Procedimientos en sede administrativa (revista ivstitia no. 124-125, año 1997).

Diversos procedimientos laborales en sede administrativa (revista ivstitia no. 139-140, año1998).

Infracciones laborales. Procedimientos en sede administrativa (revista ivstitia no. 179-180, año2001).

Los procedimientos en la inspección de trabajo revista ivstitia no. 211-212, año 2004).

La prescripción en la infraccionalidad laboral (revista ivstitia no. 230-231, año 2006).

Eficacia de la autorización del despido de embarazada o lactante (revista ivstitia no. 263-264, año 2008).

Fueros laborales (revista ivstitia no. 271-272, año 2009).

La inspección de trabajo costarricense: el deber de tutelar imparcialmente (revista real card, Guatemala, no.3, año 2010).

La competencia de la inspección de trabajo en el sector público: sala segunda vs. Sala constitucional (revista ivstitia no. 287-288, año 2010).

Sistemas inspectivos de trabajo centroamericanos (revista judicial, no. 101, año 2011).

Sociedad, asociación y cooperativa. (revista de ciencias jurídicas, no. 18).

La experiencia laboral costarricense, para contrarrestar los efectos del coronavirus (Covid-19) (revista de ciencias jurídicas, no.154, año 2021). San José, Costa Rica.

TESIS CONSULTADAS

Gutiérrez Chacón, E. (1966). Tesis de incorporación para optar por el título de licenciado en leyes. Antecedentes históricos de los servicios de Inspección del Trabajo, su importancia actual. Setiembre. Pp. 98.

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

RESOLUCIONES NACIONALES

Sala Constitucional. Voto no. 4295 de las 15:36 hr, del 1 de septiembre del año 1993.

Sala Constitucional. Voto no. 0124 de las 15:51 hr, del 9 de enero del año 1996.

Sala Constitucional. Voto no. 4298 de las 16:45 hr, del 23 de julio del año 1997.

Sala Constitucional. Voto no. 0780 de las 16:45 hr, del 23 de julio del año 1998.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 hr, del 27 de marzo del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 hr, del 27 de marzo del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 hr, del 27 de marzo del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 hr, del 27 de marzo del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 2434 de las 15:26 hr, del 27 de marzo del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 8037 de las 14:42 hr, del 10 de agosto del año 2001.

Sala Constitucional. Voto no. 1227 de las 8:31 hr, del 8 de febrero del año 2002.

Sala Constitucional. voto no. 8675 de las 9:56 hr, del 1 de julio del año 2005

Sala Constitucional. Voto no. 10943 de las 16:29 hr, del 31 de julio del año 2007.

Sala Constitucional. Voto no. 9051 de las 9:57 hr, del 8 de julio del año 2011.

Sala Constitucional. Voto no. 4904 de las 09:05 hr, del 12 de abril del año 2013.

LEGISLACION

Código de Trabajo de Costa Rica. Administración R.A. CALDERON GUARDIA. Secretaria de Trabajo y Previsión Social. 26 de agosto de 1943. Imprenta Nacional, setiembre de 1943. San José pp. 159.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 29 de mayo del 2021, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el 28 de mayo del 2021, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

y fiscalización por parte de las autoridades laborales administrativas de las Inspecciones de Trabajo del mundo, mediante la emisión de protocolos, de cara a esta realidad social, junto con acuerdos entre patronos y trabajadores dentro de los contratos de teletrabajo, en donde se permita expresamente la labor inspectiva, debido a la inviolabilidad domiciliaria que existe a nivel constitucional en el caso nacional.

Es que no hay que retroceder a los tiempos de la revolución industrial del siglo XVIII, sino, adelantarse a la cuarta revolución industrial (4.0), al de la inteligencia artificial, la robótica, la nanotecnología, en pro del servicio a la humanidad, para contar con más tiempo para vivir felices y en una justa repartición de la riqueza y que más oportuno, es que las inspecciones de Iberoamérica, contribuyan con dicho cometido, dentro de la celebración del 200 aniversario de la independencia americana.

Régimen sancionatorio de la inspección de trabajo en costa rica (mise en de muere) (revista judicial, no. 101, año 2011).

El impacto de los principios generales dentro de la administración del trabajo (revista judicial no. 103, año 2012).

Un nuevo principio jurídico. Tutela cautelar inspectiva (revista judicial, no. 107, año 2013).

Un nuevo paradigma sobre las infracciones laborales (revista judicial, no. 116, año 2015).

Hacia la potestad sancionadora por parte de la potestad sancionadora por parte de la Inspección de Trabajo (Revista electrónica MasterLex.-com), mayo 2017. San José, Costa Rica.

Sentencias constitucionales (estructurales) en materia del trabajo y la seguridad social, en Costa Rica. (REVISTA OPUS MAGNA), marzo 2018. Guatemala, Centroamérica.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el 29 de mayo del 2021, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Decreto N° 42248-MTSS de fecha 19 de marzo del año 2020. Reforma Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo

Decreto N° 42522-MTSS de fecha 7 agosto del año 2020. Modificación y adición al Decreto no. 4228-MTSS: "Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo.

Decreto N° 42931-MTSS de fecha 12 de abril del año 2021. Modificación al Decreto Ejecutivo, no. 42248-MTSS "Reglamento para el procedimiento de suspensión temporal de contratos de trabajo en casos relacionados con los incisos a) y b) del artículo 74 del Código de Trabajo" del 19 de marzo de 2020.

Decreto no. 28578-MTSS publicado en el Alcance N° 28 de La Gaceta N° 76 del 18 de abril del 2000. Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección del Trabajo.

Directriz DNI-DR-00557-17. Directriz que regula los nuevos procedimientos de la Inspección, conforme a la Reforma Laboral, según Ley no. 9343.

Directriz no. 1677. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta No. 15 del 22 de enero del año 2001.

Directriz no. 23-2008. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta No. 166 del 28 agosto del año 2008.

Directriz no.2450-19, del 10 de octubre del año 2019.

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 21 de agosto del 2021, desde <http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>.

PROYECTOS DE LEY

No.19.130, Reforma a los “ARTÍCULOS 88, 92, 94 Y 139 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD Y PREVISIÓN SOCIAL NO. 1860 Y SUS REFORMAS, 116 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL NO. 7333, 101 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 564 AL 570, 601, 609 AL 617 DEL CÓDIGO DE TRABAJO, ASÍ COMO LA DEROGATORIA DEL INCISO F DEL ARTÍCULO 402 Y LOS ARTÍCULOS 309 AL 329 Y 571 AL 581, TODOS DEL CÓDIGO DE TRABAJO CREASE UN APARTADO DE TRANSITORIOS I, II, II”; presentado el 15 de mayo del 2014, por la Diputada Pizsk Feinzilber.

Ley no 9832 de fecha 21 de marzo de 2020. Reducción de jornadas de trabajo ante la declaratoria de emergencia.

Ley no 9937 de fecha 12 de enero de 2021. "Ampliación del plazo que autoriza la reducción de jornadas de trabajo ante la declaratoria de emergencia nacional".

Ley no 9982 de fecha 19 de mayo del 2021. "Ampliación del plazo que autoriza la reducción de jornadas de trabajo en el sector turismo, ante la declaratoria de emergencia nacional".

Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (según Directriz no. DMT-017-2013, modificada y adicionada mediante Directriz no. DMT-014-2014) debidamente unificado

DIRECCIONES WEB SITE

www.mtss.go.cr.

OTRAS FUENTES

Conferencia de fecha 2 de julio del año 2008, del Lic. Vladimir de la Cruz, dictada en el Teatro Melico Salazar, en el acto inaugural del 80 aniversario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. San José, Costa Rica.

Licda. Lorena Mendoza Carrera

Cosa juzgada y preclusión flexible

Licenciatura y Notaria Pública.

Mediadora y Conciliadora certificada del Centro de Conciliación y Arbitraje, Cámara de Comercio.

Docente de Derecho de Familia de la UELD.

Curadora Procesal del Poder Judicial en Derecho de Familia, Civil y Laboral.

Fue Jueza de Familia 1-3 desde 2018.

Conferencista y capacitadora nacional e internacional, en el campo del Derecho de Familia y la Docencia universitaria.

5



Señala el artículo 42 de la Constitución: "...Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión."

El artículo 64 del Código Procesal Civil define la Cosa Juzgada: "Para que se produzca cosa juzgada es necesaria la identidad de sujetos, objeto y causa, la cual puede ser declarada de oficio. Sus efectos se limitan a lo dispositivo. Producen cosa juzgada material las sentencias firmes dictadas en procesos ordinarios y las resoluciones expresamente indicadas por la ley, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o no de la relación jurídica juzgada. Las sentencias dictadas en los demás procesos tendrán efecto de cosa juzgada formal y la presentación de un proceso ordinario no impedirá su ejecución"

Artículo 89 del Código Procesal de Familia: "Carácter de cosa juzgada. La sentencia dictada en el proceso resolutorio familiar y cualquier otra resolución que indique la ley produce cosa juzgada material, salvo lo relativo a guarda, crianza y educación, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental y la que resuelva el sistema de interrelación familiar o cualquier conflicto familiar que puedan ser modificados con posterioridad por el cambio de circunstancias en el ámbito familiar."

Resumen:

La figura de la cosa juzgada es un importante instituto del derecho románico diseñado para dar seguridad jurídica y convertir en definitivos los temas controvertibles sometidos a la labor jurisdiccional y se refiere a las sentencias firmes, cuya parte dispositiva, resulta indiscutible en otros procesos, a excepción aquellas propias del Derecho de Familia, reforzadas en el Código Procesal de Familia, llamadas de preclusión flexible, cuyo valor transitorio permite actualizar

la parte resolutoria por cambio de circunstancias. La materia de Familia contiene cosa juzgada material y cosa juzgada formal o de preclusión relativa o flexible.

Summary:

The figure of res judicata is an important institute of Romanes law designed to provide legal certainty and make definitive the controversial issues submitted to the jurisdictional work and refers to final judgments, whose dispositive part is indisputable in other processes, with the exception of those typical of Family Law, reinforced in the Family Procedural Code, called flexible estoppel whose transitory value allows updating the decision part due to change of circumstances. Family matters contain material res judicata and formal res judicata or relative or flexible estoppel.

Palabras clave:

Cosa juzgada, preclusión flexible o cosa juzgada formal, cosa juzgada material, parte dispositiva, seguridad jurídica.

Keywords:

Res judicata, flexible estoppel or formal res judicata, material res judicata, operative part, legal certainty.

Sumario:

- I. CONCEPTO DE COSA JUZGADA.
- II. REQUISITOS.
- III. TIPOS DE COSA JUZGA.
- IV. CONCLUSIONES.
- V. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Concepto de cosa juzgada

Cosa Juzgada (del latín *res iudicata*) es un concepto del derecho procesal. Se denomina cosa juzgada a la parte dispositiva de una sentencia firme por el fondo (el POR TANTO), salvo las sentencias por prescripción o caducidad, que se vuelve indiscutible en otro proceso, e impide que un mismo asunto sea juzgado dos veces. La cosa juzgada impide el *non bis in ídem* proscrito por el mencionado artículo 42 constitucional. Si bien es cierto es un principio propio del derecho sancionatorio, es aplicable a otros referentes jurídicos a efecto de dar seguridad a las relaciones jurídicas que nacen del juzgamiento.

La cosa juzgada crea una relación jurídica irrevocable en otro tribunal. Cuando un asunto fue resuelto y adquiere autoridad y eficacia de cosa juzgada, no puede volver a ventilarse en otro tribunal (salvo el caso excepcional del “Recurso de Revisión” con causales taxativamente prescritas por la ley y que son realmente extraordinarias y de poco suceso).

La presencia de la *res iudicata* impide que una misma cuestión sea juzgada dos veces; por eso, ante un segundo litigio planteado sobre el mismo objeto, nos permite alegar la «excepción de cosa juzgada» (*res iudicata*), y excluir con ello la posibilidad de ser juzgados por segunda vez. La cosa juzgada tiene dos efectos: uno negativo o excluyente que impide que el objeto de la sentencia sea juzgado en otra jurisdicción, y por otro lado, el efecto positivo de que su contenido es vinculante para las otras jurisdicciones.

En este tanto, la cosa juzgada impide que el asunto se pueda volver a discutir en otro proceso, cualquier otro juez está impedido de conocer de nuevo el asunto. Requiere sentencia firme, es firme la sentencia que ha agotado todos los recursos o medios de impugnación que el ordenamiento otorga, y que por tanto impiden modificarla. Siguiendo a Cabanellas (1953) también hay que decir que “(...) la transacción produce entre las partes los mismos efectos de la cosa juzgada; pero solo cabe el apremio en la transacción judicial, la que pone fin a un litigio ya entablado.”

El mismo Cabanellas (1953) agrega: “Para Escriche se denomina así lo que ‘se ha decidido en juicio contradictorio, por una sentencia válida de que no hay o no puede haber apelación, sea porque la apelación no es admisible, o se ha consentido la sentencia, sea porque la apelación no se ha interpuesto dentro del término prescrito por la ley; o, habiéndose interpuesto, se ha declarado por desierta’”. Se refiere a la ausencia de recursos ordinarios, queda al descubierto la revisión, que por su naturaleza puede introducir una nueva situación jurídica extraordinaria

Agregando los elementos de la inmodificabilidad e inimpugnabilidad añadimos “Es el efecto de la cosa juzgada más típico (también conocido como *non bis in ídem*), en virtud del cual no puede volver a discutirse entre las mismas personas, una misma materia e invocando idénticas razones. Es decir, permite hacer valer los atributos de inmodificabilidad e inimpugnabilidad que posee una sentencia firme frente al inicio de un nuevo juicio” (Manual de Derecho Procesal Civil, 2018)

De lo que se trata es de proteger a las partes de un nuevo juicio, que podría generar una sentencia contradictoria, con lo que se generaría inseguridad jurídica. “Es el efecto propio de las sentencias firmes sobre el fondo (no de cualesquiera resoluciones firmes) consistente en la necesidad jurídica de que lo decidido en dichas sentencias —esto es, el contenido de la sentencia, que no es otro que el pronunciamiento sobre el objeto proceso— sea tenido en consideración en otros procesos, vinculando a los órganos jurisdiccionales respectivos.” (Diccionario Jurídico Espasa, 2001)

Este efecto vinculatorio está diseñado tanto por razones de economía procesal (no fatigar al sistema inútilmente) como de seguridad jurídica pues vuelve lo precario (el conflicto), definitivo.

Las sentencias tienen diferentes partes, pero solo la parte dispositiva (el POR TANTO) forma parte de la cosa juzgada, las otras partes (RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS) sí pueden ser utilizadas en otro proceso, no forman parte de la cosa juzgada. El Diccionario Jurídico Espasa (2001) explica que “la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”, que es la que se dirime y en consecuencia el contenido de lo resolutivo o dispositivo.

Por ejemplo, en un proceso de divorcio por intento de conyugicidio, las mismas pruebas y los mismos hechos pueden servir de base tanto para el proceso de divorcio (en sede de familia) como para el proceso en sede penal. Lo que va a variar es el POR TANTO, en primer caso conduce a la disolución del vínculo matrimonial, en el segundo a la condena penal.

El propósito fundamental de la cosa juzgada es dar seguridad jurídica, cumplir con el precepto constitucional de justicia pronta y cumplida, asegurar la paz de los administrados, consolidar la administración de la justicia, consolidar los efectos de las sentencias. Si las controversias resueltas pudieran seguirse discutiendo, eso atenta contra el principio de justicia, pues dejaría situaciones jurídicas abiertas indefinidamente.

Como es de todos conocido, la cosa juzgada pretende apuntalar, en la vida social, la vigencia de la seguridad jurídica (en tal sentido, ver el voto # 6829-93 de La Sala Constitucional, del 24 de diciembre). Resulta necesario poner fin a la posibilidad de impugnación y revisión de las decisiones judiciales: "Sin ese límite se correría el riesgo de que la existencia jurídica fuera una sucesión continua de procesos y de fallos contradictorios sobre un mismo asunto (...)." (Pérez, 1991)

Esta es una garantía (seguridad jurídica para evitar las discusiones indefinidas). Pero a su vez implica el peligro de que se opte por una solución que sea definitiva e injusta. Los dos fines del Derecho son la seguridad jurídica y la justicia. A veces se sacrifica la justicia en aras de la seguridad jurídica, sobre todo en un sistema

de tendencias positivistas como el costarricense. La cosa juzgada implica que la verdad formal (de la sentencia) esté por encima de la verdad real (pueden o no coincidir). El mismo Pérez (1991) señala:

El pro veritate habetur que avala la autoridad jurídica de la cosa juzgada puede no ser la verdad; es más, la propia existencia de esa institución implica prescindir, en cierto modo y hasta cierto punto, de la verdad. Existe por tanto el peligro de que alguien sea expropiado de su verdad, en función de ese subrogado de la verdad que es la cosa juzgada. Por tanto, es posible que alguien sufra daño; una injusticia. Ahora bien, el aseguramiento en el goce de los derechos, la eliminación de incertidumbres peligrosas generadoras de litis y controversias continuas, es una tarea de justicia. Es justo defender la paz social, aunque sea injusto hacerlo a expensas de aquellos que, en el supuesto de la cosa juzgada, podrían hacer valer su razón si se admitiera su ulterior recurso. Se trata, en suma, de un conflicto de la justicia consigo misma. La cosa juzgada es una injusticia que se admite para una realización de la justicia. El problema fundamental reside en hallar una salida para esta antinomia, para esta laceración en el seno mismo de la justicia, por la que la justicia se realiza por medio de la injusticia, y determinadas injusticias sirven para realizar la justicia. ¿Cómo evitar esta dramática antinomia, esta antítesis entre justicia y justicia? ¿Cómo resolver este coste de la seguridad por el que la justicia se logra al precio de la injusticia?"

Brenes (1972), el padre del derecho civil costarricense, señala que "se denomina cosa juzgada, lo resuelto definitivamente en juicio contradictorio. La cosa juzgada pone término al punto controvertido, pues la ley da a lo fallado carácter irrevocable con el fin de no hacer interminables los litigios (...)".

La sentencia N° 93 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 15 hrs. del 26 de junio de 1991 hace una estupenda síntesis del tema que nos ocupa:

"... Al resolver en forma definitiva de las controversias sometidas a su conocimiento, el Estado, a través del Poder Judicial, asume y pone en operación una de las más importantes funciones en él recaídas: la jurisdiccional. Para que tal función pueda efectuarse en forma eficaz, las decisiones inherentes a la potestad paralelamente otorgada, revisten dos características fundamentales: inmutabilidad y definitividad absolutas. Solamente en casos de excepción, contemplados por ley, tales características pueden ser relativas. A esta particularidad de la función jurisdiccional, se le ha denominado en doctrina y en jurisprudencia, COSA JUZGADA. Por medio de ella se establece que la voluntad del Estado, contenida en la ley, es definitiva e inmutable para el caso concreto, lo cual es básico para la certeza y seguridad jurídicas. Esa voluntad es declarada por el Juez en sentencia. De esa manera se busca ponerle fin a los asuntos decididos en fallo judicial, impedir sucesivo replanteamiento del conflicto, evitar la incertidumbre jurídica, todo lo cual propende a la eficacia de la función jurisdiccional del Estado. En nuestro medio los fallos emitidos en proceso ordinario o abreviado, así como aquellas otras resoluciones señaladas en forma taxativa, producen la autoridad de la cosa juzgada material, la cual está limitada --con la salvedad que adelante se consignará-- a la parte resolutive del fallo; sea, no comprende sus fundamentos. Para que la sentencia incida en otro proceso mediante la cosa juzgada, es imprescindible que en ambos procesos exista identidad de partes, causa y objeto"

VII.- Tiene la cosa juzgada naturaleza estrictamente procesal, porque es una consecuencia del proceso y de la voluntad manifestada en la ley de rito. Pero sus efectos trascienden indirectamente el proceso, para recaer sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, con lo cual se garantiza la certeza jurídica de aquéllas. Ambos elementos, a saber, la inmutabilidad de la decisión y la definitividad del derecho declarado o de su rechazo o denegación, constituyen efectos jurídicos de la cosa juzgada: el primero directo y procesal; el segundo indirecto y sustancial. El primero impone la prohibición a los jueces de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones objeto del debate y les confiere la facultad de detener la acción ejercitada, ya sea a gestión de parte o de oficio; y a las partes, el derecho de obtener la suspensión definitiva del proceso en forma total o parcial. A estas últimas les implica además la obligación de abstenerse de revivir, mediante otros procesos, esas pretensiones resueltas positiva o negativamente. El segundo de los elementos, sea, la definitividad, busca que la declaración de certeza contenida en la sentencia sea indiscutible en otros procesos, para lo cual otorga a las partes los mismos derechos y obligaciones que concede el efecto procesal o inmutabilidad. Por esa razón, la cosa juzgada tiene una función o eficacia negativa al prohibir a los jueces decidir de nuevo sobre lo ya resuelto, y otra positiva, representada por la seguridad jurídica conferida a las relaciones jurídicas sustanciales decididas. El fundamento de la cosa juzgada está, entonces, en la potestad jurisdiccional del Estado, de la cual emana el poder suficiente para asegurar la eficacia y los efectos de la sentencia..."

Hay que considerar que una controversia puede resolverse ya sea porque la judicatura resolvió el fondo mediante sentencia firme, o bien porque el asunto prescribió o caducó, según sea el caso. No obstante, hay casos en los cuales un asunto se va al archivo por forma, lo que significa que el juez no tuvo oportunidad de dirimir el fondo del asunto. Puede suceder que la parte actora desistió, o hizo un abandono tácito del asunto. Así, por ejemplo, en un proceso de investigación de paternidad (acción de emplazamiento), la madre no asiste injustificadamente a la prueba de ADN, el juez archiva mediante sentencia interlocutoria,

lo que no impide que en otro momento la madre pueda volver a demandar al presunto padre, sin que éste pueda invocar la autoridad de cosa juzgada, la excepción que interponga debe ser rechazada, por el interés superior del menor, tutelado en este caso por el artículo 51 en combinación con el segundo párrafo del artículo 53 de la Constitución Política, al respecto véase Voto 1376-03 del Tribunal de Familia de 9:10 de 8 de octubre del 2003, ver Voto N° 610 de 9:50 horas del 7 mayo 2003. (Poder Judicial, s.f.)

La razón de ser de la cosa juzgada es la siguiente:

Son las consecuencias jurídicas que surgen de la cosa juzgada, que se traducen en la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo resuelto (acción de cosa juzgada) o en evitar un nuevo juicio sobre la materia (excepción de cosa juzgada), lo que implica:

- **Certeza jurídica:** Que mediante el sistema judicial se resuelvan las controversias de los administrados.
- **Estabilidad de los derechos:** que los derechos (del que gana) o su ausencia (del que pierde) tengan la certeza que los derechos adquiridos o perdidos son inmutables.
- **Separación de poderes:** Que quienes ganan o pierdan derechos tengan la seguridad de que otros poderes (ejecutivo o legislativo) no se los van a conculcar.
- **Seguridad jurídica:** En esta materia opera el principio procesal constitucional "non bis in idem" (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho), hace imposible que se juzgue nuevamente el caso, dando seguridad jurídica a las partes.

Los efectos de la cosa juzgada permiten al victorioso exigir el cumplimiento de lo resuelto y evitar que mediante un nuevo juicio se vuelva a discutir el asunto, le crea un derecho adquirido exigible en la vía jurisdiccional ejecutiva. En la vía ejecutiva no se puede variar la cosa juzgada, pues esta es intangible (intocable), inmodificable, y menos ejecutivamente, es decir, no una vía declarativa-resolutiva así había sido definido por la Sala Primera había de la siguiente manera: "El principio de intangibilidad de la cosa juzgada impone que la ejecución ha de realizarse con base en los mismos términos impuestos en la sentencia firme, cerrando el marco de acción. Su fin es proteger la integridad de las sentencias firmes -revestidas con la autoridad de la cosa juzgada material- imponiendo una sanción y limitante al juez, con el fin de no permitir conducta alguna que altere, suprima, modifique o agregue al contenido del fallo, cargas adicionales no dispuestas en él, so pena de nulidad; lo cual brinda protección y seguridad al obligado como al obligante." (Poder Judicial, s.f.)

Requisitos

Dicho de otra forma: Para que haya cosa juzgada, aparte de sentencia firme, se requieren tres requisitos:

Identidad de partes (eadem personae):

A) En un proceso partes son el demandante (parte actora) y el demandado. Puede ser el titular del proceso o sus herederos. Son los sujetos de una relación jurídica que están enfrentados en un proceso (ejemplo: María demanda a Pedro).

B) Las partes procesales son las personas que intervienen en un proceso con pretensiones contradictorias. Pueden ser las mismas personas que presentaron el proceso que provocó la cosa juzgada, o bien sus herederos.

2. Identidad de Causa (eadem causa petendi):

A) La causa es el asunto que se ventila entre las partes, el fundamento jurídico de las partes, el por qué se reclama, las normas invocadas (ejemplo: se discute el divorcio de Pedro y María).

B) La causa puede ser civil o penal.

3. Identidad de objeto (eadem res):

A) El objeto son las pretensiones de las partes, la causa petendi (lo que se pide o reclama) beneficio jurídico que se solicita, lo que se reclama (Ejemplo: la disolución del vínculo matrimonial)

Para hacer valer la cosa juzgada (evitar un segundo juicio) se hace por vía de excepción. Esta excepción debe ser alegada en el juicio posterior, porque es renunciable expresa o tácitamente y, habitualmente, sólo favorece a las partes que han intervenido en el respectivo litigio (y a sus herederos). Además, es imprescriptible, pues puede alegarse en cualquier tiempo.

Tipos de cosa juzgada

Procesalmente se suele distinguir entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal, aunque la Constitución Política no hace esta distinción, el artículo 64 del Código Procesal Civil sí la hace lo mismo que el 89 del Código Procesal de Familia.

1. Cosa juzgada material: Cuando se resuelve un caso con autoridad de cosa juzgada material (también por sentencia firme) el resultado se vuelve inatacable en un nuevo proceso, queda cerrada la posibilidad de que mediante otro proceso se produzca una sentencia que contradiga la primera. Es una sentencia definitiva, inmodificable e incluso indiscutible, lo que quiere decir que, si la parte perdedora quisiera volver a discutir otra vez el asunto, la parte victoriosa presenta la excepción de cosa juzgada y el proceso se detiene, va rumbo al archivo.

Como explica el profesor Moreno (2017), *“la cosa juzgada, según Chiovenda, se concreta en el bien de la vida (el derecho de crédito, la propiedad, etc.) que ha sido objeto del proceso una vez que el juez lo ha reconocido por medio de la sentencia, protegiendo al vencedor frente a cualquier pretensión que se tenga sobre el mismo objeto. Por lo tanto, tiene un efecto excluyente frente a ulteriores demandas o reclamaciones («non bis in idem»); eso quiere decir que una vez que los tribunales han dicho la última palabra, es obligación de los poderes públicos impedir que la cuestión litigiosa pueda ser objeto de discusión en un momento posterior”*. La clave entonces es *“la última palabra”*, ya no se discute más, ha llegado la paz forzada garantizada por el Estado, el primero en estar interesado en que se respete.

De esta suerte mediante la cosa juzgada el Estado establece una verdad legal, que el mismo Estado no puede desconocer, y que se convierte en una presunción iuris et de iure, así lo manifiesta Eisner (1981), *“La cosa juzgada se manifiesta como un atributo de las sentencias judiciales que siendo insusceptibles de ser atacadas o alteradas, dentro del proceso o fuera de él, otorga la certeza definitiva de la “verdad legal”. Con su acatamiento se consagra la vigencia del valor “seguridad” que tanto interesa a la comunidad al poner fin a los litigios e imponer respeto por los resultados procesales”*. Así las cosas, este instituto no admite prueba en contrario, constituye la lápida del litigio, mediante la sentencia firme el Estado da por acreditado definitivamente el hecho que establece el contenido de la sentencia carece de mecanismo para ser desvirtuado, ni en el mismo proceso ni en otro.

Mientras la cosa juzgada formal (*infra*) se da dentro del mismo proceso (expediente) la cosa juzgada material se puede dar dentro del mismo proceso o fuera del mismo expediente.

Cosa juzgada formal: es aquella sentencia firme que implica la imposibilidad que una determinada decisión sea recurrida, es decir, que la sentencia carezca de recurso por estar firme.

El efecto de la cosa juzgada formal solo se produce dentro del mismo expediente.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia la ha caracterizado de la siguiente manera: *“III.-[...] Para resolver el punto, debemos partir de la diferencia existente entre la cosa juzgada material o sustancial y la cosa juzgada formal. Esta última, hace referencia a aquellas sentencias que tienen una eficacia meramente transitoria. “... Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse” (COUTURE, (Eduardo))”.*

El Código Procesal de Familia denomina a la cosa juzgada formal como preclusión flexible y está contenida en su artículo 89. La preclusión relativa y flexible se fortalece en este código al contenerla de manera expresa, aun cuando esta denominación es de data previa. Aplica a materia alimentaria (artículo 8 Ley de Pensiones Alimentarias), a lo relativo a guarda, crianza y educación de los menores, interrelación familiar, patria potestad o la resolución sobre cualquier conflicto familiar susceptible de ser modificado circunstancialmente. Este Código en el precitado artículo 89 agrega un concepto jurídico indeterminado al indicar que la cosa juzgada forma o preclusión flexible también se puede aplicar a *“cualquier conflicto familiar que puedan ser modificados con posterioridad por el cambio de circunstancias en el ámbito familiar”.*

Piénsense en temas como la tutela o la salvaguarda que eventualmente permitirían, incluso, al juez actuar oficiosamente pues mediante su poder regulador (de gestión y vigilancia que le otorga el ordenamiento). Estas actuaciones oficiosas no contravendrían lo que indica el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone que

los jueces solo pueden actuar a petición de parte (función rogada de la judicatura), puesto que en materia preclusión flexible familiar estamos hablando de seguimiento del mismo expediente y no de la apertura de uno nuevo, como se colige de la lectura de dicho artículo orgánico. Es decir, el juez de familia no pierde la competencia con las sentencias que producen cosa juzgada formal o preclusión flexible, se prolonga con el tiempo, por tratarse del mismo asunto, partes, objeto y causa, solo que diacrónicamente.

La cosa juzgada formal o preclusión flexible en Asuntos Alimentarios fue claramente definida por la sentencia alimentaria del Tribunal de Familia del 2013 que indica: ‘El presente asunto es una manifestación del principio propio del proceso familiar que podríamos denominar principio de la preclusión relativa y flexible. La normativa procesal y de fondo tiene muchos ejemplos de este principio, que consiste en la posibilidad de revisar y modificar lo resuelto, aunque se trate de sentencias firmes. La autora Kemelmajer concluye en una de sus trabajos sobre el particular: *“Algunas sentencias recaídas en los procesos familiares (alimentos, régimen de visitas, etc.) no tienen la estabilidad propia de la cosa juzgada material tradicional. Sus efectos subsisten, en tanto y en cuanto la situación que la motivó no haya cambiado (...)”.*

En una sentencia redactada por Diego Benavides n° 01457 de Tribunal de Familia, de 25-8-2004 encontramos la siguiente referencia al PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN RELATIVA Y FLEXIBLE: *“El Tribunal luego de revisar el expediente y contrastarlo con lo que se expone en el escrito de apelación concluye que debe revocarse la resolución para que se dé curso al incidente, pero limitándolo a los hechos que resultan nuevos, a saber, del ocho a doce y el catorce. Para ello debe considerarse que el proceso es un medio y no un fin en sí mismo, y que su propósito es permitir la concreción de la normativa de fondo en un marco adecuado. En el derecho procesal familiar existe un principio que podemos denominar de preclusión relativa o flexible que implica la posibilidad de revisar y modificar lo resuelto, aunque se trate de sentencias firmes, principio que tiene sus excepciones*

en aquellas pretensiones y procesos que producen cosa juzgada material.” (Lo subrayado no es del original)

Esta sentencia puede tener, entonces, un valor transitorio (precario), por lo que podría iniciarse un nuevo proceso cuando ha habido cambios de circunstancias en que se produjo la sentencia. Por ejemplo, en materia de pensiones alimentarias, guarda crianza y educación de los hijos y patria potestad hay cosa juzgada formal. Porque una sentencia de pensiones dictada cuantificando las entradas del obligado y las necesidades del beneficiario, podría ser modificada si las entradas del obligado varían (suben o bajan) o las necesidades del beneficiario se modifican (suben o bajan), en este caso el monto de la pensión puede subir o bajar.

Una sentencia puede contener disposiciones con autoridad de cosa juzgada material y de cosa juzgada formal.

Así, por ejemplo: en un proceso de divorcio la distribución de bienes y la disolución del vínculo matrimonial, producen cosa juzgada material (nunca más se volverá a discutir judicialmente). En cambio, la parte de la sentencia sobre patria potestad, guarda, crianza y educación de los hijos y pensiones alimentarias, produce cosa juzgada formal (pueden ser modificado vía incidental por cambio de circunstancias cuantificables tratándose de alimentos o de circunstancias indicativas inestimables en otros aspectos interfamiliares).

Conclusiones

Llegados a este punto debemos concluir que el tema de la cosa juzgada, como todo tema jurídico, está en proceso de construcción, aun cuando tenga lejanos antecedentes sobre todo en el Derecho Romano. La cosa juzgada apunta a uno de los fines del derecho: la seguridad jurídica. Como tal, este instituto no garantiza el otro fin del derecho que es la justicia, pero sí vuelve lo precario, definitivo a efecto de evitar interminables e inútiles discusiones judiciales y dar certeza a las relaciones jurídicas tanto públicas como privadas. Si no existiera la cosa juzgada sencillamente el sistema jurídico no funcionaría ni tendría razón de ser, se convertiría en un tinglado de barrio.

La cosa juzgada permite dar seguridad jurídica lo cual significa que las personas sepan de antemano cómo reaccionará el aparato del Estado y el Estado mismo, igualmente sabe a qué atenerse con relación a su función, entre otras, de resolver conflictos. La cosa juzgada también da certeza entre los individuos (personas privadas) que les impide perpetuas discusiones.

El derecho tiene diversas funciones y una de ellas es, como se indica, resolver conflictos. Solo hay derecho dentro del Estado. La cosa juzgada es el candado presuntivo mediante el cual el Estado establece verdades oficiales, formales, que dan la razón a quienes la tienen, aún en la hipótesis de errores judiciales, pues éstos también existen como verdades oficiales que permiten evitar discusiones interminables y ahorrar recursos institucionales que sufragan los administrados.

La cosa juzgada ha ido evolucionando desde el Derecho Romano con su presunción absoluta hasta ir abriendo posibilidades en campos de relativa reciente creación como el Derecho de Familia, inexistente como rama separada del Derecho hasta el siglo XIX, en donde existen áreas en las cuales la preclusión flexible y relativa permite actualizar las sentencias conforme las circunstancias vayan evolucionando y conforme a los principios que informan esta rama del Derecho.

Así las cosas, debemos concluir que el reciente Código de Derecho Procesal De Familia amplía la preclusión flexible (no la crea, puesto que es anterior) pero sí la traslada al ordenamiento escrito y la amplía con un concepto jurídico indeterminado que permitiría al juez aplicarla en aquellos casos en los cuales no es taxativa, manteniéndose en aquellos casos que no merecen esa flexibilidad. En esto juega un papel preponderante el poder regulador del juez, inexistente en otras ramas del Derecho, por lo menos con las características que el ordenamiento concede al juez de Familia.

Será la jurisprudencia la que irá perfilando su evolución y si el instituto merece nuevos desarrollos y ajustes. Mientras tanto el ordenamiento escrito ha dado una nueva herramienta a los jueces, hasta entonces existente solo en la jurisprudencia, y en los taxativos casos que la materia procesal civil permitía.

Fuentes Bibliográficas

Constitución Política de Costa Rica. (1949, 8 de noviembre). Asamblea Nacional Constituyente.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1 HYPERLINK "https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871" & HYPERLINK "https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871" nValor2=871

Código Procesal Civil. (2018, 8 de octubre). Asamblea Legislativa.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1 HYPERLINK "http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=81360" & HYPERLINK "http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=81360" nValor2=81360

Código de Familia. (1974, 05 de agosto). Asamblea Legislativa.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1 HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970" & HYPERLINK "http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970" nValor2=970

Ley de Pensiones Alimentarias. (1997, 23 de enero). Asamblea Legislativa.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41692&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41692&strTipM=TC"nValor1=1 HYPERLINK "http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41692&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41692&strTipM=TC"nValor2=41692 HYPERLINK "http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41692&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41692&strTipM=TC"strTipM=TC

Código Procesal de Familia. (2022, 01 de octubre). Asamblea Legislativa.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"nValor1=1 HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"nValor2=90569 HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"nValor3=122725 HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90569&nValor3=122725&strTipM=TC"strTipM=TC

Ley Orgánica del Poder Judicial. (1937, 01 de diciembre). Congreso de la República de Costa Rica.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635"nValor1=1 HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635"& HYPERLINK

"http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635"nValor2=33635

Manual de Derecho Procesal Civil, 2018
<https://derechoprocesal2017.wordpress.com/2018/01/18/manual-derecho-procesal-civil-1/>
Brenes, A. "Derecho Civil Obligaciones", San José, Facultad de Derecho, 1972, p. 110-113.

Cabanellas, G. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, T-I, Editorial De Palma, Bs.As., 1953, pág. 539-540.

Diccionario Jurídico Espasa. Ed. Espasa Calpe SA, Fundación Tomás Moro, Madrid, 2001, pág. 439-440.

Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Tercera Edición, 1990, página 416.

Moreno, J. (6 de febrero, 2017). Lección: la cosa juzgada. Almacén de Derecho.
<https://almacenederecho.org/leccion-la-cosa-juzgada>

Pérez, A. "La seguridad jurídica", Barcelona, Ariel, 1991, pp. 82-83.

Poder Judicial. (s.f.). Sala Primera de la Corte Resolución N° 01361 - 2013. Nexus Poder Judicial.

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-768274>

Poder Judicial. (s.f.). Sala Segunda de la Corte Resolución N° 01096 - 2010 del 6-8-2010). Nexus Poder Judicial.

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-482799>

Poder Judicial. (s.f.). Tribunal de Familia Resolución N° 01376 - 2003. Nexus Poder Judicial.

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-251691>

Tribunal de Familia. (2013). Efectos del cambio de Circunstancias Económicas en la Pensión Alimentaria. CIJUL en Línea.
<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/category/principio-de-preclusion-relativa-y-flexible/>

VLex. (s.f.). Sentencia n° 01457 de Tribunal de Familia, de 25 de agosto de 2004.
<https://vlex.co.cr/vid/-502914506>

Lic. José Elías Vindas Castiglioni

Criterios para indemnización de
daños y perjuicios conforme
con los artículos 40 y 40 bis de
la ley 8039

Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica
Egresado Programa de Doctorado en Derecho
Comercial-Procesal Civil, Universidad Escuela
Libre de Derecho
Exjuez Civil de la República
Asesor legal bancario

6



Resumen

Los artículos 40 y 40 bis de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual (Ley 8039) regulan el tema de los daños y perjuicios ocasionados por infracciones civiles y penales en cuanto a aspectos que atañen a los derechos de propiedad intelectual. En esos dos numerales se logran identificar varias de las funciones que tiene la responsabilidad civil, como por ejemplo la función indemnizatoria, la del desbaratamiento del ilícito, esta última a través de normas que buscan impedir el enriquecimiento sin causa por parte del infractor, así como también la función punitiva. En el caso de las indemnizaciones predeterminadas ellas buscan no solo compensar el daño de la persona titular sino también disuadir infracciones futuras, aquí no se toma en consideración las ganancias el infractor, aunque evidentemente una sanción económica que cumpla un fin disuasivo no puede estar de ninguna manera por debajo de los posibles beneficios del infractor.

Palabras clave

Responsabilidad civil, enriquecimiento sin causa, propiedad intelectual, ilícito lucrativo, indemnizaciones predeterminadas.

Key words Civil liability, unjust enrichment, intellectual property, illicit profit, predetermined compensation.

Introducción

En Costa Rica, el tema de la responsabilidad civil, en cuanto a aspectos que atañen a los derechos de la propiedad intelectual, se encuentra positivizado en la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual (Ley 8039), propiamente, en los numerales 40 y 40 bis.

Como paso previo, antes de analizar los artículos en cuestión, es necesario como marco conceptual abordar brevemente la figura de la responsabilidad civil, sus funciones y sus elementos. De la misma manera en cuanto a la figura del enriquecimiento sin causa.

Luego se procede al análisis exegético de la disposición normativa de referencia, tocando

aspectos de derecho de fondo y dándole uso a los criterios de funcionalidad de la responsabilidad civil previamente aludidos. Asimismo, se expone de manera transversal algunos extractos de pronunciamientos judiciales, que valga decirlo desde ya, son muy escasos sobre este tema.

Posteriormente, se concluye con algunos aspectos de orden procesal.

Responsabilidad civil

A. Concepto

Como fundamento normativo básico y primario, con respecto a la tutela de los daños y perjuicios, es insoslayable hacer mención del artículo 41 de la Constitución Política, el cual indica lo siguiente: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”*

Este precepto constitucional ha sido base para que las personas ya sean físicas o jurídicas encuentren reparación al daño que han sufrido. El derecho ha denominado bajo el concepto de responsabilidad civil al deber que tiene uno o varios sujetos de indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido, sea por culpa o atribución del sujeto causante del daño o del llamado a indemnizar o reparar.

Ahora bien, pasando del fundamento normativo constitucional al legal, hay que indicar que el Código Civil, regula el tema de responsabilidad civil y el numeral más emblemático corresponde ser el artículo 1045, el cual establece: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Se desprende de la norma citada, que todo aquel que genere un daño a otro debe repararlo, es decir, adquiere responsabilidad civil.

Como se infiere de lo que se ha expuesto, la responsabilidad civil tiene una función eminentemente reparadora o resarcitoria, sin embargo, este instituto jurídico no solo hay que verlo desde un punto de vista paliativo, o como remedio cuando el daño fue consumado, sino que también se le ha dado un fin preventivo, es decir, que opere antes de que ocurra un posible infortunio.

En su función preventiva, se ha indicado lo siguiente: “La toma de conciencia de la irreversibilidad de muchos daños, como el daño a la salud y el daño ambiental ha llevado a la afirmación cada vez más generalizada de la insuficiencia del mero sistema de responsabilidad civil resarcitoria y la conciencia de la necesidad de impedir la producción de los daños (y no sólo repararlos una vez producidos), mediante las llamadas acciones inhibitorias. Pugliatti, desde hace mucho, había hecho notar que la lesión a los intereses se produce no solamente con el daño actual, sino también con el potencial o peligro” (Pérez Vargas, 2016, p. 536).

La doctrina, lejos de buscar una definición de la responsabilidad civil que satisfaga todos los supuestos, es consciente de la inutilidad del culto a los conceptos puros y abstracciones, de ahí que se ha decantado por analizar dicha figura desde un enfoque práctico, utilitarista. Por eso se prefiere hablar de las funciones de la responsabilidad civil.

B. Funciones de la responsabilidad civil

Con respecto a las funciones de la responsabilidad civil, se tomarán las indicadas por el autor Torrealba (2011, pp. 3 y ss.), las cuales servirán como base teórica necesaria para luego analizar la responsabilidad civil en el ámbito de la propiedad intelectual. Se procede de seguido a detallar brevemente las funciones de la responsabilidad civil que se exponen en dicha obra.

Función indemnizatoria: Según expone el autor, la misión principal de la responsabilidad civil es la reparación o indemnización de daños y perjuicios. Indica que esta función aspira que una vez satisfecha la indemnización, el damnificado quede en una situación, si no idéntica, al menos equivalente en el que se encontraría de no haber acaecido el evento dañoso. Expone que este objetivo es razonablemente alcanzable en el ámbito de daños económicos. Agrega que, en el ámbito de los daños extrapatrimoniales, si bien se suele hablar de indemnización de daño moral, sin embargo, la indemnización de daño moral cumple más bien una función de satisfacción sustitutiva.

Función complementaria con otras instituciones: En esta función, sostiene el autor, la responsabilidad civil coopera con otras figuras jurídicas y remedios de las diversas áreas del Derecho. Para ello, se pone como ejemplo cuando se declaran con lugar los recursos de habeas corpus y amparo, en el que se debe condenar al demandado en forma genérica a los daños y perjuicios.

Función de satisfacción sustitutiva: Detalla que esta función se da en cuanto a las afectaciones a bienes jurídicos no patrimoniales, como la integridad psicofísica, la dignidad y el honor, no son susceptibles de tasación conforme a los parámetros de mercado. En tales casos, indica, la responsabilidad civil cumple una función de satisfacción sustitutiva, por lo que se le reconocería al damnificado una compensación pecuniaria, a título de daño moral, como signo de que su pérdida y sufrimiento no son jurídicamente irrelevantes.

Creación de incentivos de seguros: Sostiene que la responsabilidad civil se encuentra íntimamente ligada a la industria de seguros. Indica que la responsabilidad civil asume una función de incentivo al seguro, especialmente en los casos de responsabilidad objetiva, en los que el sujeto debe pagar la indemnización a pesar de que su propia conducta sea incuestionable.

Función preventiva de daños: La responsabilidad civil, según explica, asume una función preventiva en materia de daños ambientales, donde no se exige la certeza del daño, sino su riesgo de realización. Por otra parte, agrega, la doctrina de las perturbaciones anormales de vecindad postula la necesidad de adoptar medidas dirigidas a cegar la fuente productora de las molestias, como las agresiones repetitivas intolerables para los vecinos como ruidos, malos olores, interferencia de señales de radio o televisión, etc. Expone que también se aprecia dicha función en la figura de la proscripción del abuso del derecho, regulada en el artículo 22 del Código Civil donde se contempla dos efectos: por un lado, indemnización de los daños y perjuicios consumados; y, por otro, la adopción de las medidas judiciales y administrativas para impedir la persistencia en el abuso.

Función distributiva: esta función el autor la subdivide, de la siguiente manera: i) De la carga pública: en este apartado detalla que una de las funciones oficialmente reconocidas a la responsabilidad civil es la de redistribuir la carga pública injustamente impuesta sobre un individuo o grupo de individuos. Esta función, según indica, la consagra el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública, relativo a la responsabilidad estatal por su conducta lícita en los daños discriminatorios o de excepcional intensidad. ii) Hace referencia a los costos asociados de las actividades lícitas: Los regímenes de responsabilidad civil objetiva por riesgo creado fungen como mecanismos de distribución de los costos asociados a actividades lícitas.

La función normativa: en esta función, asegura, que lo determinante es la creación de incentivos económicos coherentes (sea por norma escrita como por los criterios jurisprudenciales), en aras de evitar la instauración de un “incentivo perverso”, una regla que, en sus efectos económicos, torna más provechosa la elección de una conducta antijurídica.

Función de identificación y desbaratamiento del ilícito lucrativo: Detalla el autor que el ilícito lucrativo es aquella situación en la que un sujeto obtiene provecho económico de su propia conducta antijurídica a pesar de un fallo adverso. De manera que la responsabilidad civil, expone, debe eliminar el beneficio financiero que el infractor tiene del hecho ilícito, a fin de crear incentivos económicos coherentes, de tal modo que la obediencia a la ley o el pago voluntario de las obligaciones (incluida la de reparar el daño) resulte más conveniente que el curso alternativo de la conducta. En tales casos, apunta, cabe analizar si la responsabilidad puede trascender su tradicional función indemnizatoria, para incursionar en el territorio de los daños punitivos.

Función punitiva o ejemplarizante: La responsabilidad civil cumple, según afirma, una función punitiva en todos aquellos casos en los que la indemnización resulta cuantitativamente superior al daño efectivamente sufrido por el perjudicado. En tales casos, afirma, la determinación del quantum no solo busca la reparación del daño causado, sino que se pretende crear un cuadro de incentivos negativos de conducta.

Socialización o colectivización de daños: asegura el autor que la búsqueda de soluciones efectivas para los damnificados ha conducido a la creación de fondos públicos y fondos de garantía para la reparación de ciertos daños, así como la imposición, en ciertas actividades, de la obligatoriedad en la toma de seguros. A través de estos mecanismos, sostiene, la cuestión de la reparación de daños ha trascendido la dimensión de las relaciones individuales damnificado-responsable, para ser tratada como problemática social.

Sirva tener presente las funciones anteriormente expuestas, puesto que cuando corresponda analizar la responsabilidad civil en el ámbito de la propiedad intelectual, se observará cómo los supuestos y criterios establecidos por el legislador se van acomodando en algunas de las funciones de la responsabilidad civil. Sin embargo, antes de entrar en esos menesteres, es necesario ver otro aspecto importante de la responsabilidad civil, a saber, sus elementos.

C. Elementos de la responsabilidad civil

Es menester advertir que deben concurrir distintos requisitos para que a un sujeto se le pueda declarar responsable civil por un daño ocasionado a otro.

En cuanto a los elementos fundamentales de la responsabilidad civil se ha indicado lo siguiente:

“Cabe señalar, desde ahora, que la responsabilidad civil consta de cuatro elementos fundamentales: 1- El hecho que la generaría; 2- El daño producido; 3- El nexo de causalidad entre el hecho y el daño; 4- El criterio jurídico de imputación del deber resarcitorio, a cargo de un sujeto distinto de quien fue lesionado en sus bienes jurídicos materiales o inmateriales. En la responsabilidad subjetiva, este criterio jurídico de imputación radica en el dolo o la culpa en el actuar del obligado; mientras que en la objetiva se prescinde del dolo o la culpa, para imputar legalmente el deber resarcitorio a sujetos vinculados al hecho generador del daño, por aspectos de justicia o equidad relevantes para el legislador, tales como el riesgo creado o el principio según el cual quien obtiene un lucro de una actividad debe asumir los daños que esta produce (aunque no sea un riesgo grave el generado por ella), entre otros. En cuanto a la carga de la prueba, en ambos tipos de responsabilidad quien reclama el resarcimiento debe demostrar el hecho generador, el daño producido y la necesaria vinculación causal entre ambos. En la responsabilidad subjetiva ha de demostrar, además, que el daño se produjo por dolo o culpa de quien es llamado a responder, pero en la objetiva no es necesario probar estos aspectos, bastando entonces con la prueba de los tres primeros elementos señalados. Eso sí, conforme a la doctrina más relevante en este campo, la parte demandada podría exonerarse de la responsabilidad objetiva si acredita que el daño es producto de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima o de un tercero”. (Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, resolución 089-2010, de las trece horas diez minutos del diecisiete de marzo de dos mil diez).

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal citado, para que se dé la responsabilidad civil deben cumplirse cuatro requisitos, a saber: “1- El hecho que la generaría; 2- El daño producido; 3- El nexo de causalidad entre el hecho y el daño; 4- El criterio jurídico de imputación del deber resarcitorio, a cargo de un sujeto distinto de quien fue lesionado en sus bienes jurídicos materiales o inmateriales”.

El hecho generador corresponde determinar si hubo o no un actuar o conducta que haya generado daño; en cuanto al daño, evidentemente, corresponde analizar si hubo o no un menoscabo patrimonial por parte del sujeto damnificado y cuál es el alcance de dichos daños; el nexo alude a la relación causa-efecto entre la conducta y el daño; por último, el criterio jurídico de imputación, donde correspondería el análisis de la culpa, en el caso de que sea necesario, puesto que en la responsabilidad civil objetiva no se requiere del elemento de la culpa.

En el siguiente apartado corresponde hacer mención de una figura jurídica que es relevante, a saber, el enriquecimiento sin causa, porque a como hay casos en los cuales el que comete un daño no lo hace necesariamente tomando un provecho de ese menoscabo ajeno, también hay otros supuestos donde un sujeto no solo comete un daño sino que además saca provecho de esa conducta, aún más, puede sacar provecho o un lucro antijurídico en el que no necesariamente implique un daño al perjudicado en la misma magnitud.

El enriquecimiento sin causa

De acuerdo con Hidalgo Agüero y Jiménez Mora (1983, pág. 5 y 6) se da el enriquecimiento sin causa, en los casos en que alguien convierta en beneficio propio un bien ajeno con daño ajeno, sin que exista una razón que justifique el provecho o el beneficio, sin una relación jurídica, ya constituida, que haga de causa que legitime el provecho, o el beneficio, del enriquecido.

Los presupuestos del enriquecimiento injusto son: a) Adquisición de ventaja patrimonial del sujeto activo, b) Empobrecimiento del patrimonio del sujeto pasivo, c) Falta de causa que lo justifique. El enriquecimiento consiste en la diferencia entre el estado actual del patrimonio y el estado que tendría si el desplazamiento ilegítimo no se hubiera producido. (Montero, 1999, p. 9)

Por su parte, en sede judicial, propiamente el Tribunal Contencioso Administrativo, se ha referido al enriquecimiento sin causa de la siguiente manera:

“En este marco y en lo que aquí interesa, puede señalarse el principio de enriquecimiento sin causa, como uno de tales principios que permea el ordenamiento jurídico y que en virtud del cual, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y en general toda atribución, para ser lícita debe fundarse en una causa o en una razón de ser que el ordenamiento jurídico considera justa. Cuando una atribución no está fundada es una causa justa, el que ha recibido debe restituir, correlativamente el que se ha empobrecido tiene acción para reclamar lo pagado. La doctrina enseña que el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, según el cual nadie puede enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre, el enriquecido debe restituir. Se ha señalado que las condiciones para que opere el enriquecimiento sin causa requiere de al menos tres elementos: La adquisición de una ventaja patrimonial en favor del demandado y el correlativo empobrecimiento del actor, la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento y evidentemente la falta de causa que justifique el enriquecimiento”. (Tribunal Contencioso Administrativo, sección cuarta, sentencia 21-2012 de las dieciséis horas del veinte de febrero de dos mil doce).

Tal como se expone tanto en la cita del autor Montero como del extracto de la sentencia, el enriquecimiento sin causa se caracteriza por tres elementos: a) la ventaja patrimonial de sujeto activo, b) el empobrecimiento del sujeto pasivo y c) falta de causa que lo justifique.

Cabe mencionar que la causa en esta figura debe ser vista desde dos enfoques, uno afirmativo y otro negativo. El afirmativo es que debe existir un nexo causal entre el empobrecimiento de un sujeto y el enriquecimiento de otro (aunque no necesariamente tengan que ser equivalentes), entre tanto, el negativo es la inexistencia de una causa justa que fundamente el enriquecimiento.

Se observa que, así como la responsabilidad civil pone su mirada en el daño del damnificado, en el

caso del enriquecimiento sin causa, a pesar de que también existe el elemento del daño -en algunos casos en mayor o en menor grado- lo cierto es que el punto medular es el beneficio o ventaja ilegítima que saca un sujeto a partir de su acción o conducta antijurídica.

La responsabilidad civil en el ámbito de la propiedad intelectual.

Como preámbulo, es fundamental tener presente que nuestro país cuenta con normativa especial que regula la determinación de los daños y perjuicios dentro del campo de la propiedad intelectual. Dicha tutela, como se ha indicado en líneas que anteceden, se encuentra plasmada en la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual, propiamente, en los numerales 40 y 40 bis.

1) Sobre el artículo 40 (Ley 8039)

El ordinal 40 de la referida ley establece los criterios para fijar los daños y perjuicios; por su parte, el numeral 40 bis preceptúa lo que denomina indemnizaciones predeterminadas. En su orden, se analizará primeramente el numeral 40 y posteriormente, el 40 bis. Dice el ordinal 40 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual lo siguiente:

*“Artículo 40. Criterios para fijar daños y perjuicios
Los daños y perjuicios ocasionados por infracciones civiles y penales contra esta Ley serán fijados por el juez, y podrán basarse en un dictamen pericial.*

La resolución por la cual se finalice la causa deberá ordenar al infractor que pague al titular del derecho, lo siguiente:

a) Una indemnización adecuada para compensar el daño que este haya sufrido como resultado de la infracción, incluida pero no limitada a los beneficios que el titular habría obtenido de no haberse producido la infracción.

b) Las ganancias del infractor atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular el monto de los daños a los que se refiere el inciso a) anterior.

Al determinar los daños por infracción a los derechos de propiedad intelectual, las autoridades judiciales deberán considerar, entre otros elementos, el valor del bien o servicio objeto de la violación, con base en el precio al detalle sugerido u otra medida legítima de valor que presente el titular de derecho”

El numeral objeto de análisis comienza diciendo lo siguiente: “Los daños y perjuicios ocasionados por infracciones civiles y penales contra esta Ley serán fijados por el juez, y podrán basarse en un dictamen pericial (...)”.

Como se aprecia del extracto, el legislador sugiere -por así decirlo- el medio de prueba idóneo a fin de acreditar los daños y perjuicios ocasionados por infracciones civiles y penales, a saber, la prueba pericial. Sobre el tópico, el Tribunal Contencioso Administrativo dispuso:

“(...) Así las cosas, es claro que el informe debe ser analizado como prueba documental válidamente incorporada al expediente, con el correspondiente interrogatorio que se dio en la audiencia oral y pública, pero bajo los parámetros de ese tipo de prueba, partiendo de que no corresponde a prueba pericial. Consecuentemente, lo aportado no se adecúa a las disposiciones del artículo 40 de la Ley Número 8039, que establece que la fijación de los daños causados por las infracciones a la Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, deben ser definidos, preferiblemente, con base en un dictamen pericial (...)”. (Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección de Ejecución, resolución 507-2019 de las catorce horas del día once de diciembre de dos mil diecinueve).

Si bien no podría considerársele como prueba legal tasada, lo cierto es que en el presente caso el Tribunal hace manifiesto su “reproche” a la parte quien tenía esa carga probatoria y no la ofreció en el proceso. De ahí que es prácticamente

un requisito sine qua nom ofrecer prueba pericial en los casos en que se busque demostrar menoscabo patrimonial de la persona afectada o beneficio patrimonial del infractor, no solo porque es la idónea, sino que, a pesar de eso, el legislador mismo “sugiere” este tipo de prueba.

No obstante, es oportuno destacar que se pueden dar supuestos donde la prueba pericial no sea necesaria, como lo sería cuando la persona titular de un derecho de propiedad intelectual reclame un daño moral subjetivo ocasionado por la infracción a sus respectivos derechos. De acuerdo con la Sala Primera, el daño moral subjetivo es un aspecto que desborda al artículo 40 de la ley en estudio, al respecto mencionó:

“Coincide esta Sala con lo manifestado por el Tribunal, pues en realidad no cabe ninguna duda que el derecho de paternidad es un aspecto personalísimo, el cual afecta directamente a su esfera individual. Según se ha expuesto, no se debe aplicar al caso concreto el artículo 40 de la Ley 8039, pues este se refiere a situaciones donde el daño causado es susceptible de cuantificarse por medio de un peritaje, bien sea uno patrimonial conocido como moral objetivo. Entonces, efectivamente, se debía resolver conforme al concepto del daño moral subjetivo”. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 127-2007 de las once horas veinticinco minutos del veintiuno de febrero de dos mil siete).

De acuerdo con lo expuesto por el Alto Tribunal, el artículo 40 de la Ley 8039 hace referencia a daños y perjuicios que pueden ser cuantificados por medio de prueba pericial, lo cual engloba indudablemente el daño patrimonial y el moral objetivo. Bajo ese entendido, el daño moral subjetivo en los derechos de propiedad intelectual si bien son admisibles y pueden ser reclamados (bajo el principio de la reparación integral del daño), el sustento normativo no encuentra cabida en el numeral mencionado por el hecho de que este menoscabo no se cuantifica pericialmente.

Sigue diciendo el artículo 40 lo siguiente:

“La resolución por la cual se finalice la causa deberá ordenar al infractor que pague al titular del derecho, lo siguiente:

a) Una indemnización adecuada para compensar el daño que este haya sufrido como resultado de la infracción, incluida pero no limitada a los beneficios que el titular habría obtenido de no haberse producido la infracción”.

De acuerdo con la óptica de las funciones de la responsabilidad civil, se puede apreciar que en este inciso la responsabilidad tiene una función evidentemente indemnizatoria, es decir, pretende reparar el menoscabo, que indudablemente incluye los beneficios que el titular hubiese obtenido. Esto último, lo que preceptúa es que al afectado se le debe indemnizar esa ganancia esperable que dejó de percibir por motivo de la infracción, lo que podría considerarse como perjuicio.

En este punto, conviene recordar al autor Brenes Córdoba (2011) cuando afirma que: “El daño consiste en la pérdida sufrida; el perjuicio, en la ganancia que deja de realizarse. Esto es lo que en derecho romano se llamaba “daño emergente” y “lucro cesante”, o sea el lucro frustrado” (p. 99).

Hasta este punto del artículo 40, el legislador ha puesto su mirada únicamente en el afectado, procurando que se le garantice normativamente la posibilidad de reclamar su menoscabo sufrido.

Se pasará de seguido a analizar el siguiente inciso en el que el legislador ahora vuelca su mirada en el infractor. Dispone, en lo que interesa, el numeral 40 lo siguiente:

“(…) La resolución por la cual se finalice la causa deberá ordenar al infractor que pague al titular del derecho, lo siguiente:

(…)

b) Las ganancias del infractor atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular el monto de los daños a los que se refiere el inciso a) anterior (...).”.

En este inciso, la responsabilidad civil cumple otra función que es precisamente buscar el desbaratamiento del ilícito. Mal haría el legislador si solo centrara sus esfuerzos únicamente en la reparación menoscabo del afectado y pierda de vista el ilícito lucrativo que pudiese tener el infractor. Valga un ejemplo para ilustrar un supuesto de un ilícito lucrativo:

La editorial Aurola tiene los derechos de publicar y vender una obra. Tiene proyectado que en seis meses va a vender 6000 unidades, a razón de 1000 unidades por mes (sería poco verosímil que una obra tenga un ritmo plano de ventas mensuales, sin embargo, es para efectos ilustrativos).

Las ventas en los 2 primeros meses iban de acuerdo con sus proyecciones, sin embargo, en los demás meses bajó la venta de sus ejemplares a un 75% de manera que en los siguientes 4 meses, únicamente logró vender la cantidad de 250 unidades cada mes (teniendo un menoscabo total de 4 millones de colones)

Luego se logró verificar que ese desplome en las ventas se dio porque la litografía Boreal se encargó de clonar la obra y logró vender 2500 ejemplares mensuales. Debido al cómodo precio que lo vendía, evidentemente logró colocar más libros que la titular de los derechos (teniendo una utilidad total de 7 millones de colones).

En este ejemplo, si judicialmente se condenase a Boreal a solo indemnizar el menoscabo de Aurola, al final del día el infractor tendría una ganancia de 3 millones de colones.

Por lo anterior, el inciso analizado lo que busca es desincentivar la comisión del ilícito, por considerarse un enriquecimiento sin causa justa. Nótese que no se habla de daños propiamente, por lo cual podría pensarse que podría ser un tipo de responsabilidad civil paradójicamente sin daño. Hay que tener presente que aquí no estamos hablando de la función preventiva de la responsabilidad civil (la cual admite, según vimos, la responsabilidad sin daño).

En este caso, no corresponde a una función preventiva, puesto que el bien jurídico tutelado ya se violentó. El estadio en el que se encuentra el inciso b del numeral 40, es en el paliativo, pues se parte ya de un hecho consumado de infracción.

La doctrina cuando aborda este punto habla de enriquecimiento sin causa. Al respecto se ha dicho lo siguiente

“El fundamento por el cual se refieren los beneficios que obtiene el infractor es que tal lucro podría haberlo sido para el perjudicado y, por tanto, integran la partida del lucro cesante que ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización.

Igualmente, se podría sostener que el criterio del beneficio obtenido por el infractor concuerda más con la doctrina del enriquecimiento injusto, pues beneficia claramente al perjudicado en la medida en que no se exigiría necesariamente la presencia de un daño ni acreditar la existencia de dolo o culpa. Por tanto, en aquellos supuestos en los que no se haya producido un daño directo, aunque sí un cierto empobrecimiento, podríamos admitir las posibilidades restitutorias que ofrece el enriquecimiento injusto, al margen de las medidas puramente indemnizatorias que contempla la ley. Todo ello teniendo en cuenta la compatibilidad de la acción indemnizatoria con una acción de enriquecimiento injusto” (Serrano, 2020, p. 134).

Tal como lo expone la última parte de la cita, los institutos de la responsabilidad civil y el enriquecimiento injusto, no son excluyentes y más bien se complementan a fin de que la normativa no solo tutele a la persona que sufrió un menoscabo con el objeto de que se le indemnice del daño sufrido, sino también buscar que la persona que se vio beneficiada de tal hecho no obtenga un rédito al final el día, puesto que todas la ganancias del infractor atribuidas a la infracción -dice la norma- se le pague al titular del derecho.

No cabe duda que el inciso b) del artículo 40 de la Ley referida combate un eventual el enriquecimiento sin causa, lo cual permite concluir que dicho numeral, tiene como función principal el desbaratamiento del ilícito lucrativo.

2) Sobre el artículo 40 bis (Ley 8039)

En el artículo 40 bis de la Ley 8039, se continúa regulando el tema de la responsabilidad civil en el ámbito de la propiedad intelectual, no obstante, en este caso el legislador incorpora la figura de las indemnizaciones predeterminadas.

Se procede de seguido a citar el numeral, en lo atinente a los montos máximos y mínimos de las respectivas infracciones:

“Artículo 40 bis.- Indemnizaciones predeterminadas. Como alternativa a los daños sufridos y a solicitud del titular del derecho, en los procedimientos judiciales civiles relativos a infracciones de derechos de autor y derechos conexos, o falsificación de marcas y otros signos distintivos, el juez, previa audiencia a la parte demandada, de conformidad con el debido proceso, podrá utilizar indemnizaciones predeterminadas. Cuando el juez decida aplicar indemnizaciones predeterminadas, ponderando criterios de equidad y proporcionalidad, deberá usar los siguientes parámetros de montos mínimos y máximos para la fijación de los daños y perjuicios, en el tanto los montos asignados sean suficientes para compensar, al titular del derecho, por el daño causado con la infracción y sirvan para disuadir infracciones futuras:

A) En el caso de infracciones a derechos de autor y derechos conexos:

(i) De uno a cincuenta salarios base, por todas las infracciones involucradas en la acción, con respecto a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido, según sea el caso.

(ii) De cincuenta a trescientos salarios base, por todas las infracciones involucradas en la acción, con respecto a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido, según sea el caso, cuando el titular del derecho demuestre, a satisfacción del juez, que el demandado cometió la infracción dolosamente.

(iii) De medio a veinticinco salarios base, por todas las infracciones involucradas en la acción, con respecto a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido, según sea el caso, cuando el supuesto infractor demuestre, a satisfacción del juez, que no tenía conocimiento o razón para creer que sus actos constituían una infracción a los derechos de autor o derechos conexos.(...)

b) En el caso de falsificación de marcas y otros signos distintivos, de tres a trescientos salarios base por cada marca falsificada."

Como se aprecia al inicio del numeral, las indemnizaciones predeterminadas operan de acuerdo con el principio dispositivo, dicho de otra manera, a solicitud de parte y no proceden en todos los ámbitos del derecho de propiedad intelectual, puesto que solo sería aplicable en derecho de autor y conexos y falsificación de marcas y otros signos distintivos.

El momento procesal oportuno para solicitar que se aplique el mecanismo de las indemnizaciones predeterminadas es en la interposición de la demanda, o en la contrademanda, según sea el caso. Además, no solo se deberá indicar que se acude a esta alternativa indemnizatoria, sino que es necesario para el demandante explicar y establecer con solvencia los insumos fácticos, probatorios y argumentativos, a fin de que el Tribunal se encuentre ante una teoría del caso sólida y robusta.

La indemnización, evidentemente, deberá contemplar o tomar en cuenta el daño causado por la infracción, sin embargo, es importante advertir que la norma no dice que se deban contemplar las ganancias del infractor atribuibles a la infracción, en vez de eso, el legislador instruye al Tribunal que el monto de condena tiene que servir para disuadir infracciones futuras.

El legislador indudablemente busca el desbaratamiento del ilícito lucrativo, pero esta vez no desde el enfoque del enriquecimiento sin causa, sino más bien, desde el punto de vista de la función punitiva y ejemplarizante.

No se omite manifestar que la función disuasoria es considerada una función propia de los daños punitivos y son condenas pecuniarias que van más allá de la mera compensación, esto con el objeto de sancionar al demandado y disuadir a éste y tal vez a terceros, de incurrir en esas conductas. Su propósito apunta a que hechos similares no se repitan en el futuro. En el caso de los daños punitivos, se pretende que los potenciales dañadores eviten la conducta lesiva por temor a la sanción pecuniaria. Conforme la clasificación de prevención en general y especial; esta figura punitiva apunta a lograr ambos tipos (Otaola, 2014, p. 146).

La disuasión especial va dirigida al mismo sujeto infractor, es decir, el monto de condena no solo debe cubrir el daño de la persona damnificada, sino también rebasar el beneficio económico que haya tenido el infractor a costa de esa infracción. Como se dijo, no es un tema en el que se centre en el enriquecimiento sin causa, antes bien, opera como claro mensaje y castigo económico al infractor para que no reincida en otra conducta similar.

En lo tocante a la disuasión general, conceptualmente, esta va dirigida a los terceros, a la sociedad en general, esto para que les llegue el mensaje de que no es rentable ni deseable incurrir en las conductas por las cuales se le castigó económicamente a la persona infractora.

Surge la pregunta acerca de si la disuasión de la que habla del artículo 40 bis es una disuasión que contempla tanto la prevención especial como la general, o si solo se podría interpretar como disuasión especial, a efectos de que el infractor no cometa conductas similares futuras, sin que por ello se tenga que -por ejemplo- publicar dicha condena a un diario de circulación nacional.

Lo cierto es que no hay una disposición expresa acerca de publicar la condena de indemnización, como sí lo establece, por ejemplo, el artículo 60 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley 7472) que faculta a la Comisión Nacional del Consumidor informar y ordenar con cargo del infractor la publicación en un medio de comunicación social la sanción impuesta, el nombre o razón social del infractor y la índole de la infracción.

El artículo 40 bis de la Ley 8039, también regula eximentes de pago de daños. Con relación a este punto, dicho numeral dispone lo siguiente:

“(...) El juez podrá eximir del pago de daños, en cualquier caso, si el infractor cree y tiene suficiente fundamento para considerar que el uso realizado de la obra protegida constituía una excepción permitida en la Ley de derechos de autor y derechos conexos, Ley N.º 6683, de 14 de octubre de 1982, siempre que el infractor sea:

i) Un empleado o agente de una institución educativa, biblioteca o archivo sin fines de lucro, que actúa en el ejercicio de sus funciones y ha cometido la infracción reproduciendo la obra en copias o fonogramas.

ii) Un organismo público de radiodifusión no comercial, sin fines de lucro, o una persona que, como parte de las actividades regulares sin fines de lucro de un organismo público de radiodifusión no comercial, haya cometido la infracción ejecutando una obra literaria no dramática publicada, con exclusión de las obras cinematográficas, o reproduciendo un programa de transmisión que incorpora la ejecución de dicha obra (...).”

Nótese que el legislador dice que “el juez podrá eximir”, lo que indudablemente deja un espacio importante de discrecionalidad en el juzgador, dicho de otra manera, se relativiza la aplicación de la eximente.

Esa facultad de la persona juzgadora afecta la seguridad jurídica, puesto que más allá de que la persona demandada haya demostrado la condición subjetiva

(por ejemplo, ser empleado o agente de una institución educativa y haber creído con suficiente fundamento que estaba en una excepción permitida por ley) y objetiva (v.g. actuando en el ejercicio de sus funciones y reproducido la obra), quedaría a criterio del Tribunal eximirlo o no.

No obstante, se considera que, si en un proceso quedara debidamente acreditado tanto el requerimiento subjetivo como el objetivo de la eximente, el discurso argumentativo del Tribunal lo llevaría casi de forma natural a la eximente. En el otro supuesto, es decir, si se ha tenido por demostrado todo lo necesario para la eximente, pero el Tribunal se decanta por no aplicar la eximente, sustentándose únicamente en el carácter facultativo de la palabra “podrá”, sin duda se percibirá en dicha parte de la sentencia una atmósfera de discrecionalidad que tendrá que sustentarse como algo más que la mera facultad dada por el legislador, esto para no incurrir en una posible falta de motivación.

B) Aspectos procesales

1) Tipo de Proceso

El artículo 38 de la Ley 8039 dispone que las pretensiones de los titulares de los derechos de propiedad intelectual se tramitarán y decidirán mediante el proceso abreviado y remite al Código Procesal Civil anterior.

El Código Procesal Civil vigente dispone en el TRANSITORIO V: *“Las pretensiones que, conforme a otras leyes estaban previstas para tramitarse por el proceso abreviado, se dilucidarán en lo sucesivo por el proceso ordinario, salvo aquellas para las cuales se haya establecido un proceso específico en este Código”*.

De acuerdo con lo anterior, los procesos que se deseen interponer serán ordinarios. Si es de menor cuantía lo conoce el Juzgado Civil (Artículo 105 L.O.P.J.) y si es de mayor cuantía el Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil (Artículo 95 bis inciso 1).

3) Competencia

De acuerdo con el artículo 8.3.2 del Código Procesal Civil será competente el Tribunal del domicilio de quien formula la pretensión o el lugar donde sucedieron los hechos, a escogencia del demandante.

3) Legitimación

El numeral 38 de la Ley 8039 indica que pueden interponer demanda federaciones, asociaciones, licenciarios exclusivos, licenciarios autorizados, quien tenga capacidad legal para hacer valer esos derechos.

Con respecto a la legitimación, el autor Guilá menciona lo siguiente: “(...) en el evento de que se infrinjan los derechos que les han sido confiados, las entidades de gestión colectiva se encuentran legitimadas, a efectos de iniciar los procesos para que cesen las conductas ilícitas y se paguen las indemnizaciones procedentes. Sin embargo, deben probar que las obras difundidas por las personas presuntas infractoras forman parte de los repertorios que administran. De lo contrario su reclamo no puede prosperar”. (p. 72)

El autor hace mención del voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (resolución 924-2017 de las 10 horas 20 minutos del 3 de agosto de 2017), en el que el alto tribunal consideró que no existe presunción de legitimación a favor de las entidades de gestión colectiva, por lo que tienen la carga de acreditar su representación.

4) Carga Probatoria

El legislador en el artículo 40 viene a dar una “recomendación” acerca de cuál sería la prueba idónea para lograr acreditar los daños y perjuicios, a saber, la pericial. Evidentemente, recae en la parte actora la carga probatoria de demostrar su menoscabo.

En cambio, no es tarea sencilla acreditar las ganancias del infractor atribuibles a la infracción, para ello, indudablemente el actor tendría que solicitar en su demanda prueba de la cual tendría acceso y disponibilidad su contraparte, para que el Tribunal en el momento procesal oportuno y en caso de ser pertinente admita la prueba y ordene a la parte demandada que la aporte al expediente.

Indudablemente, una actitud no cooperadora de la parte demandada, no podría serle irrelevante al juzgador y lo tendría que tomar en cuenta a la hora de resolver el fondo. Asimismo, la parte actora tendría que dejarlo muy claro en las conclusiones que realice, así como también, la persona juzgadora tendrá que echar mano de una interpretación integral de la normativa a fin de que el demandado no termine saliendo beneficiado de su propio dolo.

Sin embargo, a la hora de emitir la sentencia, si la parte actora no aportó prueba de los beneficios que obtuvo su contraparte, mientras que el propio demandado no aportó prueba de los beneficios que obtuvo, la persona juzgadora no tendría insumo probatorio alguno que le permita cuantificar ese beneficio, y el asunto quedaría en un fallo dictado posiblemente en abstracto en cuanto a ese extremo. Lo cual no viene a resolver el problema sino a aplazarlo ya que es poco probable que se pueda cuantificar en etapa de ejecución.

De ahí que, antes de la demanda el actor debe valorar esos escenarios y si la demanda versa sobre derechos de autor y derechos conexos, o falsificación de marcas y otros signos, entonces podría presentar su demanda con base en el artículo 40 bis, donde el legislador establece indemnizaciones predeterminadas, en las cuales:

Deberá la persona juzgadora ponderar criterios de equidad y proporcionalidad.

Utilizar los parámetros de montos mínimos y máximos para la fijación de los daños y perjuicios (parámetros que el mismo legislador indica en los respectivos incisos).

Que los montos asignados sean suficientes para compensar al titular del derecho por el daño causado y sirva para disuadir infracciones futuras.

A pesar que el legislador le dio una cierta discrecionalidad al juzgador para que pondere con base en criterios de equidad y proporcionalidad el monto por el cual condenará al demandado, desde nuestra perspectiva, el actor en su demanda deberá aparte de acreditar su daño y cuantificarlo, establecer los motivos y razones por las cuales considera que al demandado debería condenársele por determinado monto y no dejarlo únicamente al criterio del juzgador, el cual por principio dispositivo requiere de los insumos que ofrecen las partes para resolver la controversia.

CONCLUSIONES

El postulado clásico de la responsabilidad civil, en su función indemnizatoria que busca generar una ecuación entre el daño y el resarcimiento, sencillamente se torna insuficiente para la correcta tutela de los daños y perjuicios en el tema de la infracción de los derechos de la propiedad intelectual. Por ello, el artículo 40 de la Ley 8039 pretende dar tutela y respuesta no solo al menoscabo de la persona afectada, sino también tiene como objetivo contrarrestar el posible beneficio económico de la persona infractora, para precisamente evitar un ilícito lucrativo.

El artículo 40 de la Ley 8039 indica que los daños y perjuicios por infracciones civiles y penales con dicha ley podrán basarse en un dictamen pericial. Ese verbo “podrán” puede ser visto desde dos aristas; el primero es que al decir “podrán” significa que los daños y perjuicios son susceptibles de ser cuantificados de manera pericial, de manera que, si no pueden ser cuantificados pericialmente, no aplicaría ese numeral, como lo sería el caso del daño moral subjetivo, sin que esto signifique que un daño de esta naturaleza no pueda ser resarcido. El otro enfoque, es que “podrán” se trata más bien es una sugerencia que el legislador hace a los destinatarios de la norma para que ofrezcan en el proceso la prueba idónea y oportuna, a saber, la pericial.

Las indemnizaciones predeterminadas que establece el artículo 40 bis de la Ley 8039 tiene evidentemente una función resarcitoria pero también sirve para disuadir infracciones futuras. Como prevención especial, para que la persona infractora no reincida, sin embargo, no se indica expresamente si tal función disuasoria tiene también un papel de prevención general, por lo que queda en manos en los interpretadores de la norma determinar si también tiene esa función y cómo ordenar una publicación en un medio de comunicación masivo.

La posibilidad de eximirse de la condena de las indemnizaciones predeterminadas queda reservada a supuestos que establece el mismo numeral 40 bis, sin embargo, se habla de que el juez “podrá” eximir el pago de daños, lo cual deja un espacio facultativo o discrecional a la persona juzgadora, que resta seguridad jurídica y en caso de que la parte demandada cumpla con los presupuestos objetivos y subjetivos de la eximente deja en manos del Tribunal si la aplica o no.

Bibliografía

Normativa

Constitución Política de Costa Rica. (1949, 8 de noviembre). Asamblea Nacional Constituyente.

Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, Ley 8039. (2000, 12 de octubre). Asamblea Legislativa Costa Rica.

Código Civil, Ley 63. (1887, 28 de setiembre) Asamblea Legislativa Costa Rica.

Revistas

Otárola, M. (2014). La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino. Revista de la Facultad, volumen 5, número 1.

Serrano Gómez, E. (2020). Responsabilidad civil, daños punitivos y propiedad intelectual. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas, México, volumen 14, número 46.

Sentencias

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 127-2007 de las once horas veinticinco minutos del veintiuno de febrero de dos mil siete.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección de Ejecución, resolución 507-2019 de las catorce horas del día once de diciembre de dos mil diecinueve.

Tribunal Contencioso Administrativo, sección cuarta, sentencia 21-2012 de las dieciséis horas del veinte de febrero de dos mil doce.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, resolución 089-2010, de las trece horas diez minutos del diecisiete de marzo de dos mil diez.

Tesis

Hidalgo Agüero, A. & Jiménez Mora, X. (1983). El enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de voluntad como nuevas fuentes de derecho. Tesis para optar por el título de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Licda. María Leticia García Jiménez

Vulgarización de Marcas

Licenciada en Derecho, con énfasis en formación de jueces de la Universidad de Costa Rica.
Doctoranda en Derecho procesal y comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
Letrada de la Sala Primera de la Corte Suprema Justicia





Resumen

El propósito de esta monografía, es la comprensión de la vulgarización de marcas, que es la forma por la cual, una marca puede morir por su propio éxito. Asimismo, entender cómo ésta se aplica en las diversas legislaciones y principalmente el análisis de su desarrollo en el derecho costarricense; todo esto, mediante un enfoque cualitativo, del estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional, que permitirá la comprensión de esta figura del derecho marcario.

La vulgarización, se produce ante las expresiones articulables que llevan a la producción de una falla del mercado, porque confunde a las personas consumidoras respecto del servicio o producto que desean adquirir. Se rige por el principio de territorialidad y en Costa Rica, no ha sido posible decretar la misma dada la rigurosidad de los requisitos que presenta el ordenamiento.

Summary:

The purpose of this monograph consists in the understanding of the vulgarization of trademarks which is how a trademark can actually die as a result of its own success. Furthermore, its purpose is to understand how it is applied in the different legal systems and to analyze its development under Costa Rican law by means of a qualitative approach, the study of the doctrine, legislation and national and international jurisdiction, which will allow the understanding of this concept of the Trademark Law.

The vulgarization is caused by expressible expressions that lead to market failure because it confuses the consumers with regards to the service or product they wish to acquire. It is governed by the principle of territoriality and in Costa Rica it has not been possible to establish the same given the strict requirements of the law.

Palabras clave:

Vulgarización de Marcas, Caducidad por genericidad sobrevenida, cancelación por generalización de la marca, genericidio, principio de territorialidad, falla del mercado marcario, sistema objetivo, sistema subjetivo, acciones preventivas, acciones reactivas, acciones recuperativas.

Key words:

Trademark vulgarization, expiration due to supervening genericity, cancellation due to generalization of the trademark, genericide, principle of territoriality, trademark market failure, target system, subjective system, preventive measures, reactive actions, recovery measures.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.

II. ¿QUÉ ES LA VULGARIZACIÓN?

III. ¿POR QUÉ SE PRODUCE LA GENERALIZACIÓN?

IV. DETERMINACIÓN DE VULGARIZACIÓN DE LA MARCA.

a. Sistemas de determinación.

V. LA CADUCIDAD POR GENERALIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

a. Sistema objetivo (Estados Unidos).

b.1. Sistema subjetivo (Costa Rica, México, España y Comunidad Andina).

b.2. Costa Rica. -2. México.

b.3. España.

b.4. Comunidad Andina.

b.5. Análisis.

VI. ACCIONES PARA CONTRARRESTAR LA VULGARIZACIÓN.

VII. EL PROCESO DE LA CANCELACIÓN POR GENERICIDAD EN COSTA RICA.

VIII. SITUACIÓN ACTUAL DE LA VULGARIZACIÓN DE MARCAS EN COSTA RICA.

-X. CONCLUSIONES.

X. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción

Cuando una marca llega a tener un grado de aceptación importante, corre el riesgo de que las personas consumidoras y la competencia, lleguen a utilizarla como la denominación de ese producto o servicio, perdiendo el carácter distintivo que la identifica, ese fenómeno, es conocido como vulgarización de la marca.

La comprensión, de la vulgarización es trascendental para quienes son titulares, pues les permite ejercer acciones no sólo para prevenir que ésta se produzca, sino también, para defender su marca y, eventualmente, conocer cómo proceder para recuperar esa distintividad que tal otorga.

Esta investigación, tiene como fin estudiar el instituto citado, comprender su significado, sobre cuáles marcas recae, cómo se produce, cómo se declara, sus efectos y la forma en que se aborda en Costa Rica; lo que se procurará, mediante un enfoque cualitativo, del estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional, que permitirá la comprensión de esta figura.

Conocida en Costa Rica como cancelación por generalización de la marca, en nuestro país no ha podido ser decretada por las autoridades administrativas por la forma en que la vulgarización está regulada; sin embargo, ante la determinación de la concurrencia de sus requisitos, nada obsta para que algún día seamos testigos de la primera cancelación por genericidio.

¿QUÉ ES LA VULGARIZACIÓN?

La función de una marca, es ser un distintivo del producto o servicio que brinda una determinada empresa o persona y su fin, es lograr que las personas consumidoras asocien ambos elementos (producto/servicio-marca) o como Chaar y Hernández (2018) acotan que la marca se vuelva “top of mind” que es un nivel de recordación máximo o importante de la referida asociación; sin embargo, en algunas ocasiones, una marca puede perder esa distintividad y volverse parte del vocablo común,

este fenómeno es conocido como generalización sobrevenida o vulgarización.

En este sentido, Carlos Fernández-Novoa expone que:

La vulgarización de la marca tiene lugar cuando un signo que inicialmente denotaba el origen empresarial de un producto o servicio pierde este significado y adquiere uno nuevo que consiste en designar en el comercio los productos o servicios del mismo género al que pertenece el producto o servicio [...] originariamente identificado por el correspondiente signo en atención a su origen empresarial (2004, p. 659-660).

Lo anterior lleva a afirmar entonces, que la marca llega a tener tal nivel de aceptación, que muere por su popularidad -o de éxito según Elena Artajo Belenguer -, ya que, en lugar de la asociación marca-producto/servicio a la que se ha hecho referencia, se usa la marca para referirse a cualquier producto o servicio de la misma especie; aspecto que ha destacado en tal sentido el Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica en la sentencia 029-2007, en la que expresó:

[S]e presenta una disminución en la capacidad de atracción de la marca, cuando el signo marcario, con el transcurso del tiempo y la gran aceptación y conocimiento del mismo, tiende a convertirse en una designación usual para el tipo de productos o servicios entre el público, lo que se trata propiamente de la "generalización" de la marca, es decir, que la marca se "vulgariza", perdiendo su eficacia distintiva (el resaltado es del original) (p.11).

Lo apuntando, permite establecer que la vulgarización es un fenómeno que afecta a las marcas que tengan expresiones articulables, como en el caso de las marcas denominativas, porque estas "son aquellas constituidas por expresiones pronunciable con o sin significado" , ya que, como se ha expuesto, es esa expresión la que se utiliza para denominar el producto o servicio de forma general.

Asimismo, puede recaer sobre las localizaciones geográficas y denominaciones de origen, "cuando éstas se incorporan al acervo común como indicaciones de calidad, modelos de fabricación, etc" (Lobato, 2002, p. 55). Aspecto que fue así considerado por el juez Pedro Suárez Baltodano, en el voto salvado del fallo 682-2014 del Tribunal Registral Administrativo, respecto al Queso Gorgonzola (que corresponde a la denominación de origen de la localidad de Gorgonzola, Italia) al estimar que tal término se había vulgarizado.

De igual forma, es necesario indicar que la generalización produce lo que diversos autores denominan como una falla en el mercado, porque al convertirse la marca en el nombre por el que se conoce el producto o servicio, esto genera confusión en las personas consumidoras y a su vez, dificulta la competencia entre quienes proveen tales productos o servicios (lo que se ahondará más adelante).

Para retratar mejor lo expuesto, observe las siguientes imágenes:



¿Qué son estos productos?, la respuesta general sería: un termo y un yo-yo; sin embargo, ambos conceptos corresponden a las marcas de estos bienes, las cuales ya han sido generalizadas en Estados Unidos, pues desde ya, se puede adelantar que en Costa Rica no se ha declarado la vulgarización de ninguna marca.

Lo que se conoce popularmente como termo, es en realidad un frasco de Dewar, que es un recipiente aislante que prolonga el frío o el calor de su contenido (2019). Fue patentado por la compañía “Thermos Bottle Company” con la marca “Thermos”, llegando a ser tal su popularidad, que en 1963 fue declarada genérica en Estados Unidos (Termo, s.f).

El yo-yo por su parte, es un juguete formado por dos discos y una cuerda, cuyo nombre deriva de la lengua filipina y significa “viene-viene” (Contreras, 2019). El también llamado “va y viene”, fue introducido a Estados Unidos en la década de los 20’s por el filipino Pedro Flores y registrado con la marca del mismo nombre (yo-yo) por la “Duncan Company” en 1932, siendo generalizada en el citado país en 1965 .

¿Por qué se produce la generalización?

Como se ha podido apreciar, la vulgarización se produce por un sobre-éxito de la marca, pero ¿por qué produce la generalización? Elena Artajo Belenguer divide las causas de tal fenómeno en tres grandes apartados: 1) ser el primero, 2) una falla en la publicidad y 3) la existencia de un monopolio.

La primer causa, se da cuando la marca corresponde al primer producto o servicio de su tipo, sin que exista otro durante algún tiempo, lo que podría llevar a que se use el nombre de la marca como el nombre de ese producto o servicio.

Un ejemplo de lo anterior, podría ser el caso de los primeros “quita y pon” o “notas adhesivas”. La primer empresa en producirlos fue la 3M y la marca con la que los dio a conocer fue “post-it” , esto, hasta que otras empresas pudieron desarrollar este mismo producto. Así, aunque en la actualidad existen otras compañías que fabrican estas notas adhesivas, en el conciente colectivo “post-it” es la forma de referirse a los mismos, y por ello, es que en algunas latitudes (como España) tal marca corre el riesgo de vulgarizarse.

La falla en la publicidad por su parte; corresponde al error en el que incurre el dueño de la marca cuando publicita el producto o servicio, ello debido a que no deja clara la diferencia entre el genérico y la marca, lo que a lleva a que quienes consumen tiendan a nombrar el producto o servicio por la marca y no por su género.

Para visualizar esta causa, imagine un anuncio publicitario con este slogan: “Cuando vayas a la playa, llévate tú after sun”. El citado producto, corresponde a la “loción corporal o facial que se utiliza después de las exposición al sol para calmar y rehidratar la piel”. Si “after sun” es la marca registrada de una compañía, utilizar este tipo de campaña impediría que las personas consumidoras puedan realizar la asociación de la marca con el producto, pues lleva a confundir ambos elementos (género-marca).

El monopolio por su parte (que es la tercer causa) “se produce cuando el titular de la marca la renueva continuamente [...] pudiendo llegar a ostentarse un monopolio ‘sine die’ sobre la misma” (La Vulgarización de la marca, p. 17). La explicación que brinda la autora de referencia no se comparte, pues no permite comprender cómo es que el ejercicio de la renovación de la marca podría llevar a su generalización, ya que la renovación, es un derecho del titular de ésta, por lo que sostenerlo, sería afirmar que éstas no pueden renovarse o que deben tener un tope de renovación.

Sin embargo, se analiza el monopolio como la imposibilidad para que otros puedan fabricar y denominar el producto o servicio en cuestión tal y como lo expone Sandra Ávila González, se llega a comprender mejor tal causa, porque según ésta, es la diversidad de protección del servicio o producto, lo que aumenta el riesgo de vulgarización.

Como es sabido, cuando un nuevo producto o servicio sale al mercado existen diversas formas de protegerlo, por ejemplo: mediante su patente de invención y a su vez, la marca. Así, puede comenzar “a crear un monopolio [que va] más allá del que fue concedido en relación con su signo” (Ávila González, 2018, p. 46).

El ejemplo que brinda Ávila González para explicar esto, es el de la marca “brassier”:

El brassier fue inventado y protegido por medio de una marca y patente por el señor Charles R de Bevoise, no obstante [...] Cuando la marca fue creada [...] identificaba un producto único [...] [y] una vez vencida la protección [...] brassier, [era] el único nombre que el consumidor conocía para denominar el producto [...] Es decir, que pese a haberse terminado la patente, la protección se extendía más allá de un signo identificador a un mercado, pues los demás competidores que quisieran entrar al mercado, se encontraban con una barrera, consistente en la información que recibía el público consumidor [...] [y] que había generado el monopolio, pues, por la protección marcaria y de patente, los competidores tuvieron] dificultades de ingreso al mercado [...] [ya que] debían informarle a los consumidores que lo que estaban produciendo y comercializando eran los mismos brassieres, pero sin usar esa palabra [...] De esta forma, el mercado falla, pues, la imposibilidad de los competidores, de usar una palabra necesaria para denominar el producto, dificulta la entrada al mercado y el posicionamiento en el mismo [...] (2018, p. 47-48)

Determinación de vulgarización de la marca

Una vez aclarado ¿qué es la vulgarización? y ¿por qué se generaliza una marca? corresponde analizar ¿cuál es la consecuencia el citado fenómeno?, la respuesta a tal interrogante, es la caducidad de la marca; aunque, según la norma del país del que se trate, también se puede encontrar como cancelación por genericidad, siendo lo importante en ambos casos, que la marca deja de existir. Sobre el particular, Marcos Marías Alemán (2010) explica que la caducidad tiene por consecuencia la cancelación, lo que permite comprender la asociación de términos.

¿Por qué caducidad? Como se ha podido apreciar, la genericidad de la marca se debe a una situación sobrevenida, en el sentido que, cuando ésta se inscribió, cumplía con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento; sin embargo, es por el aumento de su popularidad que su capacidad de distinción se fue diluyendo, y por ello, pierde el beneficio de protección.

Sobre el particular, Manuel Lobato explica que “[l]as causas de caducidad de las marca son extrínsecas a la misma, se producen durante su vida legal y no constituyen defectos ab origine del signo distintivo, a diferencia de las causas de nulidad” (2002, p. 887).

Lo expuesto lleva a deducir, que existen diversas causas de caducidad y continuando con el autor de referencia (Manuel Lobato), tales causas se dividen en dos grupos: las que operan de pleno derecho (como el caso de la falta de renovación) y las que deben ser declaradas por la autoridad competente; exponiendo el mismo, que la vulgarización, pertenece a la segunda categoría, debido a que, se debe analizar la concurrencia de los requisitos que el tipo de sistema imponga.

Sistemas de determinación

La vulgarización se determina aplicando uno de los dos sistemas existentes al efecto; el sistema objetivo, utilizado en el common law y el sistema subjetivo, que es el que se aplica en los países de tradición romano-germánica.

El sistema objetivo, establece que el genericidio (término acotado por Carlos Abajo citado por Jaramillo Albarez, 2011) “depende de la conducta y hábitos de los consumidores: si éstos emplean usualmente la marca como denominación de un género de productos” (Fernández-Novoa, 2004, p. 660); mientras que en el sistema subjetivo, la vulgarización, se determina acorde a la conducta del titular “se produce por la actividad –el propio titular de la marca la utiliza como si fuera fuera la denominación genérica [...]– o por la inactividad [...] tolera que otros utilicen la marca” (Lobato, 2002, p. 890).

Respecto a esta clasificación, Fernández-Novoa (2004) destaca que el sistema objetivo, armoniza mejor la idea que la marca es un bien inmateral; aunque tiene el inconveniente que, no toma en consideración los esfuerzos del titular por defender la misma. Asimismo, es “proteccionista del consumidor porque se dirige a evitar que se genere un riesgo de confusión” (Vargas Chaves, 2013, p. 7).

Por otro lado, Fernández-Novoa (2004) refiere que el sistema subjetivo, es en realidad un sistema subjetivo-mixto, dado que, no sólo requiere de la acción o inacción del titular, sino también, se debe demostrar que la marca se ha convertido en el uso genérico del producto o servicio, sea así un doble requisito, lo que considera más ventajoso para el titular, porque le da la oportunidad de frenar la conversión de su marca en un signo genérico.

Esta concepción es de vital importancia, porque como se analizará, el doble requisito es esencial para la determinación de la genericidad en muchas latitudes, incluyendo la costarricense;

aunque, en adelante se mencionará éste simplemente como sistema mixto, porque, en los países que exigen la citada confluencia, no se da prevalencia a alguno de los dos requisitos.

LA CADUCIDAD POR GENERALIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La caducidad de la marca, opera de forma similar a la inscripción de ésta, en el sentido que se rige por el principio de territorialidad, según el cual, las marcas se protegen solamente en el lugar donde se concedió el registro, siendo ello un aspecto que no afecta la inserción del país protector en sistemas comunitarios o de registro internacional.

Esto quiere decir, que la declaración de caducidad por genericidad sobrevenida se realiza país por país, porque, depende no sólo del sistema que se aplique, sino también, de la posibilidad que la marca llegue a convertirse en un uso común por la forma en la que se expresan las personas de cada lugar.

Para comprender lo anterior, se utilizarán algunos de los ejemplos brindados por Hugo Xavier Pillco Rivero de productos que se conocen por su marca y no por el nombre y se compararán con la forma de expresión popular de nuestro país.

Producto	Producto	Costa Rica
	Coaster o coster (Perú)	Microbús
	Birome (Argentina)	Lapicero

Los nombres con lo que se denomina a los productos indicados en Perú y Argentina, corresponden a las marcas con las que fueron registrados, por lo que, al ser su marca un nombre de uso común en estos países, podrían convertirse en marcas genéricas, pero no en Costa Rica, dado que, en nuestro país no se les conoce por sus marcas.

Ahora bien, piénsese el caso de protecciones internacionales, como la del Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas, según el cual “[l]os nacionales de cada uno de los países contratantes podrán obtener en todos los demás países parte en el presente Arreglo, la protección de sus marcas” esto porque: “[a] partir del registro [...] en la Oficina Internacional [...] la protección de la marca [...] será la misma que si esta marca hubiera sido depositada directamente en ellos”.

Esta situación podría llevar a pensar que el principio de territorialidad no aplica, ya que existe una protección que se extiende a los Estados parte del Arreglo (del cual Costa Rica no es parte); sin embargo, según lo acotado en el párrafo anterior, al decir que el registro de la marca se entiende como depositado en cada país, se observa el respeto al citado principio, lo que reitera el artículo 5 del referido acuerdo. Dicho numeral, permite denegar el registro internacional por parte de los países miembro realizando la correspondiente notificación, e incluso, impone el deber de asegurar el derecho de defensa cuando se pretenda la anulación de la marca internacional.

Adicional a esto, según se comprende de la estipulación del canon 6 del Arreglo en mención, una vez transcurrido el plazo general de protección marcaria (5 años) hay un desligue de la protección en el país de origen, porque el registro internacional se “efectúa por veinte años, con posibilidad de renovación”, lo que llevaría a reforzar la tesis que la solicitud de cancelación por caducidad se debe hacer país por país.

La pregunta que se genera al respecto, sería: ¿qué pasa si la caducidad por vulgarización fuese decretada dentro del plazo de los 5 años en los que aún está vigente la protección en el país de origen, afectaría la protección internacional?. El Arreglo de Madrid, no brinda una respuesta directa, pues el artículo 6 inciso 4) del mismo, refiere que se debe comunicar a la Oficina Internacional la cancelación cuando sea en el caso de cancelación voluntaria o de oficio; mientras que, el numeral 9 inciso 1) de dicho tratado internacional, estipula el deber de comunicar la cancelación cuando los cambios afecten el registro internacional.

De lo que se ha analizado, se debe recordar que la caducidad tiene por consecuencia la cancelación, por lo que, cuando el Tratado en cuestión hace referencia a la cancelación, se debe entender que cuando se produce la genericidad, se debe cumplir con la obligación de comunicación en los supuestos apuntados.

Asimismo, se tiene que la forma de referirse a un determinado producto o servicio puede variar sustancialmente de un país a otro (tal y como se ejemplificó), por lo que, la determinación de que una marca ha sido vulgarizada no podría considerarse como una situación que afecte el registro internacional; mientras que, la cancelación oficiosa, dependerá de las políticas internas de cada país, lo que lleva a deducir, en respuesta a la pregunta planteada, que la generalización no afecta el registro internacional, sin importar que ésta se declare en el país de origen dentro de los 5 años de protección general.

Con la claridad de lo anterior, se procede a analizar la forma en que se regula y determina la caducidad de las marcas en Costa Rica y en otros países, para lo cual, se analizará su procedencia en ambos sistemas (objetivo y subjetivo).

A. Sistema Objetivo (Estados Unidos)

Según el “Lanham Act” de los Estados Unidos, la cancelación de la marca opera mediante una petición de la siguiente forma:

1064. Una petición para cancelar el registro de una marca, indicando los motivos en los que se basó, puede, previo pago de la tarifa prescrita, ser presentada de la siguiente manera por cualquier persona que crea que sufre o sufrirá daños [...] (3) En cualquier momento si la marca registrada se convierte en el nombre genérico de los productos o servicios [...] Una marca registrada no se considera que es el nombre genérico de productos o servicios únicamente porque dicha marca también se utiliza como nombre de o para identificar un producto o servicio único. El significado primario de la marca registrada para el público es relevante por ser la motivación del comprador y éste será la prueba para determinar si marca registrada se ha convertido en el nombre genérico [...].

Como puede apreciarse, la norma en cuestión no señala mayor requisito, solamente, que la marca se haya convertido en la denominación genérica del servicio o producto; aunque Iván Vargas Chaves (2013) explica que, según el apartado 1127 del “Lanham Act”, esta norma pareciera tener una derivación subjetiva, pero, ello es un aspecto que el mismo autor deja de lado al exponer que ello no se analiza al momento de conocer estos casos en las Cortes Federales, pues únicamente se centran en la conversión genérica por parte del consumidor o consumidora.

De igual forma, es menester señalar que a diferencia de lo que ocurre en los países de tradición romano-germánica, la caducidad por genericidad tiende a alegarse como una defensa, y rara vez como acción, esto, según lo expuso la jueza norteamericana Virginia Covington, en la conferencia del Programa Regional de Propiedad Intelectual para Jueces Costa Rica, impartido a las personas juzgadoras del Poder Judicial en el año 2021.

Sobre el particular, la conferencista explicó que para declarar la cancelación de la marca, se realiza un estudio que denominó como “la muestra 100”, en la que, se procede a preguntar cuál es el nombre de un determinado producto o servicio a 100 personas, y si de estas la gran mayoría indica el nombre de la marca, entonces acaece el genericidio.

La prueba apuntada parece ser la idónea para demostrar la conversión genérica, pues, como lo expone Vargas Chaves (2013), la pregunta de cuál es el primer término por el que los usuarios conocen el producto o servicio, se estableció como base en la resolución de esta clase de asuntos en el caso *Anti-Monopoly vs. General Mills Fun*, en el que se debatió la vulgarización del término “Monopoly”.

Asimismo, y según explica Tinoco Soares, en el caso *Yoshida International Inc vs. E.I Du Pont de Nemours & Co. Inc*, en el que se conoció la vulgarización de la marca “Teflón” –la cual se mantuvo por la Corte norteamericana–, es posible deducir que “la muestra 100” debe ser clara, en el sentido de que sea una respuesta precisa para lo que se pretende, pues si se dan respuestas ambiguas por parte del público consultado, no se logrará la cancelación pretendida.

B. Sistema subjetivo (Costa Rica, México, España y Comunidad Andina)

Como se indicó líneas atrás, el sistema subjetivo-mixto requiere de la verificación de un doble requisito para establecer que se dio el genericidio, mismos que Belén Jaramillo resume en tres criterios de determinación, a saber: la encuesta, la inclusión en diccionarios y el uso por parte de terceros. Criterios que a su vez, también utiliza Carlos Abajo (citado por la misma autora) como formas de determinar la genericidad sobrevenida.

La encuesta; corresponde al parámetro establecido por el Tribunal de la Comunidad Andina y “es el realizar la pregunta ¿Qué es?, frente al producto o servicio de que se trata. Y si la respuesta dada por el consumidor [...] es la marca que creemos se ha vulgarizado, el signo [...] cae en la genericidad” (Vulgarización de la marca registrada, 2011, p. 184).

Como es posible apreciar, este criterio corresponde al requisito objetivo del sistema mixto, el cual, es similar al estudiado en el sistema objetivo y es considerado como necesario por el Tribunal Registral Administrativo de Costa Rica, cuando en el voto 732-2018 (en la que se conoció la defensa de vulgarización de la marca “Tasa Cero”), refirió: “Para poder determinar o probar ese hecho se necesita como mínimo una encuesta que determine los supuestos del artículo 38 citado” (p. 11).

Lo anterior, lleva a considerar que, al igual que en los países regidos por el common law, la consulta a las personas consumidoras, es una de las pruebas necesarias para que una marca se declare como genérica; y, aunque los Tribunales aludidos no indican cuál es la cantidad de personas que se deben consultar para tal efecto, la “muestra 100” se puede tomar como parámetro; pero, con el fin de lograr una mayor convicción de quien resuelve, se estima que el número de encuestados debería ser mayor a 100.

De igual forma, podría utilizarse este criterio para demostrar la actitud pasiva-omisiva del titular respecto de su marca, pues al permitir que ésta se convierta en el nombre genérico por parte de las personas consumidoras, implica que no realizó los esfuerzos necesarios para que éstos sean capaces de diferenciar el producto o servicio de la marca.

El segundo criterio es la inclusión en diccionarios; esto quiere decir, que en los diccionarios se incluye la marca para dar significado al producto o servicio. Al respecto Jaramillo Álvarez (2011) aporta el ejemplo de las marcas: vaselina, yo-yo y nylon, que el diccionario Merriam Webster define como: gel de petróleo, marca de un juguete y medias de material sintético y elástico, respectivamente. Tratándose de:

[U]n indicativo altamente preocupante de vulgarización, puesto que [...] independientemente si el mismo diccionario determina que su función sea una marca o un nombre, la función de un diccionario es ser una obra de consulta de palabras o términos de una determinada lengua, de sinónimos y antónimos, de significados etimológicos, etc., pero en ningún momento la definición de un signo distintivo [es parte de su función, porque como su palabra lo dice, estos lo que hacen es distinguir una marca de otra]. (p. 185).

Dicho criterio, podría estimarse también como una prueba de doble función, porque con este se demostraría la acreditación del elemento objetivo y a la vez, del subjetivo. El primero; porque como lo expuso la autora citada, la función del diccionario es permitir a las personas conocer el significado de una palabra; lo que lleva a inferir, que un gran número de personas .

ha de utilizar el diccionario para comprender el significado de la marca; y a la vez, que si se incluye en el diccionario, es porque muchos hablantes y muchas hablantes utilizan la marca para tal significación. El último criterio, es el uso por parte de terceros; tal y como lo aduce su expresión, éste consiste en la permisión por parte del titular de que otras personas o empresas utilicen su marca para denominar los productos o servicios de la misma especie que comercializan. Al igual que en los supuestos anteriores, configuran un doble criterio probatorio. El primero es el subjetivo, pues en este, es más clara la actitud pasiva-omisiva de titular por impedir que otros utilicen su marca; mientras que el supuesto objetivo, se configura con la deducción que, ante la inacción, quienes consumen vayan perdiendo el efecto diferenciador de la marca.

Como es posible apreciar los criterios señalados son situaciones que ayudan acreditar el acaecimiento de la vulgarización; sin embargo, no constituyen un número clausus, dado que, al tratarse de un aspecto probatorio, existen otros medios para acreditar los supuestos subjetivos y objetivos, como por ejemplo: aportar anuncios publicitarios del mismo titular en los que tiendan a la confusión, encuestas no sólo a consumidores, sino también a productores, comentarios en redes sociales, etcétera.

1. Costa Rica

Para iniciar con el análisis normativo, el punto de partida será la estipulación de nuestro país, que en el artículo 38 de Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos establece:

Artículo 38°- Cancelación por generalización de la marca. A pedido de cualquier persona con interés legítimo y garantizando el debido proceso, el Registro de la Propiedad Industrial podrá cancelar el registro de una marca o limitar su alcance cuando el titular haya provocado o tolerado que se convierta en el nombre genérico de uno o varios de los productos o servicios para los cuales está registrada.

Se entenderá que una marca se ha convertido en nombre genérico cuando, en los medios comerciales y para el público, ha perdido su carácter distintivo como indicador del origen empresarial del producto o servicio al que se aplica. Para estos efectos, en relación con esa marca deberán concurrir los siguientes hechos:

- a) La ausencia de otro nombre adecuado para designar, en el comercio, el producto o el servicio al cual se aplica la marca.
- b) El uso generalizado de la marca, por parte del público y en los medios comerciales, como nombre común o genérico del producto o servicio respectivo.
- c) El desconocimiento de la marca por parte del público, como signo distintivo de un origen empresarial determinado.

2. México

El canon 261 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México, que entró a regir el 05 de noviembre del 2021, impone:

Artículo 261.- Procederá la cancelación del registro de una marca, si su titular ha provocado o tolerado que se transforme en una denominación genérica que corresponda a uno o varios de los productos o servicios para los cuales se registró, de tal modo que, en los medios comerciales y en el uso generalizado por el público, la marca haya perdido su carácter distintivo, como medio de distinguir el producto o servicio a que se aplique.

3. España

El numeral 54 inciso 1, apartado b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas de España determina:

Artículo 54. Caducidad.

1. Se declarará la caducidad de la marca mediante solicitud presentada ante la Oficina Española de Patentes y Marcas o mediante una demanda de reconvencción en una acción por violación de marca: [...]

b) Cuando en el comercio se hubiera convertido, por la actividad o inactividad de su titular, en la designación usual de un producto o de un servicio para el que esté registrada.

4. Comunidad Andina

El ordinal 169 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, dispone:

Artículo 169.- La oficina nacional competente, decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona, la cancelación del registro de una marca o la limitación de su alcance cuando su titular hubiese provocado o tolerado que ella se convierta en un signo común o genérico para identificar o designar uno o varios de los productos o servicios para los cuales estuviese registrada.

Se entenderá que una marca se ha convertido en un signo común o genérico cuando en los medios comerciales y para el público dicha marca haya perdido su carácter distintivo como indicación de procedencia empresarial del producto o servicio al cual se aplica. Para estos efectos deberán concurrir los siguientes hechos con relación a esa marca:

- a) la necesidad que tuvieran los competidores de usar el signo para poder desarrollar sus actividades por no existir otro nombre o signo adecuado para designar o identificar en el comercio al producto o servicio respectivo;
- b) el uso generalizado de la marca por el público y en los medios comerciales como signo común o genérico del producto o servicio respectivo; y
- c) el desconocimiento o bajo reconocimiento por el público de que la marca significa una procedencia empresarial determinada.

Respecto al criterio subjetivo propiamente dicho de la normativa española, esto es sólo una condición aparente, ya que en realidad en ese país sí se requiere del doble requisito al que se ha hecho referencia para declarar la caducidad por vulgarización. Esto se afirma, de acuerdo con lo señalado por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia 378/2018, en la que el alto Tribunal expresó:

Nuestro Ordenamiento acoge un sistema subjetivo o mixto, pues para que pueda apreciarse la caducidad por vulgarización de la marca es necesario que concurra un doble requisito: En primer lugar, la conversión del signo en la designación usual de un género de productos o servicios (presupuesto objetivo); y, en segundo lugar, que tal conversión se haya producido como consecuencia de la actividad o inactividad del titular de la marca (presupuesto subjetivo).

Tal explicación, lleva a establecer que en la mayoría de las legislaciones (pues no puede descartarse la idea que existan países que no requieran del doble requisito), se utiliza como elemento para determinar la caducidad el sistema mixto y no simplemente subjetivo, porque al requerir la verificación del conocimiento popular, la alusión de subjetivo se queda corta –tal y como lo afirma Fernández-Novoa-, debido a que, en tal caso, sólo se analizaría la conducta del titular para determinar si se ha dado la vulgarización o no, lo que relegaría la importancia de la marca para las personas consumidoras y se centraría en el interés de la competencia por poder utilizar la marca del titular.

Ahora bien, como se pudo apreciar el artículo 169 de la decisión 486 de la CAN, es posible declarar la generalización de forma oficiosa, aspecto que no se vislumbra como una posibilidad en latitudes como la costarricense.

La justificación para tal posibilidad, la encontramos en la resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 128-IP-2015, en la que, en una interpretación del canon citado (169) expuso:

Para que proceda la cancelación descrita en el párrafo precedente debe cumplirse el requisito esencial de que la marca al tornarse de uso común, genérica o descriptiva haya perdido su fuerza distintiva para distinguir los productos o servicios para los que estaba registrada [...] y de esta manera se vea afectado el público consumidor [...]

En estos casos, nos encontramos frente a determinados productos que en algún momento fueron marcas y que gozaron de capacidad distintiva, pero que, con el transcurso del tiempo se han convertido en genéricas [...] de tal manera que el público consumidor ya no reconoce su poder distintivo ni su origen empresarial [...] La norma comunitaria es clara en determinar que la cancelación la puede pedir cualquier persona y no necesariamente una persona con un interés particular, esto se debe a que el fin último es precautelar el interés de los consumidores que podrían verse engañados adquiriendo productos o servicios que han dejado de ser distintivos en el mercado.

De lo transcrito, se resalta ese interés de protección a la persona consumidora al que se ha hecho alusión, esto, cuando se expresó la importancia de la comprensión del término con el que asocia el consumidor o consumidora el producto o servicio, pero potenciándolo, dado que, como lo acota la citada resolución, al poder verse engañados, podrían tener inconvenientes para adquirir aquello que en realidad desean comprar.

Desde esta perspectiva, podría pensarse en el siguiente ejemplo: “papel aluminio” cuyo nombre común es: hoja metálica flexible, es la marca de la empresa “Aluminios y Compuestos S.A”, pero ésta ha permitido que sus competidores utilicen la denominación “papel aluminio” para identificar a los productos de dicho material de sus compañías; además, es el nombre con el que la hoja metálica flexible es conocida en el mercado y, no hay otra denominación adecuada para este producto.

Así, cuando usted se presenta al supermercado a adquirir el producto acotado ¿podría relacionar papel aluminio con Aluminios y Compuestos S.A?, también, como existen varios productos con el mismo nombre ¿podría identificar cuál es el papel aluminio que desea comprar solo con la referencia “papel aluminio”? y por último, si le presentan un rollo de la hoja metálica flexible descrita ¿Cómo lo llamaría usted?

Una situación como la descrita, en la que “papel aluminio” no tiene esa capacidad de distintividad que resalta al derecho marcario,

es la que (de acuerdo con lo apuntado en la interpretación del Tribunal de Justicia de la CAN) pretende evitar de forma oficiosa la norma de la comunidad andina, toda vez que, en el tanto no sea declarada como genérica, la marca “papel aluminio” continuará gozando de protección marcaria, confundiendo a las personas consumidoras, e incluso, afectando el derecho de los competidores, porque al usar una marca registrada están cometiendo una infracción marcaria.

De esta forma, sin tener que esperar al ejercicio de la acción, sea por infracción (en cuyo caso la caducidad es una defensa), o de cancelación para la declaración directa, la Autoridad Marcaria procede con la cancelación marcaria de forma directa, lo que se vislumbra como una solución expedita ante la falla en el mercado que produce la vulgarización de la marca, la cual, según Iván Vargas citando a Shipley, tiene las siguientes consecuencias:

[L]a protección de marcas genéricas crea confusión en el consumidor, quien puede creer que el producto o servicio identificado con la marca genérica posee características diferentes de las de otros productos y servicios que en realidad son idénticos, por lo cual se restringe el derecho que tienen los consumidores de tomar una decisión racional en la selección de las prestaciones de una u otra empresa [...] algunas repercusiones negativas para la libre competencia de la protección jurídica de marcas vulgarizadas: a) la empresa competidora no tendrá el mismo éxito y crecimiento que potencialmente podría alcanzar en el mercado si se extingue el derecho de marca, los competidores tendrán que hacer una mayor inversión en publicidad para promover sus marcas en el intento de sobrepasar las barreras impuestas por la marca genérica; b) las pequeñas empresas se verán obligadas a salir del mercado si no puede sufragar los costos de publicidad y promoción referidos; c) se desincentiva la entrada en el mercado de nuevos competidores (p. 131)

El problema que la norma aludida vislumbra es la ardua labor que implicaría por parte de las autoridades encargadas de la protección del derecho marcario, pues no sólo se requerirá un seguimiento constante de las diversas marcas registradas, sino también, un control respecto de las acciones emprendidas por los titulares para evitar que la marca se vulgarice.

A dichas tareas debe sumarse, la realización estudios de mercado (para saber si no hay otro nombre adecuado del producto o servicio) y efectuar censos marcarios o encuestas constantes a la población (con el fin de determinar el nombre por el que conocen quienes consumen el producto o servicio). Todo lo anterior, para poder establecer la adecuada concurrencia de los requisitos, lo que lleva a considerar, que es una acción de altos costos operativos.

Por último, se destaca el carácter restrictivo con el que las personas legisladoras de Costa Rica y la Comunidad Andina abordan el instituto en estudio, pues si se compara con la regulación mexicana y española, los fallos de otras latitudes, e incluso, de lo que se ha acotado a lo largo de los diversos párrafos, la vulgarización no se produce porque no exista otro nombre con el cual designar al producto o servicio, sino, por su uso generalizado. Al respecto, la sentencia 378-2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, expone:

[...] el uso continuado y usual necesario para la vulgarización ha de ser muy elevado [...] Podrá declararse la caducidad [...] si la marca se ha convertido en la designación usual del producto o servicio no solo entre algunas personas, sino entre la gran mayoría del público destinatario, incluidos los que participan en el comercio del producto o el servicio en cuestión (lo resaltado es propio).

En este sentido, si se toma en cuenta lo acotado respecto a la falla que produce en el mercado la vulgarización de la marca, considerar que la inexistencia de un término adecuado es el requisito indispensable para que la misma opere, limita de forma considerable la figura en cuestión, ya que, se deja de lado la característica esencial de esta y es la metamorfosis que implica el genericidio, convirtiendo un signo distintivo a la denominación del producto o servicio sin estar asociada a una empresa en particular.

Acciones para contrarrestar la vulgarización

De la lectura de los diversos autores, es posible indicar que existen tres acciones para contrarrestar la vulgarización, a saber: preventivas, que serían previas a la interposición de un proceso de caducidad y las que de forma usual debe emplear el titular para evitar la vulgarización; reactivas: que es las que lleva a cabo a el titular cuando conoce de la gestión de cancelación y recuperativas; que es la acción que realiza el titular para procurar nuevamente la protección marcaria.

Las acciones preventivas son las más enunciadas por los autores, pues éstas son las labores que lleva a cabo el titular para evitar que la marca se generalice, por lo que se procederá a describir las más importantes.

La constante aplicación del test “ACID” de la International Trademark Association, que corresponde al acrónimo: Adjetivo, Coherente, Identificador, Distintivo, como se explica a continuación:

Adjetivo: es nunca usar la marca como sustantivo, “o sea que no debería utilizarse la marca precedida de un artículo ni en su forma plural” (Módulo 3: Las Marcas, p. 48).

Coherente: usar la marca de forma homogénea. Lo que implica no variar la forma de expresión de la marca. Ejemplo: BAND-AID y no bandaid.

Identificador: Usar el símbolo identificador ® de la marca junto a ésta.

Distintivo: Expresar la marca de una forma que se diferencie, como entre comillas, cursiva, con uso de mayúsculas y cualquier otro.

No utilizar la marca “para designar el producto ni en lugar de la designación” (Módulo 3: Las Marcas, p. 48).

“Usar el término común para identificar el producto o servicio en combinación con la marca.”

“Entablar las acciones correspondientes contra los competidores que utilicen la marca

como denominación genérica del producto” (Albarellos, 2011, p. 19).

“Hacer campañas de educación a los consumidores y actores de los canales comerciales explicando que la marca es distinta al término genérico. Según la naturaleza del producto o del servicio, una campaña útil es [...] en medios masivos enviando este mensaje.” (Demasiado Famosa? Evitando la Vulgarización de su Marca)

“Indicación de marca registrada en los diccionarios.”. Esto es, exigir el reconocimiento de la marca como tal en el diccionario.

“Utilizar sistemáticamente la palabra marca entre el nombre de la marca y la denominación genérica, por ejemplo: pañuelos de papel marca KLEENEX” (Albarellos, 2011, p. 20)

Las acciones reactivas y recuperativas, corresponden a los supuestos de la reivindicación y la adquisición de la distintividad sobrevenida que explica Manuel Lobato, de las cuales, la primera; es considerada por el citado autor como una posibilidad de subsanación que, aunque no está reconocida en las diversas legislaciones, sí puede evitar la declaratoria de la genericidad; mientras que la segunda, sí se trata de una situación regulada en otras latitudes (como en el caso de las legislaciones apuntadas), pero, ese no es el caso de legislación costarricense.

La reivindicación; según explica el autor de referencia (Manuel Lobato), es aquella que se produce cuando previo a la cancelación de la marca por vulgarización, el titular emprende acciones y logra demostrar la eliminación de las permisiones u omisiones que podían llevar al genericidio, porque, la razón “de la caducidad [...] es expulsar del Registro marcas que adolecen de un vicio sobrevenido [mismo que] dejaría de cumplirse si [...] ya no tienen dicho vicio” (Comentario a la Ley 17/200, de Marcas, 2002, p. 888).

Esta subsanación, implica la posibilidad de perder la inversión de la administración (en el caso de la acción oficiosa) o del particular (cuando es a petición de parte) para recabar las pruebas que acrediten la vulgarización; sin embargo, el problema que tiene para el titular esta acción, es que se tiene que demostrar previo a la declaración de genericidad.

La citada acción, se considera procedente en el ámbito costarricense, pues de acuerdo a lo establecido en los artículos 41.2 del Código Procesal Civil (CPC) y 23 del Reglamento a la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos (RLM), toda vez, que es deber de la parte que se opone a una pretensión, demostrar los hechos impeditivos de ésta, lo que podría ser el caso de si al momento del traslado de la demanda, el titular es capaz de demostrar que ha ejercido las acciones que levantan el vicio de genericidio, como por ejemplo la eliminación de publicidad engañosa.

En otro orden de ideas, podría pensarse en el ejercicio de un incidente de hechos nuevos (numeral 113 del C.P.C.), pero, esta vía parece excluida del trámite administrativo del canon 49 del R.L.M., por lo que cabría cuestionarse si es posible plantear el levantamiento del vicio ejerciendo el recurso de apelación del precepto 65 del RLM y 26 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (L.P.O.D.P.I.).

Esto, alegando el incumplimiento de los requisitos y demostrando el ejercicio de las acciones que impiden la vulgarización.

Sin embargo, ante el agotamiento de la vía administrativa (ordinal 19 de la L.P.O.D.P.I.), será ante en el procedimiento ordinario civil, en el que se deba discutir el levantamiento de la declaratoria de la genericidad (ordinales 38 de la L.P.O.D.P.I. y 101 del C.P.C.), momento en el cual, el titular deberá demostrar la no concurrencia de los requisitos y si hubo situaciones que podrían llevar a la misma, acreditar el efectivo ejercicio para eliminar tales.

Por último, la adquisición de distintividad sobrevenida; es el fenómeno contrario a la vulgarización, se le conoce por el nombre de “secondary meaning” y se daría después de la declaratoria de cancelación (lo que implica que la marca ingresó al uso común). Consiste “[...] *en la posibilidad de acceder al registro del signo [...] si éste ha sido usado de manera constante, hasta el punto de que [...] le haya otorgado distintividad y [...] el público consumidor reconoce un origen empresarial determinado [...]*”.

Sobre el particular, José Carlos Tinoco Soares (2006), expone el caso de la marca “Singer” que, en el año 1896 fue declarada en Estados Unidos como el genérico de las máquinas de coser; pero, dado que el titular continuó utilizando la marca, con más cuidado, que logró una distribución mundial, y ante la disminución de sus competidores, en el año 1952/1953 adquirió nuevamente sus derechos marcarios.

Esta última acción, se denomina de recuperación, porque, como se ha podido apreciar, es el esfuerzo del titular el que le permite readquirir la protección marcaria. A su vez, debe destacarse con base en el ejemplo brindado (que es el único encontrado) que ésta posee el inconveniente de que se trata de una tarea que requiere de un gran esfuerzo del titular, pues debe lograr que la marca sea nuevamente distintiva y podrían pasar muchos años para recuperar la protección marcaria perdida.

Por último, es necesario indicar que, en el caso de Costa Rica, este instituto no está regulado en la legislación marcaria; sin embargo, es reconocida por el Tribunal Registral Administrativo, e indica que, es deber para el alegante de demostrarla; pero, la posibilidad de registrarlas es una facultad de los Estados, de acuerdo con el artículo 15.1 del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio (A.D.P.I.C.).

Asimismo, en el voto 1160-2009, el citado Tribunal explica la posibilidad de reconocer la distintividad sobrevenida por parte de la jurisprudencia, ello, explicando el caso de la jurisprudencia argentina y lo que expone la doctrina de Gabriel Martínez Medrano, que aporta el ejemplo de la distintividad del Campeonato Argentino de Polo de Palermo y el Campeonato Argentino Abierto de Polo.

EL PROCESO DE LA CANCELACIÓN POR GENERICIDAD EN COSTA RICA

El procedimiento para solicitar la cancelación de la marca por genericidad en Costa Rica requiere de dos fases sea: primero realizar el proceso ante la autoridad registral, el cual se encuentra establecido en el R.L.M. y la L.P.O.D.P.I. y una vez agotada la vía administrativa (ordinal 26 de la L.P.O.D.P.I.), acudir al proceso judicial, propiamente al proceso ordinario civil; último del cual, no se tiene conocimiento que se haya ejercido.

Con motivo de lo anterior, se dará énfasis al trámite ante la autoridad registral, ante la cual, la vulgarización puede alegarse de dos formas: como acción que es la forma que se establece en el artículo 38 de L.M., y como defensa, pero por medio de una contra acción, porque los ordinales 41.2 del C.P.C. y 23 del R.L.M., imponen el deber de quien alegue el demostrarla, lo que implica el deber del alegante de establecer los hechos y situaciones que acrediten su posición.

Pese a lo anterior, debe indicarse que en nuestro país de los pocos casos resueltos acerca de este tema, la vulgarización se ha establecido como contra acción tal y como se desprende del voto 0732-2018 del Tribunal Registral Administrativo, cuando indicó: “el **BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL** [...] contestó solicitando la cancelación por generalización de la marca” (el resaltado es del original).

Los requisitos para la solicitud de cancelación pueden apreciarse en la guía de calificación de los actos y contratos susceptibles de inscripción del Registro de la Propiedad de Industrial que al respecto acota:

A) Requisitos de la solicitud

1. Nombre del solicitante (art. 3, inc. a, del R.L.M.)
2. Tratándose de personas jurídicas, el lugar de su constitución y su domicilio; nombre del representante legal, su domicilio, dirección y calidad en que comparece (art. 3, inc. b y c, del R.L.M.)
3. [(sic)]. Dirección exacta, apartado postal, fax para recibir notificaciones, o cualquier [...] medio electrónico (art. 3, inc. d, del R.L.M.)
4. [(sic)] [...]
5. [(sic)]. Identificación del signo distintivo cuya cancelación se solicita, indicando sus datos registrales y el número de expediente (art. 48, inc. a, del R.L.M.)
6. [(sic)]. Nombre y lugar para notificar al titular del registro. (Art. 48, inc. b, del R.L.M. y Circular Administrativa DRPI-006-2010)
7. [(sic)]. Expresar el interés del solicitante en promover la cancelación [...] (art.48, inc. c, del R.L.M.)
9. [(sic)]. Los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa (art. 48, inc. d, del R.L.M.)
10. [(sic)]. Las pruebas en que se funda la solicitud (art. 48, inc. e, del RLM)
11. [(sic)]. La petición en términos precisos (art. 48, inc. f, del R.L.M.)
12. [(sic)]. Original y copia de la solicitud, pruebas y demás documentos que la acompañen (art. 136 del C.P.C.)
13. [(sic)]. Lugar para recibir notificaciones, firma del solicitante.

B) Requisitos específicos

1. Los notarios públicos deberán consignar un número consecutivo a toda certificación que expidan, indicar la fuente de la cual emana la información que se certifica, así como rubricar y estampar su sello blanco en cada uno de los folios que la conforman (según lo dispuesto por los artículos 66 al 74 de los “Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial”, de la Dirección Nacional de Notariado, que rigen partir del 18 de junio del 2007 y que fueron publicados en el Boletín Judicial número 99 del 24 de mayo de 2007 y su aclaración el 8 de junio en el Boletín Judicial No. 110, y Circular No.R-PI-12-2004 emitida por la Dirección del Registro de Propiedad Industrial). Las pruebas documentales deberán aportarse en original o copia certificada [...] además deberán de estar debidamente legalizados cuando así sea requerido.

2. [...]

3. Cancelar la suma \$25 por concepto de tasa por cada clase. (Artículo 94 inciso m de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos)

4. [...] (El subrayado y resaltado es del original) . Al respecto, ha de indicarse que la guía de calificación mezcla los requisitos de la solicitud de cancelación, con los aspectos procesales de la cancelación, por lo que, para lograr una adecuada comprensión de ambos, se omiten los segundos del texto aportado y se presenta el siguiente esquema del proceso propiamente dicho.

Solicitud.

Requisitos de los artículos 3 y 48 R.L.M.

Se realiza examen de verificación en el plazo 15 días (art. 13 L.M.).

En caso de incumplimiento, se realiza prevención por el plazo de 15 días bajo apercibimiento de abandono (art. 13 L.M.).

Emplazamiento.

Por el plazo de un mes (art. 49 R.L.M.).

Audiencia.

En caso de que sea necesario evacuar prueba.

Registro fija un plazo de 15 días (art. 49 R.L.M.)
Resolución

Dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo del emplazamiento, o de la audiencia.

Declarada la cancelación, se debe publicar aviso por 1 vez a costa del interesado en el Diario Oficial (art. 49 R.L.M. y 86 L.M.).

En los casos en que se haya notificado de forma efectiva la resolución final, para la eficacia de esta no será su publicación, un requisito de eficacia. (Circular DRPI-001-2015) (s.f, págs. 35-36).

Firme la resolución, se realiza anotación al margen, indicando su estado procesal (Valverde Mora, 2021, pág. 268).

Recursos

Revocatoria. Se interpone dentro del plazo de los 3 días siguientes a la notificación (art. 64 R.L.M.)

Apelación.

Se interpone dentro del término de 5 días hábiles contados a partir de la notificación (art 65 R.L.M., 25 y 26 L.P.O.D.P.I.).

Esta resolución tiene revocatoria (art. 26 L.P.O.D.P.I.) y agota la vía administrativa (art.19 y 25 L.P.O.D.P.I.).

Proceso Civil

Se interpone mediante el proceso ordinario (art. 38 L.P.O.D.P.I. y 101 C.P.C.).

La L.P.O.D.P.I. remite al proceso abreviado; sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 9342, se debe entender que es el proceso ordinario.

Por último, resta determinar a partir de cuándo se producen los efectos de la caducidad de la marca por generalización sobrevenida, como fue posible apreciar, el artículo 38 de la L.M. es omiso al respecto y tampoco lo refleja el numeral 49 del R.L.M.

Al respecto existen dos posiciones; la primera estima que los efectos se han de producir “desde el momento en que se produjeron los hechos que la causaron”; la segunda, por su parte, determina que el “efecto primero y podría decirse único es que la marca declarada caduca, con retroactividad a la fecha en que se inició la acción”.

De estas posiciones, la primera presenta un gran obstáculo, porque requeriría demostrar no sólo que la marca se haya vulgarizado, sino también, el momento en que se producen los hechos que la causan, lo que es algo sumamente difícil, porque como se analizó, el genericidio se relaciona con la evolución de la lengua y del comercio; esto quiere decir, que los interesados sólo podrían aportar una fecha aproximada del citado momento y llevaría a un formalismo innecesario para eliminar el error en el mercado.

La conclusión del autor Jorge Otamendi (segunda posición), se considera más apropiada, dado que, es gracias al proceso en el que se alega la generalización que la marca protegida pierde tal condición, pues en éste se demuestra la concurrencia de los requisitos legales para ello, y sin el referido análisis y consecuente declaración, el signo distintivo mantiene su protección e impedimento de uso por terceros.

Situación actual de la vulgarización de marcas en Costa Rica

Como se adelantó, en Costa Rica y a la fecha de esta investigación, es posible indicar que no se ha declarado la genericidad de alguna marca, pese a que como se ha podido apreciar, sí ha sido alegada en diversas ocasiones. También, ha de acotarse que a nivel de los tribunales civiles y contenciosos de alzada (que son los fallos que se pueden consultar en el sistema nexus.pj), no fue posible ubicar sentencia alguna respecto del tema en cuestión; sin embargo, los fallos existentes a nivel administrativo aportan una importante revelación respecto al análisis que realiza el ente registrador en la aplicación de la figura.

Así, los votos 0021-2016, 265-2007 y 0732-2018 del Tribunal Registral Administrativo, exponen aspectos relevantes que deben acreditarse por parte de quien pretende la generalización.

Se debe demostrar la inexistencia de otro nombre o designación para nombrar al producto o servicio del que se pretende la caducidad.

Es necesario evidenciar el uso generalizado de la marca por parte del público y medios comerciales.

Se requiere acreditar el desconocimiento del público de la marca como signo distintivo de una empresa determinada.

Aportar prueba, respecto a la actividad o inactividad del titular de la marca.

La prueba que debe presentarse al proceso debe estar de acuerdo a la legislación y la doctrina en general respecto a que la marca se ha convertido en el nombre genérico del producto.

Por su parte, el fallo 265-2007 del T.R.A. mediante el cual se revocó la cancelación por genericidad dictada por el Registro Nacional de la marca “pita”,

adiciona un aspecto importante, y es que en los casos de las marcas compuestas, no se puede desintegrar la percepción de éstas, como es el caso de un signo distintivo y un elemento gráfico, porque, la marca se percibe por las personas consumidoras como un todo; de modo que, siempre “podría permitir al público identificar el producto gracias a la marca, atribuyéndole una procedencia empresarial determinada”

Sobre el particular, se comprende la explicación efectuada por el Tribunal al respecto; sin embargo, si éste hubiese sido el único aspecto por el que se rechazó la vulgarización de la marca, sería posible cuestionar en la sede civil la indebida aplicación del numeral 38 de la L.M., pues este permite limitar el alcance la marca, lo que posibilitaría dimensionar los efectos de la misma y en ese tanto, podría pensarse en una cancelación parcial. Para finalizar, se aporta una tabla con la indicación de los 4 fallos que analizaron de forma directa el tema de la cancelación de la marca por generalización, con los aspectos más relevantes que estas mencionan.

Voto	Aspecto relevante
029-2017	Vulgarización no se produce en marcas tridimensionales. Diferencia entre dilución y vulgarización de marca. Plazo para resolver del artículo 38 L.M. es ordenatorio.
265-2017	Marca se debe analizar como un todo. Elementos a probar en la vulgarización.
0021-2016	Elementos a probar cuando se pide la vulgarización
0732-2018	Diferencia entre marca notoria y genericidad de la marca.

Conclusiones

La vulgarización es un fenómeno que se produce de forma sobrevenida por el sobre éxito de una marca y que lleva a la pérdida de la protección marcaria; ello mediante la acreditación de los requisitos ante la autoridad correspondiente, pudiendo encontrarse bajo el nombre de cancelación por genericidad o caducidad por genericidad.

La generalización recae sobre aquellas protecciones que tengan expresiones articulables, que producen una falla en el mercado porque impide a las personas consumidoras la adecuada relación entre la marca y la empresa, y a su vez, porque entorpece la competencia entre los productores o prestatarios del servicio.

La pertenencia del país protector a sistemas comunitarios o de registros internacionales no limita de forma alguna la posibilidad de declarar la genericidad de la marca, pues esta se rige por el principio de territorialidad, debido a la diversidad de formas de expresión y la evolución de la lengua en cada país.

El legislador costarricense ha establecido requisitos rigurosos para decretar la cancelación de la marca, dado que, exige la inexistencia de otro nombre para denominar el producto o servicio que se pretende vulgarizar, cuando en realidad el fenómeno a lo que apunta, es a que la marca del producto o servicio en cuestión se haya convertido en la designación usual en el mercado y las personas usuarias o consumidoras.

La cancelación de oficio por parte de las autoridades protectoras tiene el noble fin de eliminar la falla que produce la vulgarización en el mercado; sin embargo, tal acción se considera inviable dados los altos costos operativos y el seguimiento constante que ello ha de implicar sobre las marcas registradas y sus titulares.

Las acciones para contrarrestar la vulgarización pueden dividirse en tres grupos: preventivas, que son las acciones a emprender por el titular para evitar que la marca se vulgariza; reactivas, que son las utilizadas cuando se ha presentado la solicitud de cancelación; y las recuperativas, que corresponden a las acciones para recuperar la distintividad perdida.

La reivindicación y la distintividad sobrevenida son acciones que se consideran de posible aplicación en el ámbito costarricense, pues, aunque no se encuentran reguladas como tales, es el reconocimiento de la normativa y la jurisprudencia respectivamente, las que posibilitan su uso en nuestro país.

En Costa Rica, el genericidio obliga como cualquier acto de alegación o defensa, a la acreditación de los requisitos para su declaración, por lo que los solicitantes deben prestar cuidado a los supuestos que establece la normativa para procurar su procedencia. Estos requisitos no se limitan a la parte legal, pues se debe realizar un estudio constante de la doctrina, en caso de que ésta

aporte algún elemento probatorio adicional y de importancia para la figura, de acuerdo con lo señalado con el Tribunal Registral Administrativo.

Bibliografía

Sentencias

Decisión 486. (14 de setiembre de 2000). Regimen Común sobre Propiedad Intelectual. Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú: Comunidad Andina. Ley 7978. (01 de febrero de 2000). Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Costa Rica: La Gaceta No. 22.

Ley 8039. (27 de octubre de 2000). Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. Costa Rica: La Gaceta No.206.

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. (08 de diciembre de 2001). España: BOE núm. 294. Decreto Ejecutivo 30233. (04 de abril de 2002). Reglamento de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. Costa Rica: La Gaceta No. 65.

Voto 029-2007, 2006-0291-TRA-PI (Tribunal Registral Administrativo 15 de enero de 2007). Voto 1160-2009, 2009-0085-TRA-PI (Tribunal Registral Administrativo 16 de setiembre de 2009).

Voto 682-2014, 2014-0090-TRA-PI (Tribunal Registral Administrativo 02 de octubre de 2014). Proceso 128-IP-2015, Expediente Interno: 127735-C (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 20 de julio de 2015).

Ley 9342. (08 de abril de 2016). Código Procesal Civil. Costa Rica: La Gaceta No. 68.

Sentencia 378/2018, SAP B 6128/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6128 (Audiencia Provincial de Barcelona 06 de junio de 2018).

Sentencia 378/2018, Recurso: 948/2017 (Audiencia Provincial de Barcelona 06 de junio de 2018). Voto 0732-2018, 2018-0401-TRA-PI (Tribunal Registral Administrativo 13 de diciembre de 2018).

Normativa

LFPPI. (01 de julio de 2020). Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. México: Diario Oficial de la Federación (DOF).

Miembros de la Unión de Madrid. (28 de setiembre de 2021). Recuperado de OMP: https://www.wipo.int/export/sites/www/-treaties/es/documents/pdf/madrid_marks.pdf

Artículos en línea

Albarellos, C. M. (20 de diciembre de 2011). La aptitud distintiva de las marcas. La vulgarización y el "secondary meaning". Recuperado de Revista Digital de la REI en PROPIEDAD INDUSTRIAL: https://issuu.com/redesdeexpertos_ceddet/docs/n9_revista_digital_de_la_rei_en_propiedad_industri

Alemán, M. M. (junio de 2010). El Principio de Territorialidad de los Derechos de Propiedad Industrial frente a dos nuevas realidades: globalización e internet. Recuperado de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7507232.pdf>.

Angarita Palma, G. (22 de octubre de 2020). El sistema de Madrid como mecanismo ideal para el registro internacional de la marca. (Cápsulas Jurídicas de Derecho Privado Internacional, Intérprete) Facebook Live; Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Artajo Belenguer, E. (2017/2018). La Vulgarización de la marca. Universidad de Derecho de Zaragoza.

Ávila González, S. (2018). ¿Es la vulgarización de una marca una falla del mercado? Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana.

Chaar, A., & Hernández, K. (2018). youtube. Recuperado de Vulgarización de una marca: <https://youtu.be/Nbuw3pYV9Q>

Contreras, R. (30 de enero de 2019). Yoyos Coca-Cola: La historia de un juego emblemático que conquistó generaciones. Recuperado de Coca Cola Journey: <https://journey.coca-cola.com/historias/yoyos-cocacola-la-historia-de-un-juego-emblematico-que-conquistogeneraciones>

Covington, V. (09/10 de setiembre de 2021). Tratamiento de las patentes y marcas en Estados Unidos. Programa Regional de Propiedad Intelectual para Jueces. Embajada de los Estados Unidos en Mexico y la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos.

Fernández-Novoa, C. (2004). Tratado sobre Derecho de Marcas (2da ed.) Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Grediaga, A. (18 de abril de 2016). Por qué es tan importante utilizar After Sun. Recuperado de Pharmaciuss.com: <https://www.pharmaciuss.com/blog/cosmetica-belleza/por-que-es-tan-importante-utilizar-after-sun>

Jaramillo Albarez, B. (2011). Vulgarización de la marca registrada. Repositorio Digital Universidad Internacional SEK.

Krieger, L. T. (Dirección). (2015). El secreto de Adaline [Película].

Lanham (Trademark) Act (15 U.S.C.). (s.f.). Recuperado el 09 de octubre de 2021 de OMPI: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us177en.pdf>

Llorente, A. (07 de noviembre de 2017). ¿Como se crea una nueva palabra? BBC News/ Mundo

Lobato, M. (2002). Comentario a la Ley 17/200, de Marcas.Civitas Edicions S.L.

Mor García, D., & Tobar Zárata, C. (noviembre de 2008). Qué es y cómo probar la distintividad adquirida. Recuperado de Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia: <https://www.sic.gov.co/ruta-pi/noviembre08/que-es-y-como-probar-la-distintividad-adquirida>

Moreno, V. (19 de agosto de 2015). Cuando la marca muere de éxito. Recuperado de Expansión - Diario Económico e información de mercados: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tenedencias/2015/08/18/55d3689bca474130288b4589.html>

Oliver, V. (s.f). Historia del yo-yo. Recuperado el 09 de octubre de 2021, de yoyomuseum.com: <http://www.yoyomuseum.com/museum-view.php?action=profiles&subaction=yoyo>

Otamendi, J. (2002). Derecho de Marcas (4ta ed.). Editorial Abeledo Perrot.

Pillco Rivero, H. X. (2017/2018). 23 Productos que conocemos por su MARCA y no por su Nombre. YouTube, Perú.

Rodríguez Carazo, E., & Rodriguez Jinesta, J. (20 de mayo de 2013). Análisis de la Necesidad de Regulación de la Distintividad Sobrevenida en el Derecho de Marcas en Costa Rica. Recuperado de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCR: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bask-pdf-manager/2017/06/An%C3%A1lisis-de-la-Necesidad-de-Regulaci%C3%B3n-de-la-Distintividad-Sobrevenida-en-el-Derecho-de-Marcas-en-Costa-Rica.pdf>

Comunidad Andina. (s.f). Recuperado el 09 de octubre de 2021, de <http://www.comunidadandina.org/>

¿Cómo evitar la vulgarización de una marca? (26 de febrero de 2014). Recuperado de PuroMarketing: <https://www.puromarketing.com/53/19347/como-evitar-vulgarizacion-marca.html>

Frasco de Dewar. (24 de junio de 2019). Recuperado de Quimicafacil.net: <https://quimicafacil.net/infografias/material-de-laboratorio/frasco-de-dewar/>

¿Qué es la vulgarización de la marca? (s.f) Recuperado el 09 de octubre de 2021, de CurrellSuñol, Abogados de Propiedad Intelectual: <https://currellsunol.com/es/blog/la-vulgarizacion-de-la-marca/>

Demasiado Famosa? Evitando la Vulgarización de su Marca (s.f). Recuperado el 10 de octubre de 2021, de Olarte Moure, Abogados: <https://www.olartemoure.com/demasiado-famosa-evitando-la-vulgarizacion-de-su-marca/>

Guía de Calificación de los actos y contratos susceptibles de inscripción del Registro de la Propiedad Industrial. (s.f). Recuperado el 16 de octubre de 2021, de Registro Nacional: http://www.registro-nacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/pi_servicios_formularios/guias/Guia%20Calificacion%20RPI.pdf

Manual Armonizado en materia de criterios de marcas de las oficinas de propiedad industrial de los países Centroamericanos y la República Dominicana. (s.f). Recuperado el 10 de octubre de 2021, de Registro Nacional: http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/Documentos/Manual%20Armonizado%20Marcas.pdf Módulo 3: Las Marcas. (s.f). Curso de Propiedad Intelectual, OMPI.

Termo. (s.f). Recuperado el 09 de octubre de 2021, de EcuRed: <https://www.ecured.cu/Termo>

Tinoco Soares, J. (2006). Tratado de Propiedad Industrial de las Ámericas Marcas y Congéneres. Buenos Aires: LexisNexis Argentina S.A.

Valenzuela, A. (22 de setiembre de 2013). ¿Cómo se inventaron las notas adhesivas? RTVE.

Valverde Mora, Á. (2021). Manual sobre Derecho de Marcas. San José: IJSA (Instituto de Investigaciones Jurídicas S.A).

Vargas Chaves, I. (2013). La caducidad por vulgarización en la marca y su efecto estabilizador en los mercados. Recuperado de 2021, de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4780105.pdf>.

Imágenes

Thermo: Recuperado el 09 de octubre de 2021 de <https://shopstar.pe/termo-vogue-rojo-thermo-1-8l-278812/p>

Yoyo: Recuperado el 09 de octubre de 2021 de <https://shop.houseofmarbles.com/product/yoyo/>

Toyota coaster: Recuperado el 09 de octubre de 2021 de <https://www.flickr.com/photos/rivera-notario/32774068025>

Birome: Recuperado el 09 de octubre de 2021 de <https://www.libreriaelcolegio.com.ar/lapiceras-biromes-boligrafos-bic-cristal-azul-negro-x10---det--747902973>

Dr. Alban Bonilla Sandí

Libertad de cátedra, CASO UELD

Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
42 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional, Derecho de Familia y Teoría General del Derecho.
Entre otras.





La libertad de cátedra e investigación, los principios esenciales del derecho a la libertad plena de opinión, expresión y creencias de los integrantes de la comunidad universitaria, son principios fundamentales de la enseñanza universitaria.

**(Artículo 5 - Estatuto Orgánico
Escuela Libre de Derecho)**

Resumen

La libertad de cátedra es inherente al quehacer universitario, solo puede existir en condiciones democráticas y es una conquista del siglo XX, con antecedentes en el Iluminismo, la Revolución Francesa, la revolución liberal y la Reforma de Córdoba 1918. Es el derecho que tiene el docente de expresar sus puntos de vista sobre la materia a desarrollar en el aula, con los límites correspondientes.

Resumen

Academic freedom is inherent to university work, it can only exist in democratic conditions and it is a conquest of the 20th century, with antecedents in the Enlightenment, the French Revolution, the liberal revolution and the 1918 Cordoba Reform. It is the right that the teachers have to express their points of view on the subject to be developed in the classroom, with the corresponding limits.

Palabras clave

Autonomía universitaria, libertad de enseñanza, libertad de cátedra, libertad de pupitre, libre expresión, libertad de pensamiento.

Keywords

University Autonomy, freedom of education, academic freedom, desk freedom, free expression, freedom of thought

Sumario

- I. Antecedentes.
- II. Autonomía y libertad de cátedra.
- III. Autonomía y libertad de enseñanza.
- IV. ¿Qué es la libertad de cátedra?
- V. Libertad de cátedra y libertad de expresión.
- VI. Límites legítimos a la libertad de cátedra.
- VII. Libertad de pupitre.
- VIII. Universidades confesionales.
- IX. Caso U.E.L.D.
- X. Conclusiones.
- XI. Fuentes.

Antecedentes.

El tema de la libertad de cátedra está estrechamente ligado a otros dos temas: autonomía universitaria y libertad de enseñanza.

En nuestro medio la autonomía universitaria está consagrada en el artículo 84 de nuestra Constitución Política que determina la autonomía en las universidades públicas. Por su parte, el artículo 79 constitucional decreta la libertad de enseñanza para las universidades privadas, y los otros niveles educativos. Y para ambas prescribe la libertad de cátedra en el numeral 87.

Autonomía, libertad de enseñanza y libertad de cátedra son categorías constitucionales sobre las que está cimentada la educación superior, pública y privada. Y son tres elementos orgánicamente imbricados. Decía don Rodolfo Piza Escalante, primer Presidente de la Sala Constitucional, que una libertad tiene un rango superior a una autonomía, por lo que Sala Constitucional debería proteger más el estatuto de las universidades privadas, pero por la naturaleza política de esta Sala, ha quedado en deuda. Sea por vía de la autonomía o de la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra es un pilar esencial de la educación superior costarricense.

Estos pilares son construcciones sociales, históricas, que obedecen a hechos que se han ido forjando sobre la base de acontecimientos por los que ha pasado la historia de las universidades occidentales. No son una liberalidad histórica,

por el contrario, estos institutos han pasado por diferentes momentos y siguen en desarrollo, como derechos fundamentales son progresivos, pero también tuvieron sus partos, pues han sido producto de luchas históricas en diferentes ámbitos, intra y extrauniversitarios.

Hay quienes sostienen que Sócrates fue el primer educador víctima de la censura e intransigencia de sectores religiosos. Anito, Melito y Licón acusaron a Sócrates de impiedad, en su época castigado con la pena de muerte (algo parecido a la sharía actual), en un país como Grecia, cuna de la libertad, nos puede parecer extraño, pero hay que considerar que los griegos no solo descubrieron la razón, es decir, que las cosas podían explicarse sobre la base de pruebas y razonamientos y no solo se podían explicar mágicamente como sucedía antes del siglo VI a.n.e., pero a pesar de eso, los griegos siguieron siendo muy creyenceros, y siendo un sociedad politeísta, como la mayoría de su tiempo, la libertad no les llegaba hasta el análisis crítico de su mitología. Si bien Sócrates no fundó una universidad, deambulaba y enseñaba a sus discípulos bajo las sombras de los encinos, fue uno de ellos, Platón, el que fundó lo que algunos consideran la primera universidad occidental: La Academia (387 a.n.e.), y posteriormente, su más conspicuo discípulo Aristóteles fundó el Liceo (336 a.n.e), considerada la segunda. Sócrates fue acusado de impiedad y condenado a muerte (399 a.n.e.), condenado solo por hablar, discutir, fue un acto de censura extrema, inconcebible en una sociedad occidental como la actual, con libertad de cátedra.

Al Mundo Antiguo le sucedió la Edad Media, una época caracterizada por el teocentrismo, la Edad Media puede ser caracterizada como teocracia. Después del Pacto del cristianismo con el Emperador Constantino, que se materializó en el Concilio de Nicea (325 D.C.), la Iglesia se convierte en católica (universal del Imperio romano), sube al poder para mantenerlo durante toda la Edad Media. La Iglesia Católica se transforma en la institución más poderosa. El ideólogo de la Edad Media es San Agustín (354-430 D.C.)

que postula los principios que van a regir la Edad Media. No significa esto que hay un nexo causal entre la obra de San Agustín y la Edad Media, sino que la realidad de la Edad Media encuentra su justificación en San Agustín, especialmente en su obra “La Ciudad de Dios”, queda justificada la Inquisición, el dominio de la Iglesia sobre el Estado, la supremacía del derecho natural sobre el derecho positivo, la supremacía de la teología sobre la Filosofía y la Ciencia, y el concepto de educación, como preparación para la otra vida.

No hubo producción filosófica ni científica importante del S. V al IX. En el S. VIII Carlomagno (rival del Papa) funda varias escuelas bajo la dirección de ALCUINO. Son las escuelas PALATINAS, MONACALES y EPISCOPALES. (Antecedentes de las universidades) y cuya enseñanza era puramente escolástica, caracterizada por el bizantinismo. No les interesaba discutir nada nuevo, pues la religión ya lo había dicho todo, es decir, caracterizada por el fanatismo religioso, por ejemplo, la doctrina oficial era la de Ptolomeo (100-170 D.C.) que sostenía que la Tierra era el centro del universo (teoría geocéntrica), lo que después hizo que la Iglesia rechazara la teoría de Copérnico (1473-1543 D.C.) según la cual el centro era el sol (teoría heliocéntrica), que además sirvió de base para el juicio y condena contra Galileo (1564-1642). No les interesaban las ciencias naturales, eran verbalistas. Prevalecía el saber teológico sobre el filosófico y el científico. *Philosophia ancilla theologiae* decían los medievales, es decir, la Filosofía es criada de la teología: La Filosofía y la ciencia se ven como disciplina auxiliar y la escolástica hace filosofía a propósito de la teología.

Es en este ambiente en el que surgen las primeras universidades.

XI Se organizan las primeras UNIVERSIDADES (sobre las escuelas catedralicias): Sorbona (fundada en París, también conocida como Universidad de París, fue fundada por el Obispo de París),

del éxodo de estudiantes ingleses que cursaban en la Universidad de París surge la Universidad de Oxford (1096), que a su vez, y por la misma vía va a engendrar la Universidad de Cambridge por la misma época, bajo la tutela anglicana ambas, la de Salamanca (1218) fundada sobre una escuela catedralicia, la de Salerno fundada a mediados del siglo IX, la de Bolonia fundada en 1088 por estudiantes de la Orden del Carmen y una secesión de estudiantes de Bolonia dio lugar al nacimiento de la Universidad de Padua (1222), otra surgida en la Escuela de Salerno condujo a la creación de la Universidad de Nápoles (1224). En todas estas universidades la influencia religiosa resultó la regla, y en consecuencia estaban signadas por la falta de libertad de pensamiento.

Hay que recordar que los árabes habían conquistado España y fundaron la Escuela de Traductores de Toledo y de Córdoba (ambas árabes), que traducen y comentan a los autores griegos: Arquímedes, Euclides, Ptolomeo, Hipócrates, Galeno, Aristóteles, prohibidos en Europa por dominio de la Inquisición, pero la Inquisición no tenía jurisdicción en los enclaves de Toledo y Córdoba, lo que permitió salvar a buena cantidad de clásicos. En España conviven la cultura árabe, judía y cristiana, por eso España es el primer país europeo en conocer los textos clásicos.

Incluso autores como Aristóteles no se podían enseñar en las universidades europeas, pues fue prohibido expresamente por el Concilio de París en el año 1210, no obstante, en el año 1231 Gregorio IX permite la lectura de Aristóteles, lo que implicó su triunfo.

En estas condiciones la universidad europea nace sometida a la Iglesia Católica, y en consecuencia carecía de autonomía y de libertad de cátedra. No había libertad de enseñanza, no sin cierta resistencia de algunas casas de enseñanza. Así por ejemplo Universidad de Leiden en Holanda (1575), la Universidad de Göttingen en Alemania (1773), la Universidad de Berlín (1811). Pero no fue sino hasta 1881

que el ministro español de Gobernación José Luis Albareda aprueba la libertad de expresión y la independencia del profesor universitario. Pero para llegar a eso fue necesario que se dieran algunos acontecimientos como el Iluminismo o Ilustración, la Revolución Francesa, y revolución liberal.

El Iluminismo fue un movimiento cultural iniciado en el Renacimiento que se dio en el siglo XVIII en Francia, Holanda, Inglaterra, Alemania, y básicamente se caracterizó por el repudio al conocimiento no racional, es decir religioso, y la exaltación de lo racional.

La razón es la luz, por eso el movimiento se llamó Iluminismo o el Siglo de las Luces, para ellos lo religioso es la oscuridad, lo que no es razón es superstición. Es decir, fue un movimiento anti escolástico, anti Edad Media, y cambia la manera de pensar: ya el Derecho no tiene como fuente el Derecho Natural, sino que consideran que en la razón se pueden encontrar los primeros principios. El Iluminismo se asienta sobre los siguientes principios ideológicos: deísmo, libertad, gobierno representativo, tolerancia, fisiocracia (la riqueza no es la acumulación de metales como se creía, sino la producción y circulación de bienes y servicios).

Estas ideas prepararon el ideario de la Revolución Francesa, desde luego sobre las bases de una economía feudal, que entrababa el desarrollo del capitalismo, cuyo bastión ideológico era la Iglesia. Surge así entre los ideólogos de la Revolución Francesa el concepto de desacralizar el poder (antes los reyes eran puestos por Dios y por eso requerían la bendición Papal), promover la libertad y la tolerancia, la secularización del Estado (separar Iglesia Estado), entre otras ideas. La Revolución Francesa implicó la pérdida del poder de la Iglesia, y, en consecuencia, su influencia sobre las universidades. El proceso se vino a completar cuando en la era napoleónica se consolida la Revolución Francesa, emerge el liberalismo y mediante el proceso de desamortizaciones impulsado por Napoleón en 1824 la Iglesia pierde sus tierras (que había obtenido mediante confiscaciones decretadas por la Inquisición, y, así había logrado acumular el 30% de las tierras arables de Europa, lo que le daba un poder real).

De esta forma las universidades entran en una nueva etapa: ya no dependen de la Iglesia sino del Estado.

En América el principal acontecimiento fue la Reforma de Córdoba, llamada así porque se produjo en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, en 1918, después de violentas revueltas estudiantiles entre marzo y octubre a raíz de la elección del Rector, lo que enfrentó a reformistas y católicos, hizo que el Presidente Hipólito Yrigoyen interviniera para que se reformaran los Estatutos. El movimiento se extendió por toda Argentina y luego por América Latina. Famoso es el Manifiesto Liminar de 21 de junio de 1918 de la Federación Universitaria de Córdoba denominado “La Juventud argentina de Córdoba a los Hombres Libres de Sudamérica” adoptado en el Primer Congreso Nacional de Estudiantes. El 9 de setiembre la Federación Universitaria de Córdoba asume el control de la universidad, y adopta como propias las manifestaciones del Congreso indicado (Mazo, 1957):

Participación estudiantil en el gobierno universitario (cogobierno por tercios de profesores, estudiantes y graduados).

Participación de graduados en el gobierno universitario.

Asistencia libre.

Docencia libre (libertad académica, cátedra paralela, cátedra libre, derecho a optar entre cátedras).

Periodicidad de la cátedra (con designación por concurso).

Publicidad de los actos universitarios.

Extensión universitaria (y creación de universidades populares).

Ayuda social a los estudiantes.

Sistema diferencial para la organización de las universidades.

Orientación social de la universidad.

Este movimiento se extendió al resto de las universidades argentinas, y luego a toda América Latina provocando una reforma universitaria latinoamericana. A Costa Rica llegó tardíamente pues no teníamos universidad, la Universidad de Costa Rica se fundó en 1941, aunque desde luego había facultades funcionando y teníamos antecedentes universitarios.

En el caso costarricense hay que tomar en cuenta que en 1843 se fundó la Universidad de Santo Tomás. Antes de esa fecha los costarricenses tenían que ir a estudiar a la Universidad de León, Nicaragua, fundada en 1812. La Universidad de Santo Tomás fue declarada universidad pontificia en 1853 según bula papal de Pío IX de 1853. La Universidad Santo Tomás por su carácter pontificio carecía de autonomía y de libertad de cátedra.

Madrigal (2017) nos lo dice de la siguiente manera:

La libertad de cátedra en Costa Rica no se evidenció en el ámbito de la Universidad de Santo Tomás (1843-1888), por la estrecha relación con la Iglesia y las limitaciones con respecto a lo que se debía enseñar. En el año 1853 la Universidad [Santo Tomás] fue declarada pontificia por el Papa Pío IX, resultado ello, entre otras cosas, la obligación de la misma de ceñir su enseñanza en todos los ramos “a las Doctrinas de la Fe y la Moral Cristiana”. Una enseñanza subordinada a la doctrina católica y a la moral cristiana no pudo haber sido un foro propicio para la formación.

Tanto la autonomía universitaria, la libertad de cátedra y la libertad de expresión son conquistas laicas, como quedó demostrado en los antecedentes. La Universidad de Santo Tomás fue clausurada en 1888, no obstante, siguieron funcionando las Escuelas superiores profesionales de Derecho y Notariado, Farmacia, Bellas Artes, Ingeniería, Medicina y la Escuela Normal fundada en 1915, hasta la fundación de la Universidad de Costa Rica en 1941, que desde el principio se concibió como autónoma y pública. No existía la libertad de cátedra antes de 1941, ésta se consolida con la promulgación de la Constitución Política de 1949, que consagra la autonomía universitaria en el artículo 84, la libertad de cátedra en el 87, la libertad de expresión en el numeral 28, la libertad de enseñanza en el 79, aunque ésta última se aplicó a la educación superior privada hasta 1981 con la creación del CONESUP, cuya ley reitera la libertad de cátedra.

La libertad de cátedra (la autonomía y la libertad de enseñanza) protegen a las universidades, a los profesores y a los estudiantes de la influencia indebida de los poderes estatales, de los poderes fácticos, de la influencia de la Iglesia (de larga tradición universitaria), puesto que las primeras universidades surgieron bajo su amparo.

El siguiente hecho muestra cómo se protegió la libertad de cátedra en uno de los últimos intentos de la Iglesia de controlar la educación universitaria.

La Sala Constitucional, como garante de los derechos fundamentales, se ha constituido en un órgano de protección de la libertad de cátedra, y de las consecuencias que ésta tiene, se pronunció a favor de esta libertad al suprimir la *missio* canónica en el 2010. La *missio* canónica es la autorización que daba la Iglesia Católica para enseñar religión en colegios y escuelas públicas y era otorgada “por la autoridad competente de la iglesia, junto con una declaración de inocuidad, el llamado *Nihil obstat*. Con la solicitud de la *Missio* canónica, el maestro de religión da la promesa de dar instrucción religiosa de acuerdo con la doctrina de la Iglesia Católica” (Educalingo, s.f.). ¿Qué tiene esto que ver con la libertad de cátedra que es un instituto universitario?

Al organizarse la Universidad Nacional en 1973, una de sus primeras unidades académicas fue la Escuela Ecuménica de Ciencias de la Religión, con dos características: la primera escuela universitaria teológica financiada con fondos públicos en América Latina, y segunda, la primera con carácter ecuménico, lo que implicaba que contrataría como profesores a teólogos de diferentes denominaciones religiosas.

Esto escapaba al control de la Iglesia. De hecho, la Iglesia destacó a un sacerdote católico en la Escuela para monitorear la enseñanza. Al año siguiente se emite Reglamento a la Ley de Carrera Docente (Decreto Ejecutivo No. 2235-E-P de 14 de febrero de 1972) cuyo artículo 34, párrafo segundo, exigía la *missio* canónica para enseñar religión en escuelas y colegios. Esto implicó que el Estado no contraría graduados de la Escuela Ecuménica de Ciencias de la Religión de la U.N.A., porque la Iglesia no les extendía la *missio* canónica. Y desde 1972 hasta el 2010 en que la Sala Constitucional

declaró inconstitucional el mencionado artículo (SCV 02023-2010), los graduados de la U.N.A. no podían enseñar religión en los centros educativos, estatales y privados.

De esta manera en el año 2010 la Iglesia perdió el control (y castigo) que ejercía sobre esta Escuela. A pesar de que sus graduados no eran contratados, la Escuela sobrevivió, mantuvo su perfil ecuménico y finalmente logró que la Sala Constitucional le reconociera su derecho a enseñar teología según sus parámetros, establecidos libremente dentro de la Escuela y no impuestos desde afuera por la Iglesia. En el mencionado voto hace una proclama que merece citarse por constituir un hito en abono para la libertad de cátedra, que puede aplicarse a este caso y a otros (por ejemplo, evitaría que se intente prohibir la enseñanza la teoría de la evolución de Darwin como sucede en Kansas y Tennessee). Señala la Sala (2010):

A partir de la regulación separada de la religión y la educación en la norma fundamental, resulta factible inducir el principio de la neutralidad religiosa del Estado en el ámbito educativo, de acuerdo con el cual los poderes públicos deben asumir una posición aconfesional en el terreno educativo para promover y fomentar la diversidad y libertad religiosa. Tanto es así que, si bien el Estado debe supervisar y fiscalizar la educación privada, también, debe estimularla y fomentarla, con lo que pueden surgir, en ese contexto, centros de enseñanza fundados por determinadas congregaciones, iglesias o comunidades religiosas. Conforme al principio de la neutralidad religiosa, los poderes del Estado deben interpretar los conceptos constitucionales con fundamento en criterios de aplicación neutrales y que resulten válidos para todos, esto es, de manera no confesional o vinculada a una creencia religiosa en particular. La proyección de la neutralidad religiosa del Estado en la programación, desarrollo y ejecución de políticas públicas, surge de una serie de valores, principios y normas constitucionales. (Ya citado SCV 02023-2010)

Así queda establecida, expresamente, otra protección de la libertad de cátedra y la libertad de enseñanza, en este caso, preservando a las universidades de la influencia indebida de la Iglesia sobre su quehacer.

Eso no impide la influencia debida en el sentido de que precisamente porque la libertad de cátedra es un fuero ideológico que garantiza la libertad de pensamiento, expresión cátedra y cuya

esencia es la convivencia de diferentes corrientes de pensamiento, la Iglesia y sus feligreses también pueden exponer sus puntos de vista en las cátedras, sin que esto significa su control, sin llegar a imponer programas o excluir a los que piensan diferente. El principio de tolerancia ideológica debe ser el canon de las universidades. Suele atribuírsele a Voltaire la frase que resume este concepto de tolerancia: “Odio tu manera de pensar, pero daría mi vida para que tuvieras derecho a pensar de esa manera”, (Fatás, 2017). Ese ha de ser el principio que rige la libertad de cátedra: que cada profesor, que cada estudiante, asuma sus propias posiciones, sin descuidar ni la calidad ni los contenidos programáticos, y que no por ello pueda ser inquietado.

Autonomía y libertad de cátedra

Sin autonomía universitaria ni libertad de enseñanza podría haber libertad de cátedra. En Costa, en el siglo XX, la universidad pública (1941) precedió a la privada (1981).

La universidad pública costarricense nació autónoma. Así como la Independencia nos llegó por gravedad, cuando se funda la Universidad de Costa Rica ya había tradición y doctrina de autonomía y libertad de cátedra en el Continente por lo que estos institutos no fueron producto de luchas estudiantiles como las que iniciaron los estudiantes en Córdoba en 1918.

La universidad privada ha tenido sus dolores de parto por las resistencias del Estado a reconocerles plenamente su estatus, y en general existe la tentación permanente por parte del Estado de manosear a la universidad privada, incluso intentando imponer modelos como el constructivista. El modelo constructivista es una valiosa herramienta, lo que no es valioso es que sea dogma estatal, debería ser de libre aceptación por parte de las universidades. No obstante, dentro de este límite, la ley de CONESUP y su Reglamento, reconocen la libertad de cátedra como un pilar, y este aspecto también cayó por gravedad.

La autonomía es un fuero que permite a la universidad pública estar exenta de injerencias ideológicas externas, especialmente estatales. La autonomía es un fuero ideológico, no es un fuero salarial como lo han interpretado las universidades públicas. La autonomía no solo les permite el autogobierno en su especialidad orgánica, sino la libertad de enseñanza, de investigación, de docencia y de expresión, la búsqueda científica de la verdad y la libre creación.

Curiosamente han existido condenas públicas e institucionales contra las universidades públicas por límites a la libertad de expresión e ideológica, cuando deberían ser los baluartes de dichas libertades.

Así por ejemplo en la sesión del Consejo Universitario de la U.C.R. N° 559 del 1° de febrero del 2011 se tomó la decisión de prohibir la conferencia del Dr. James D. Watson, Premio Nobel de Medicina, descubridor del A.D.N., porque algunas de sus posiciones políticas no coincidían con las posiciones políticas de la U.C.R. El impacto nacional de la decisión los obligó a rectificar. Otro ejemplo es la condena a la U.N.A. (SCV 2017016668 de 20 de octubre del 2017) por haber prohibido una conferencia sobre la obra “El libro negro de la nueva izquierda” de Agustín Laje y Nicolás Márquez y fue prohibida porque cuestionaba la ideología de género, que quería erigirse en dogma oficial, excluyente, de la U.N.A. Señala el mencionado voto «Aun cuando la posición de una persona parezca incorrecta, insostenible y hasta retrógrada, el esquema democrático le permite expresarla», afirmaron los magistrados. En este caso se trataba de una actividad extracurricular, no obstante, para la Sala dichas actividades también están protegidas por la libertad de cátedra, tanto así que el voto SCV 6455-2015 consideró que sí hubo una violación a la libertad de cátedra cuando unos estudiantes quisieron organizar una charla y no se les permitió, con lo cual se les coartó la libertad de discusión académica a los organizadores y a quienes querían participar en el evento.

La Sala Constitucional ha sido quien ha delimitado, defendido y definido los alcances de la libertad de expresión y libertad de cátedra. Una universidad que se guíe por dogmas oficiales carece de libertad de cátedra. El día en que la universidad establezca verdades definitivas estará liquidada como universidad. Afortunadamente los ejemplos mencionados han sido hechos aislados.

La libertad de cátedra es un derecho del particular frente al Estado o cualquier otra autoridad, incluidas las autoridades universitarias, como ha quedado evidenciado en los ejemplos. La libertad de cátedra es incompatible con la existencia de verdades oficiales y de dogmas de cualquier naturaleza, por lo que no puede ser sometida a censura previa y constituye una especificación o determinación del derecho a la libertad de expresión, que no incluye el derecho a transmitir opiniones que no guardan relación con la materia impartida, con fines proselitistas.

No tenemos noticias de que en Costa Rica hayan existido imposiciones estatales a la libertad de cátedra y expresión en el seno de las universidades, pues están blindadas constitucionalmente, como debe ser.

No obstante, nos relata García (1977):

Pueden existir universidades – como las francesas – en las cuales no existe plena autonomía y, sin embargo, existe una irrestricta libertad docente. En tanto que algunas universidades autónomas nacionales, pueden limitar la libertad de cátedra – por muchos medios directos e indirectos – por perjuicios políticos, y algunos centros privados totalmente autónomos, pueden también hacerlo por motivos semejantes o religiosos. En todo caso, es necesario indicar que la libertad académica tiene su origen en el carácter propio de la Universidad, y que debe ser preservada de limitaciones por motivaciones dogmáticas, políticas o de intereses del poder público.

En el caso costarricense el enlace orgánico libertad de cátedra con libertad de enseñanza y con autonomía, ha permitido el desarrollo de la actividad universitaria dentro de los parámetros constitucionales, lo que no necesariamente implica que en el seno de las comunidades académicas no existan conflictos ideológicos, que muchas veces se zanján con reformas programáticas y selección de docentes o definición de concursos de oposición, en los cuales juegan un papel la correlación de fuerzas de determinados grupos con determinados intereses ideológicos. Pero eso es propio de la vida democrática. Y casualmente estos hechos más bien son una afirmación del pluralismo ideológico propio de las universidades.

Autonomía y libertad de enseñanza

La libertad de enseñanza nació constitucionalmente en Costa Rica al mismo tiempo que la autonomía universitaria y la libertad de cátedra. El artículo 87 de nuestra Carta Magna establece que “La libertad de cátedra es un principio fundamental de la enseñanza universitaria” sin hacer distinción entre la universidad estatal y la privada. Al momento de aprobar este artículo, el constituyente también estableció en el numeral 79 de dicha Carta “Se garantiza la libertad de enseñanza”, es decir, se establece la libertad de enseñanza como una garantía.

En 1949 cuando se proclamó el principio únicamente existía la Universidad de Costa Rica. Posteriormente cuando en la década de los setenta aparecieron nuevas universidades públicas e hicieron su aparición las universidades privadas, el principio se mantuvo incólume sin que el legislador constituyente derivado haya siquiera intentado modificarlo, y más bien, dicho principio se expresó legalmente al momento de aprobar la ley de creación del CONESUP en 1981, ley N° 6693, que indica en su artículo 16.-“El respeto a las opiniones y creencias de los estudiantes, y la libertad de cátedra de los profesores, serán principios que obligadamente deberán cumplirse en la organización y actuación de las universidades privadas”,

principios que también se exigen en el respectivo Reglamento en su artículo 29 inciso b, acápite v que prescribe que el REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DOCENTE de cada universidad debe contener el principio de libertad de cátedra, como concepto jurídico indeterminado, sin llegar a definirlo. Más bien ha sido la Sala Constitucional la que ha venido delimitándolo, interpretándolo e integrándolo paulatinamente, conforme se van presentando conflictos que van llegando a sus estrados.

Y no podría ser de otra manera. Si la misma ley de CONESUP exige en su artículo 13 que “Los planes de estudio de las universidades privadas deberán ser de una categoría similar a los de las universidades estatales”, eso confirma que la intención del legislador es equiparar la actividad académica y las condiciones en las cuales ésta se desarrolla. Investigar, transmitir conocimiento, buscar la verdad científica son tareas que solo se pueden desarrollar si no hay grilletes ideológicos. La naturaleza de la actividad universitaria demanda que condiciones como la libertad de pensamiento, de expresión, de investigación, de cátedra estén igualmente garantizadas. Los profesores universitarios, públicos o privados, no pueden reducir su actividad a la de “lectores” como los había en la Edad Media, a los que no se les permitía ni siquiera producción intelectual, sino solamente hacer “comentarios” a los textos oficiales. Esta represión a la libertad de pensamiento y cátedra en el Medioevo, canalizó todas sus energías por medio de los “comentarios” marginales a los textos oficiales, de tal forma que con frecuencia los “comentarios” resultaron de mayor importancia académica que el texto comentado y de hecho el “comentario” se convirtió en un género literario. Las ataduras al pensamiento nunca han dado resultado, pues el pensamiento siempre ha buscado forma de hacerse expresar. Y el “comentario” medieval fue la forma en que se canalizó la libertad de pensamiento en el medioevo, así como, el Samizdat (literatura clandestina soviética) fue la forma en que los intelectuales rusos burlaron el control de la censura estatal.

La autonomía determina las relaciones de la Universidad-Estado, Universidad-relaciones extra-muros, en cambio la libertad de cátedra está más bien vinculada a la vida interna de la universidad, por eso es que puede haber libertad de cátedra con o sin autonomía, es decir, tanto en las universidades públicas como en las privadas. Ciertamente en las públicas la autonomía es un blindaje para la libertad de cátedra frente al Estado que las financia y por eso las restricciones a la libertad de cátedra (ut supra) han venido del seno de dichas universidades y no del Estado, a excepción del caso de la *missio canónica* (ut supra), que el mismo Estado, por medio de la Sala Constitucional, se encargó de corregir. En el caso de las universidades privadas, que deben conseguir sus propias fuentes de financiamiento, la libertad de cátedra se asienta en la libertad de enseñanza, igualmente una garantía constitucional.

Qué es la libertad de cátedra.

Ciertamente la libertad de cátedra es un concepto jurídico indeterminado que ha venido llenándose de contenido por vía jurisprudencial, por medio de una línea sostenida de la Sala Constitucional en esta materia.

Hay múltiples definiciones y caracterizaciones de la libertad de cátedra. Cada país genera sus propias experiencias, jurisprudencias, normativas. En nuestro país las universidades han generado sus propias doctrinas y reflexiones al respecto, pero en última instancia ha sido la Sala Constitucional la que ha llenado de contenido este derecho fundamental.

Como derecho constitucional es un derecho subjetivo de los profesores universitarios que les permite escoger los enfoques que desean darles a los programas que deben desarrollar.

Los programas tienen contenidos que es obligatorio desarrollarlos con la finalidad de que la universidad pueda lograr el perfil profesional con que se diseñó la carrera. Pero en relación a la materia, la libertad de cátedra le permite escoger los parámetros ideológicos con que desea enfocarla.

La Sala Constitucional en su voto SCV 1313-93 estableció que “La libertad de Cátedra se puede entender como la potestad de la Universidad de decidir el contenido de la enseñanza que imparte, sin estar sujeta a lo dispuesto por poderes externos a ella, o bien, en el sentido de la facultad de los docentes universitarios de expresar sus ideas a lo interno de la institución, permitiendo la coexistencia de diferentes corrientes de pensamiento” (agreguese S.C.V. 3550-93, 6669-93, 2014-005130). Es decir, no es solo la libertad de expresión y discusión, también implica la libertad del enfoque programático, sin variar sus contenidos, puesto que no les corresponde a los profesores individualmente determinarlos. Si los profesores pudieran determinar los contenidos programáticos las carreras serían un collage sin malla curricular. La libertad de cátedra significa entonces, por ejemplo, que un profesor de Derecho penal debe desarrollar los contenidos programáticos, pero los puede analizar desde el punto de vista del Derecho penal clásico liberal, derecho penal punitivista, derecho penal abolicionista, derecho penal garantista, derecho penal finalista, etc. Si es profesor de economía podría ser partidario de la escuela clásica, liberal, marxista, keynesiano, neoclásico, austriaco, etc. Me decía un profesor marxista de la Universidad Nacional que a él no le importaba si lo ponían a dar un curso de Antiguo Testamento, puesto que le podía dar una lectura desde la óptica del materialismo histórico. Eso es libertad de cátedra. El enfoque no prejuzga sobre el elenco de temas que debe exponer, y más bien la libertad de cátedra no llega a permitir omitir temas con los que el profesor no está de acuerdo.

Esta libertad de enfoque programático entraña que los programas son aprobados por los órganos competentes tanto de las universidades como del Estado como de las privadas (CONARE-CO-NESUP), pero esto no implica que se impongan en su ejecución dogmas ni del Estado ni de la universidad, ni que la universidad es ideológicamente aséptica. Tunnerman (2000) en su artículo “Desafíos del Docente Universitario ante el siglo XXI”, nos lo precisa de la siguiente manera: la libertad de cátedra:

(...) implica que la universidad, como institución, no sustenta ni enseña según una determinada ideología. Por el contrario, en la universidad, por su misma naturaleza y vocación universitaria, caben todas las ideologías. Cuando una universidad enseña según una determinada faceta ideológica, contradice su propia esencia. El libre juego de todas las ideologías no significa que la universidad sea una institución neutra, es, más bien, signo de riqueza intelectual y espiritual, de ilimitadas posibilidades para el progreso de las ideas. La universidad debe, entonces, preservar en su seno la convivencia de las pluralidades ideológicas o bien renunciar a su alta jerarquía como centro libre e independiente del saber.

Sin embargo, como toda libertad debe tener las suficientes tutelas para ser efectiva. Por eso es que la UNESCO (1997) recomienda que los docentes tengan garantías suficientes para el ejercicio de esta libertad, por lo que recomendó que:

El personal docente de la enseñanza superior tiene derecho al mantenimiento de la libertad académica, es decir, la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas. Todo el personal docente de la enseñanza superior debe poder ejercer sus funciones sin sufrir discriminación alguna y sin temor a represión por parte del Estado o de cualquier otra instancia.

Y agrega la UNESCO (1997):

El personal docente tiene el derecho de enseñar sin interferencias, con sujeción a los principios profesionales aceptados entre los que se cuentan la responsabilidad profesional y el rigor intelectual inherentes a las normas y los métodos de enseñanza. El personal docente de enseñanza superior no debe verse obligado a impartir enseñanzas que contradigan sus propios conocimientos y conciencia ni a poner en práctica planes de estudios o métodos contrarios a las normas nacionales o internacionales de derechos humanos.

En realidad, la libertad de cátedra forma parte de un conjunto de libertades, las cuales tienen tutela tanto en instrumentos internacionales como en la normativa interna, tanto nacional como la propia de las universidades. Es decir, la libertad de cátedra resulta ser expresión de la libertad de enseñanza, de la libertad de expresión, de la libertad de pensamiento, de la libertad de investigación, de la autonomía, cuando corresponde, de la libertad de conciencia. Y todas estas libertades están reforzadas como derechos fundamentales. Así las cosas, el tema de la libertad de cátedra es entonces, también, un tema de Derechos Humanos, y no solo un tema de conveniencia epistemológica para las universidades, es decir, no solo conviene para el avance del conocimiento, sino para afirmar los derechos de las personas.

Romero (2014) lo dice de una manera sencilla: "Estoy convencido -al margen de mis convicciones personales religiosas y políticas- de que en la libérrima discusión de todas las ideas descansa el progreso científico y la posibilidad de que todos los hombres sean respetados en su dignidad individual". Eso es conveniencia metodológica, epistemológica, porque cuando al pensamiento y a la investigación se le han impuesto verdades oficiales, no progresa, porque precisamente el conocimiento progresa sobre la base de la crítica del pensamiento al uso, al que se les descubren falencias y anomalías. Las verdades oficiales petrifican el pensamiento. Por eso la ciencia avanza más rápido que la teología, pues esta se funda en dogmas. Si Einstein no hubiera cuestionado el concepto de espacio y tiempo absoluto que manejaba Newton, hoy no tendríamos la teoría de la relatividad. La libertad de discusión y la crítica por sí solas no garantizan el avance del conocimiento, pero el avance del conocimiento no prospera en ambiente de censura y de verdades institucionales. La misión de la universidad es crear las condiciones para que el conocimiento científico avance.

Libertad de cátedra y libertad de expresión.

La libertad de cátedra protege fundamentalmente al docente en el aula y el recinto universitario, incluso extramuros, y consiste en la adopción de las posiciones ideológicas sin más preocupación de las responsabilidades que le puedan venir por sus emisiones. Puede externar sus posiciones dentro del aula, los pasillos o la prensa. Libertad de cátedra y de expresión, aunque no son sinónimos son derechos fundamentales complementarios. El artículo 28 de la misma Constitución dispone que "nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley".

Existen instrumentos internacionales que tutelan esta libertad como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en el artículo 19 prescribe "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión". Investigar, recibir información, opinar constituye el giro normal de las universidades, inherente a la libertad de cátedra.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), que en el inciso 3 del artículo 15 determina que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar, la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora". La investigación científica es parte de la libertad de cátedra, la libertad de cátedra no se circunscribe a la docencia.

Desde luego que, al igual que la libertad de cátedra tiene límites, la de expresión también, pues en nuestro régimen no hay libertades absolutas ni valores absolutos (incluso el valor supremo de la vida tiene el límite de la legítima defensa). De modo que el profesor puede difundir sus posiciones cobijado por ambas libertades (de cátedra y de expresión), sin temor ni censura previa. En nuestro sistema las responsabilidades son ex post facto, precisamente porque la censura previa es inconstitucional.

Como ha sido reiterado, en virtud de que la Sala Constitucional es la instancia a la que se le ha confiado el depósito de los derechos fundamentales, sobre la relación libertad de cátedra y de expresión ha dicho:

“La reiterada jurisprudencia de este Tribunal sostiene que en ejercicio a la libertad de expresión, cualquier persona tiene derecho de manifestar, difundir o comunicar, por escrito, verbalmente o por cualquier otro medio, en privado o en público, sus pensamientos, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicios de valor; constituyendo censura previa todo aquel acto que, a priori, pretenda censurar o enmudecer cualquier manifestación, difusión o comunicación de sus pensamientos, ideas, opiniones, creencias, convicciones o juicios de valor. De igual manera, jurisprudencialmente, se sostiene que la libertad de cátedra garantiza la independencia en la docencia y en la investigación, a lo interno y hacia el exterior del ámbito universitario, tanto del docente como de la actividad realizada por el estudiante en forma dirigida o supervisada (SCV 2015-006455).”

No obstante, estas libertades no deben confundirse con vocerías. Un docente, un investigador, puede expresarse libremente sobre lo que piensa, pero eso no lo autoriza, escudado en la libertad de expresión y de cátedra, a realizar actividad de vocería institucional si no está autorizado para ello. Sus manifestaciones han de ser personales, sin comprometer la institución para la que labora. Y eso debe estar claramente establecido cuando se relaciona con la prensa, ya sea que escriba o lo entrevisten. Así lo ha establecido la Sala Constitucional (SCV 10305-2016). De la misma forma la libertad de expresión no alcanza a divulgar secretos investigativos de productos aún no patentados, salvo autorización expresa.

Límites legítimos a la libertad de cátedra

Como toda libertad, la libertad de cátedra no es irrestricta (SCV 484-98), tiene límites. Por tratarse de una garantía constitucional debe ejercerse dentro del “mínimum constitucional inatacable”. ¿Significa eso que no es permisible una crítica al régimen económico social prevaleciente? La libertad de cátedra es propia de las sociedades democráticas, y en nuestro caso está debidamente protegida por nuestra Constitución. Si hay víctimas en sociedades totalitarias son las universidades. Ese “mínimum constitucional inatacable”, precisamente por tratarse de un instituto democrático, también permite la crítica al régimen económico social, si no fuera así habría que excluir las concepciones marxistas, fascistas y restauradoras a discutir en el claustro universitario, y solamente serían permisibles las posiciones de centro. Precisamente su exclusión atentaría contra la concepción de libertad de cátedra que consiste en no imponer verdades oficiales.

No contempla esta libertad la lesión al honor, la intimididad y la imagen de los demás, que deben respetarse. Los delitos contra el honor constituyen, pues, un límite objetivo a la libertad de cátedra y de expresión. Campos (2020) apunta en esta dirección que “La libertad de cátedra no protegería la emisión de opiniones que no guardaran relación con la materia impartida y fueran, únicamente, expresión de opciones ideológicas cualesquiera pronunciadas con ánimo proselitista o denigratorio.” Ni ofensas, ni propaganda caben dentro del concepto de libertad de cátedra, y menos compeler a los estudiantes a adoptar las posiciones del profesor, pues la docencia que constituye una forma de poder.

Cuando hay valores en colisión éstos deben armonizarse, y el derecho al honor de las personas y particularmente de los estudiantes, es un límite, sancionado, además, penalmente. Asimismo, debe respetarse la libertad de conciencia de los/as estudiantes, también debe ejercerse dentro de los planes de estudio y la reglamentación vigente. Como todas las libertades, la de cátedra

también implica responsabilidades. Y la principal responsabilidad es desarrollar los programas y respetar las reglas de la universidad. Al estudiante no se le pueden imponer parámetros ideológicos, pero esto no lo exime de rendir con relación a los contenidos programáticos de los programas oficiales.

La Sala Constitucional que Ha desarrollado toda una doctrina sobre la materia en sus reiterados votos nos dice:

Los derechos fundamentales, como la libertad de cátedra, no son absolutos y tienen su límite en otros derechos fundamentales como el derecho a la educación o a la libertad religiosa, por ejemplo. Los estudiantes acuden a las aulas en búsqueda de conocimiento y para obtener la formación necesaria que le capacite para enfrentar las vicisitudes de la vida laboral en la especialidad para la que se preparan. Utilizar parte del tiempo dedicado a la educación para contar chistes, o perder el tiempo sin sentido, lesiona la imagen de la institución y perjudica el derecho a la educación de los alumnos. Finalmente, debe establecerse que el docente es responsable ante la institución para la que labora, en sus lecciones representa a esa institución y su comportamiento debe ajustarse a las directrices que se establezcan en materia de honorabilidad, seriedad, pulcritud y otras que forman parte del quehacer universitario y que necesariamente servirán de modelo a los alumnos para su comportamiento profesional, pues es precisamente en el aula donde el alumno aprende, tanto través del lenguaje verbal como no verbal, las normas de conducta que también integrarán su condición profesional (SCV 2014-005130 de 22 de abril 2014).

Lo anterior significa que el docente, la cara visible de la universidad, debe guardar la compostura adecuada y cumplir sus deberes (enseñar, enseñar bien, enseñar dentro de los programas para los que se le contrató y actuar decentemente).

Al profesor no se le contrata para que llegue a aula a hacer proselitismo de ningún tipo. Una cosa es el derecho al enfoque y otra es quedarse en el enfoque sin enmarcarlo dentro de los programas oficiales, que siempre constituirán los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer la libertad de cátedra. Y no solo tiene el deber de respetar los programas, también tiene el deber de respetar el modelo educativo de la universidad, el modelo evaluativo, horarios, cargas académicas asignadas, y sus reglamentos y constituciones. Hay por ejemplo universidades que solo evalúan sobre la base de trabajos de investigación y excluyen los exámenes, el docente debe respetar ese modelo, y desarrollar su libertad de cátedra dentro de ese modelo. Tanto la autonomía como la libertad de enseñanza facultan a las universidades a elegir sus modelos pedagógicos. Estos aspectos le compete decidirlos a las autoridades correspondientes. Estos límites en ningún momento ponen en duda la libertad de cátedra, simplemente la delimitan.

De ahí que la libertad de cátedra es un derecho que solo puede ser ejercido al interior de los programas para los cuales fue contratado, pues la libertad de cátedra no es una tribuna para exponer programas políticos o filosóficos, ni para hacer propaganda o proselitismo religioso, filosófico o político partidista. Sí para hacer política en el buen sentido del término: exponer posiciones doctrinales en torno a los contenidos programáticos.

Quien decide el contenido de los programas es el Estado (CONESUP-CONARE) y la universidad. Lo mismo que su organización y modelo educativo. La libertad de cátedra no llega hasta estos lares. Gómez (2004) lo dice con precisión:

“No significa la libertad de cátedra de manera alguna que la universidad delega en el profesor toda la materia atinente a la organización y contenido de la materia objeto de enseñanza. Por el contrario, no es incompatible con dicha libertad la potestad de la universidad de poder definir el contenido y la programación de la cátedra correspondiente,

incluida la definición de temarios para efectos de evaluación de los estudiantes. La libertad de cátedra no puede extrapolarse a tal punto que sea el profesor el que inclusivamente defina el contenido del programa de estudios.

Si la libertad de cátedra incluyera esta potestad sencillamente las universidades serían una anarquía, no habría malla curricular ni perfil profesional, sino sería un concierto de voces disonantes en la que cada cual canta según sus tonos, sin partitura ni director.

De la misma forma que el docente está asistido por este fuero, el estudiante tiene sus derechos, y no solo en cuanto su libertad de expresión y posición, sino en cuanto al respeto que se le debe en todos los sentidos. La libertad de cátedra es una libertad ideológica que no se extiende al quebrantamiento de las buenas maneras, que no autoriza ningún tipo de acoso, y no precisamente hacemos referencia al acoso sexual, también hay otras formas de acoso estudiantil como exigencias de imposible cumplimiento por razón del tiempo, como exigencia de compartir posiciones filosóficas, como discriminaciones por razones ideológicas, discriminación por razón de las pericias que se supone tiene el estudiante según su nivel. Nuevamente la Sala Constitucional establece el límite:

La libertad de cátedra garantiza la libre expresión para el docente, de modo que se promueva la riqueza de la discusión y la posibilidad de contrastar posiciones y opiniones, o analizar polémicas y experiencias. En modo alguno debe entenderse como una licencia para hostigar, ni para burlarse de las buenas costumbres de las personas de bien. Por esa razón, si la Institución para la que labora el recurrente estima que debe investigar si existe una situación de abuso o mala conducta por parte de cualquiera de los docentes, que vaya en contra de las buenas costumbres o en perjuicio del buen nombre de la institución, está legitimada para ello y bien puede hacerlo. (SCV 2014-005130 de 22 de abril 2014).

Tampoco está amparada por la libertad de cátedra la libertad de no enseñar o la ineptitud docente. La actitud de no enseñar tiene otro nombre: incumplimiento de deberes, y este es un tema fundamentalmente disciplinar. Pero la ineptitud docente se puede dar por diferentes motivos: o porque asume una cátedra para la cual no tiene los conocimientos adecuados, o habiéndolos tenido originalmente se desactualiza. La actualización es un deber deontológico de todos los profesionales.

Un profesional desactualizado en cualquier rama, es un profesional que adquiere una inutilidad sobrevenida. Y en el caso de la docencia esto adquiere particular relevancia, pues está forjando la futura generación de profesionales, que, en el caso del Derecho, deben graduarse con el estatus de la *lex artis* en el momento de su graduación. Ya lo decía Eduardo Couture en sus 10 Mandamientos del Abogado, precisamente en el primer mandamiento, y no es casual: “1º) Estudia. El derecho se transforma constantemente.

Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado,” (Microjuris, 2021). Los docentes de una escuela de Derecho deben estar al día con la doctrina, la jurisprudencia y la legislación vigente. Con relación a este tema Madrigal (2017) nos abona la siguiente reflexión:

Que en cuanto a la docencia presupone, entre otros, actualización permanente, ambientes de escucha y conversación reflexiva donde el estudiante puede pensar diferente al profesor y dar argumentos que respalden su posición, metodologías y prácticas innovadoras y entornos de aprendizaje alternativos que se apoyan en las nuevas tecnologías.

Entonces la actualización es un concepto integral, pues comprende el derecho de forma y fondo, además de la utilización de las T.I.C.’s y la creación de ambientes adecuados para el proceso enseñanza aprendizaje. La libertad de cátedra no es un refugio para la mediocridad ni el facilismo académico.

Libertad de pupitre

La libertad de cátedra es un derecho del profesor, no obstante, en la época contemporánea ya no estamos bajo el principio medieval “magister dixit”. En la Edad Media se invocaba el principio “magister dixit” que los griegos habían atribuido a los discípulos de Pitágoras, y que consistía en que cuando se intentaba discutir una verdad, si se le atribuía al maestro ya no se discutía. Es decir, hacían depender la verdad de la autoridad. Hoy en día eso se conoce como *argumentum ad verecundiam* o falacia de autoridad. La verdad tiene un valor en sí misma, independientemente de su autor. Ya lo decía Antonio Machado: “La verdad es la verdad, dígala Agamenón o su porquero”. La libertad de cátedra es la potestad del profesor de hacer los enfoques que considere según sus propios parámetros ideológicos y convicciones, es decir, de optar doctrinalmente por los puntos de vista que le han convencido con relación a los contenidos del programa. Por su propia naturaleza la libertad de cátedra no puede significar que el enfoque del profesor tenga rango de verdad oficial o dogma, eso sería contrario precisamente a la libertad de cátedra que se sustenta en la libertad de pensamiento y de expresión. Por eso la libertad de cátedra tiene su contrapartida en el derecho que tiene el estudiante de compartir o no con el profesor su punto de vista. Esto significa que tanto el profesor como el estudiante tienen libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, por tratarse de derechos fundamentales. A eso se le suele llamar libertad de pupitre.

Señala De la Cruz (2016) que la libertad de cátedra comprende:

(...) la libertad de enseñanza por parte del profesor a cargo de cada programa, plan académico, curso, o cátedra como se llaman algunos cursos, siendo que esta libertad le permite al profesor desarrollar el programa oficial, aprobado por la Escuela, la Facultad y la Universidad, de conformidad a su propia formación, interpretación y análisis, del mismo modo que esta libertad de cátedra y de enseñanza le obliga al profesor a respetar a sus alumnos en sus propias opiniones,

en torno a la discusión académica de los cursos, y, a los alumnos, les garantiza su propia libertad de pensamiento y de opinión, respecto a los que se les está enseñando.”

La libertad de pupitre no exime a los estudiantes de aprobar los contenidos programáticos autorizados por el CONESUP, en el caso de las universidades privadas o autorizados por CONARE en el caso de las universidades públicas. De la misma forma que la libertad de cátedra no exime al profesor de desarrollar los contenidos de los programas oficiales, sino que solo le permite tomar posición sobre los mismos, sin dejar de exponerlos, sin suprimir los aspectos que comprende la materia del programa, igualmente el derecho del estudiante de aceptar o no las tesis del profesor, exponer libremente sus propios puntos de vista, eso no lo exime de aprender o manejar los contenidos. Salvo que en las pruebas se utilice la técnica del ensayo, cuyo margen de subjetividad en la valoración sube, en las demás hay contenidos cuyo dominio no consiste en tomar posición alrededor de los mismos. Y si se trata de pruebas consistentes en la resolución de casos que suelen ser usuales en la carrera de Derecho, en su resolución surgen dos tesis diferentes en razón de posiciones ideológicas diferentes y profesor y alumno no se ponen de acuerdo, para eso existen comités de evaluación que pueden dirimir el diferendo. Al fin y al cabo, el Derecho no es una ciencia exacta, y por eso la libertad de cátedra y la libertad de pupitre adquiere especial relevancia.

El proceso educativo se concibe en la actualidad en ambos sentidos, no solo el docente enseña y no solo el estudiante aprende, ambos enseñan y ambos aprenden, de modo que el aprendizaje se da del docente con el estudiante, no del docente al estudiante bajo un esquema de poder

Caso universidades confesionales

Unas menciones apartes merecen las universidades con ideario, las universidades confesionales. La universidad actual en sociedades democráticas, producto del Iluminismo, la Revolución Francesa y la Revolución liberal se redimió de los controles eclesiásticos primero, y, después de los estatales, y este proceso culminó con la Reforma de Córdoba en 1918. En razón de esta afirmación de la libertad es que también se pueden organizar universidades confesionales. Liberar la universidad del control eclesiástico, no significa prohibir las universidades confesionales.

En Costa Rica existen varias, podríamos citar la Universidad Católica, la Universidad Juan Pablo II, la Universidad La Salle, la Universidad Adventista, la Universidad Bíblica Latinoamericana, la Universidad Metodista, Universidad Teológica de América Central, Universidad Evangélica de las Américas.

La libertad de cátedra aquí reviste particularidades en razón de su confesionalidad.

El profesor debe respetar el ideario universitario, los principios que fundan y sustentan la universidad. Respetar el ideario no significa compartirlo, significa organizar el servicio educativo en torno al ideario sin contradecirlo. La libertad de cátedra existe, siempre que no se contradiga ese ideario. Su límite es no atacarlo, pues la existencia misma de la universidad obedece a su inclinación confesional, a lo que tiene derecho. Como sucede con los principios fundamentales, cuando dos principios entran en contradicción, hay que armonizarlos.

Al fin y al cabo, las universidades confesionales se organizan amparadas a la libertad de cultos, parte de la cual es ejercer la libertad de enseñanza según su fe. De esta manera, para que la universidad, organizada por una institución religiosa, pueda cumplir su cometido, requiere que la libertad de cátedra se ejerza dentro de los parámetros ideológicos que ha elegido la universidad, de modo que puede ejercer la libertad de cátedra

mientras no sea manifiestamente hostil al ideario elegido por la universidad y sus organizadores y patrocinadores.

Madrid (2020) en su artículo LA LIBERTAD DE CÁTEDRA DE LAS UNIVERSIDADES CON IDEARIO RELIGIOSO: OBJECIONES Y RESPUESTAS, nos caracteriza la forma en que ha de entenderse la libertad de cátedra dentro de un recinto universitario religioso:

(...) las universidades con ideario que expresan un compromiso religioso, y específicamente las católicas, se inclinan a desarrollar como parte de su objetivo principal un aspecto del conocimiento humano que se encuentra excluido de las instituciones supuestamente "neutrales": la relación entre el conocimiento científico y el conocimiento de fe. (...) Para poder desarrollar los diversos aspectos metodológicos y científicos en que se encuentran la fe y la razón, los académicos y expertos en cada campo de este tipo de universidades deben disponer de libertad de cátedra, si por ella se entiende la posibilidad de seguir el curso de su razonamiento, formular las conclusiones y darlas a conocer. En este procedimiento, la autonomía intelectual de los profesores se ve iluminada por un horizonte de significado, un criterio hermenéutico que deriva de la fe que profesan y de los principios racionales coherentes con ella. Tal paradigma de sentido otorga un curso de razonamiento que es imposible al margen de dicho horizonte de significado. Así pues, las universidades con ideario religioso deben poner cuidado en animar a sus diversos estamentos para tener presente dicho ideario, buscarlo consciente y diariamente en el ejercicio de la actividad académica, y exigir que se respete cuando los integrantes de la comunidad universitaria no lo comparten.

Respeto al ideario, entonces, no significa necesariamente compartirlo, como tampoco significa que la pertenencia a un recinto confesional implica convertirse en una apologista del ideario. Pero sí, actuar funcionalmente de modo que la universidad pueda realizar su cometido, pues para eso se organiza, y dentro de él realizar la actividad académica sin entrar en contradicción con los valores que profesa la universidad.

Dentro de estos hay muchas posibilidades de sustentar diferentes tesis, aún contradictorias entre sí, pues, el desarrollo del pensamiento científico no se opone a ningún ideario religioso. No se trata de asumir la teoría medieval de la doble verdad, atribuida a Averroes, la de la fe y la de la razón, sino más bien de armonizarlas.

Caso U.E.L.D.

La Escuela Libre de Derecho (U.E.L.D.), fundada el 13 de febrero de 1978, nació con vocación de libertad. Su nombre mismo lo indica, es antes que, de Derecho, una “Escuela libre”. Su misión “Ser una Universidad especializada en la formación crítica, individualizada e innovadora, con orientación investigativa y de proyección social vinculada a las ciencias jurídicas”.

No puede haber formación crítica sin libertad, precisamente porque son los estados totalitarios los que suprimen la crítica. No puede haber investigación sin libertad, pues la búsqueda de la verdad exige someter a examen todas las posiciones. No puede haber formación individualizada sin libertad, pues la formación estandarizada es lo contrario de la libertad.

No debe sorprender que en el artículo 5 del Estatuto Orgánico de la Universidad se establezca que “La libertad de cátedra e investigación, los principios esenciales del derecho a la libertad plena de opinión, expresión y creencias de los integrantes de la comunidad universitaria, son principios fundamentales de la enseñanza universitaria”. En este pequeño párrafo está sintetizado lo que constituye la libertad de cátedra: libertad plena de opinión, de expresión y creencias, es decir, pluralismo. Y tratándose de una escuela de Derecho adquiere mayor relevancia, tanto la libertad de cátedra como la de pupitre, pues la esencia del Derecho es la pluralidad. Un chiste recurrente entre los abogados es que “donde hay dos abogados, hay tres tesis”, que recoge ese carácter pluralista del Derecho. El Derecho no es neutro, ni es una ciencia exacta, por eso requiere libertad para su desarrollo.

Desde luego que este parámetro institucional tiene su marco constitucional plasmados también en la ley de CONESUP y su Reglamento General.

Igualmente podríamos indicar que la Escuela Libre es la única escuela costarricense especializada en Derecho, y, además está debidamente acreditada por SINAES (s.f.). En el documento de acreditación podemos leer:

La Universidad Escuela Libre de Derecho promueve el desarrollo de las Ciencias Jurídicas con sentido humanista, pretendiendo, tanto en la formación de profesionales en Derecho, como en la proyección a otros ámbitos profesionales y humanos, constituirse en una alternativa que aporte verdaderos juristas, comprometidos con la consolidación de un Estado de Derecho democrático, solidario y equitativo.

Este perfil decididamente humanista y crítico comprometido con el modelo democrático liberal, solidario y equitativo, solamente se puede desarrollar en un ámbito de libertad en todas sus formas. Humanismo y democracia son dos binomios inseparables de libertad de enseñanza y libertad de cátedra.

He enseñado durante 36 años en las U.E.L.D. y he visto a lo largo de estos años que siempre se ha respetado la libertad de cátedra y de expresión. Nunca un profesor o estudiante han sido separados por su manera de pensar. Siempre se promueven actividades como debates, mesas redondas, seminarios, etc. que permitan la confrontación respetuosa de ideas y escuelas. A los profesores se les exige, como corresponde, disciplina y respeto, y siempre deben cumplir con los programas establecidos para poder lograr el perfil que la Escuela quiere. Si algún profesor ha sido separado ha sido por incumplimiento de horarios, por irrespeto a los estudiantes, por incumplimiento de programas, por alcoholismo, hostigamiento, por impericia manifiesta, etc. nunca por exteriorizar sus preferencias ideológicas.

El cumplimiento de programas es una exigencia compatible con la libertad de cátedra, pues una cosa son las posiciones de los profesores y estudiantes sobre los contenidos a desarrollar (ut supra límites de la libertad de cátedra), y otra considerar los contenidos como discrecionales. No lo son, son oficiales tanto de la U.E.L.D. como del Estado. Más bien la U.E.L.D. considera los contenidos de los programas como mínimos. Tanto así que en una oportunidad la Comisión de Evaluación intentó enviar una circular a la comunidad universitaria fijando los contenidos de los programas como máximos. Una estudiante presentó una apelación a un examen basada en que versaba sobre contenidos que no estaban en el programa, pues el profesor había enseñado más que lo que indicaba el programa. La Comisión en ese momento consideró darle la razón a la estudiante. El BORRADOR de la resolución decía que la Comisión “no amparará evaluaciones que se realicen al margen (...) de los contenidos programáticos aprobados” (borrador, fuente, archivo del autor). La propuesta partía de que los contenidos programáticos eran máximos. La propuesta no fue aprobada por las autoridades precisamente porque la Universidad considera que dichos contenidos son mínimos, que los profesores tienen el deber de desarrollarlos, y cumpliendo con ellos, agregar, en ejercicio precisamente de la libertad de cátedra y de una mayor calidad, agregar contenidos que no están en los programas. La calidad solo se puede dar dentro de la libertad cátedra y ésta debe promoverse, acentuarse, volverse cada día más exigente. Si el CONESUP pone techos a la calidad, puesto que para el órgano la Nomenclatura de Grados y Títulos es un máximo, las universidades deben superarlos en la práctica, pues no han de ser corregida por hacer más de lo que se le pide, que sean corregidas las universidades deficitarias, no la supervitarias, como es el caso de la U.E.L.D.

Más que una proclama, la libertad de cátedra en la U.E.L.D. es una práctica histórica.

Conclusiones

En general en la tradición Occidental la universidad, pública y privada, no nacieron ni con autonomía, ni con libertad de enseñanza, ni con libertad de cátedra. La universidad como aparato reproductor de la ideología dominante nace en la Edad Media como expresión de una sociedad teocrática. La historia de la universidad ha ido pareja a la historia en general a partir de su fundación. Ha seguido las mismas vicisitudes históricas.

Fueron las ideas iluministas, de la Ilustración, de la Revolución Francesa y del liberalismo decimonónico las que crearon las condiciones para la Reforma de Córdoba que constituyó el banderazo de salida de la autonomía y la libertad de cátedra, y en última instancia, de la libertad de enseñanza.

Debemos recordar que tanto la autonomía, la libertad de enseñanza como la de cátedra están consagradas en la Constitución de 1949, pero que esta fue inspirada en la Constitución liberal de 1871, que solo hace referencia a la libertad de educación privada en su artículo 68 y las rentas para la universidad de Santo Tomás en su artículo 67, (SCIJ, s.f.). No hay referencias ni a la autonomía ni a la libertad de cátedra, solo a la libertad de enseñanza privada que define como no costeadada por el Estado. Lo cual muestra dos cosas: que la libertad de enseñanza es anterior a la autonomía universitaria y a la libertad de cátedra, y, además, que éstas son producto de la Reforma de Córdoba (1948) que a su vez influyó en las características con que se creó la Universidad de Costa Rica. Entonces el constituyente de 1949 reiteró la libertad de enseñanza del constituyente de 1871, y ratificó la autonomía creada en 1941.

Hoy día la educación superior está asentada sobre tres pilares: autonomía, libertad de enseñanza y libertad de cátedra. La libertad de cátedra es un derecho fundamental vigente tanto en las universidades públicas como en las privadas, por mandato constitucional y no por eso han estado exentas de vicisitudes. Tampoco podemos desconocer que las fuentes de financiamiento, como en cualquier actividad humana, no son ajenas a estos institutos.

Pero a pesar de los acontecimientos que hayan existido alrededor de estos tres pilares, tal parece que están bien definidos en el ordenamiento, que sobre ellos se sigue discutiendo, se siguen definiendo, son obra siempre inacabada, que permiten nuevas formulaciones conforme vayan pasando los tiempos. Su destino va a depender de los rumbos de nuestra historia, pero también del buen o mal uso que demos a estas libertades.

Libertad de cátedra: o la hay o no hay universidad.

Referencias bibliográficas

Arce, C. (s.f.). LA LIBERTAD DE CÁTEDRA. Revista de Ciencias Políticas. Universidad de Costa Rica. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13355>

Campos, R. (2020). La libertad de cátedra y la universidad que innova. Revista Actualidades Investigativas en Educación, (20). https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-47032020000100479#B10

Constitución Política de Costa Rica. (1871, 07 de diciembre). Asamblea Nacional Constituyente. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/-Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41241&nValor3=86819&strTipM=TC

Córdoba J. y Ortega y otro (2019) Constitución Política de la Republica de Costa Rica. Tomos I y II, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José.

De la Cruz, V. (9 de noviembre del 2016). ¡Vivan la libertad de cátedra y la autonomía universitaria. La República. Columnistas. <https://www.la-republica.net/noticia/-vivan-la-libertad-de-catedra-y-la-autonomia-universitaria>

Educalingo. (s.f.). MISSIO CANONICA. Educalingo. <https://educalingo.com/es/dic-de/missio-canonica>

Estatuto Orgánico Escuela Libre De Derecho <https://uescuelalibre.cr/download/estatuto-organico/>

Fatás, G. (2017). 20 minutos. <https://www.20minutos.es/opiniones/guillermo-fatás-frases-celebres-defendere-vida-derecho-3110846/>

García, J. (1977). La Autonomía Universitaria en América Latina: Mito y realidad", UNAM, México.

Jiménez, J. (s.f.) Análisis y consecuencias curriculares.

Madrid, R. (2020). La Libertad de Cátedra de las Universidades con Ideario Religioso: Objeciones y Respuestas. Revista Chilena de Derecho, (47) https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372020000300641&script=sci_arttext&tlng=es

Madrigal, S. (2017). La libertad de cátedra: Alcances y Responsabilidades. Universidad Internacional de las Américas. Costa Rica. <https://revistas.uia.ac.cr/index.php/proveritatem/article/view/41/124>

Madrigal, S. (2017). La libertad de cátedra: Alcances y Responsabilidades. Universidad Internacional de las Américas. <https://revistas.uia.ac.cr/index.php/proveritatem/article/view/41/124>

Mazo, G. (1957). Síntesis explicativa del movimiento argentino y americano de la Reforma Universitaria (Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). La Plata., citado por Bascuñán Valdés, Aníbal (1963). Universidad. Cinco ensayos para una teoría de la universidad latinoamericana. Santiago de Chile: Andrés Bello.

Microjuris. (2021). Diez Mandamientos de los Abogados según Eduardo Juan Couture Etcheverry. Microjuris. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/02/03/-diez-mandamientos-de-los-abogados-segun-eduardo-juan-couture-etcheverry/>

MSc. Carmen Blanco Meléndez

Aproximación a criterios para la transversalización del género en la enseñanza del Derecho como mandato constitucional y convencional

Grado de Especialista y Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante.

Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Agrario, Universidad de Costa Rica.

Jueza jubilada del Tribunal de Apelaciones Laboral y Civil, Poder judicial de Costa Rica.

Profesora Universidad Escuela Libre de Derecho

9



Resumen.

La transversalización de género es un mandato convencional y constitucional. Para hacerlo en forma efectiva se propone una aproximación de criterios para aplicar y detectar la efectiva implementación. Se vinculan los mismos a la necesidad de educar en igualdad a las mujeres en derecho, cuestionando la neutralidad del Derecho, su visión androcéntrica y perpetuadora de desigualdad. Los criterios se han señalado básicamente para la docencia, investigación y evaluación, proponiendo que los mismos deben ser vinculantes.

Abstract.

Gender mainstreaming is a conventional and constitutional mandate. For its effective implementation this proposal consists in the application of certain standards that linked teaching gender equality at our Law Schools and a critical perspective of the law neutrality. The criteria has been indicated primarily for teaching, research and evaluation.

Palabras claves:

Transversalización de género, enseñanza del Derecho, criterios docencia, investigación, evaluación. // Gender mainstreaming, gender equality, law neutrality teacher's education, research, evaluation

Sumario

- I. Introducción.
- II. Transversalización de género en la enseñanza del Derecho.
- III. Criterios para la implementación eficaz de la perspectiva de género transversalmente en la enseñanza del Derecho.
 - a. Formativa.
 - b. Investigación.
 - c. Evaluación.
- IV. Conclusiones.
- IIV. Referencias bibliográficas

Introducción

La incorporación de los derechos humanos de las mujeres en la enseñanza del Derecho en forma efectiva a través de la metodología de género es un tema urgente, un mandato convencional y constitucional. Así lo disponen, por ejemplo dos instrumentos internacionales de gran relevancia como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer (C.E.D.A.W.) de 1979 ratificada por Costa Rica en 1986 y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Pará" nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro y ratificada por Costa Rica el seis de setiembre de 1994.

El mandato constitucional en Costa Rica deviene específicamente de los numerales 33 y 51 de la Constitución Política lo que reafirma el deber del Estado de propiciar las condiciones adecuadas hacia la igualdad desde la perspectiva de la accesibilidad y la formación para la igualdad.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada el 20 de octubre de 1993 se señala expresamente y en forma específica que los derechos humanos de la mujer deben formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer. Además, "insta a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña".

El derecho a la igualdad de la mujer en la educación se puede analizar desde dos ejes (Faur,2002); el primero de ellos se relaciona con la accesibilidad de la mujer a la educación y el segundo se interpreta como un medio para formar en igualdad con un fin transformador de la realidad social. El primer eje se refiere a igualdad de la educación y el segundo a la "construcción de la igualdad a través de la educación"

El eje de la accesibilidad de las mujeres no es objeto de análisis en este artículo, el foco se dirige, más bien, a la necesidad de incorporar criterios de transversalización de género en la enseñanza del Derecho. El objetivo es que la enseñanza del Derecho se constituya en un instrumento de transformación no sólo a nivel formal, sino que generen impacto para una sociedad más justa para las mujeres.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer dispuso en materia educativa, que debe eliminarse todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, haciendo referencia expresa a los materiales de estudio y sus métodos.

Los mandatos convencionales obligan necesariamente a un replanteamiento de la forma en que se enseña el derecho en las universidades para lo cual hay que revisar y cuestionarse en forma crítica el mito de la neutralidad del Derecho en cuanto a las mujeres y evidenciar y visibilizar lo que se ha denominado curriculum oculto, dos elementos que confluyen para perpetuar en el imaginario colectivo la desigualdad institucionalizada de la mujer en la sociedad.

Sobre género se entenderá (Acosta,2019) el conjunto de características sociales, culturales y económicas que la sociedad asigna a las personas de forma diferenciada como propias de hombres y mujeres. Estas construcciones sociales y simbólicas se basan en la diferencia sexual, estructurando relaciones de poder cuya principal característica es el dominio de lo masculino.

La perspectiva de género es el enfoque para la reflexión y el análisis del Derecho a fin de deconstruir los paradigmas androcristas y desmitificar la neutralidad, tal y como Costa, M. lo indica:

Así, se revela que, tanto el establecimiento del varón como universal de lo humano, así como la negación de toda otra identificación socio sexual en las formulaciones jurídicas, son efecto del androcentrismo del derecho. El androcentrismo jurídico se evidencia en la regulación restringida de las normas y procedimientos legales, en la parcialidad que predomina en el funcionamiento de las instituciones de la justicia y en los sesgos que demarcan los cánones del derecho. (2019)

En el siglo 21 en Costa Rica la incorporación de la mujer a la educación superior ha ido creciendo en forma significativa, no obstante, ello no implica en forma alguna que el tema de la desigualdad haya sido resuelto desde la perspectiva de la accesibilidad. Paradójicamente se sigue orientando el aprendizaje bajo supuestos de neutralidad del Derecho e invisibilizando las diferencias derivadas del mismo. Esto es una situación generalizada en la que, si bien ha habido esfuerzos para tratar de solventarla, los mismos son aislados, no sistemáticos y se constriñen a veces a cursos específicos de género, todo lo cual es un inicio, pero no es suficiente como factor transformador de la enseñanza de esta disciplina de acuerdo con los fines de la educación superior con la formación y en construir igualdad dentro de una sociedad democrática.

El Tercer Informe del Estado de la Mujer en Costa Rica (Instituto Nacional de las Mujeres, 2019), sobre el acceso de las mujeres a la educación superior en general, señaló:

En las universidades públicas se graduaron 3.873 hombres y 5.717 mujeres en el año 2000. En el 2016 los hombres graduados fueron 6.344 y las mujeres 9.151. Por otra parte, en la educación superior privada que demuestra en el 2001 se graduaron 5.238 hombres y 9.051 mujeres, mientras que para el 2016 esas cifras aumentaron a 11.187 hombres y 19.513 mujeres. Siendo así, es posible señalar que a nivel nacional las mujeres representaron el 62,1% de las personas graduadas en 2016, frente a un 37,9% de hombres. Esto permite establecer una relación de 10 hombres graduados por cada 17 mujeres en la misma condición. Como muestran los datos presentados, la presencia de las mujeres en la educación superior

ya sea pública o privada, es contundente: constituyen un porcentaje mayoritario no sólo en matrícula, sino también en graduación. Sin embargo, la educación superior presenta grandes contradicciones para las mujeres, pues este ámbito está marcado por desigualdades en el acceso a aquellas profesiones o áreas del conocimiento con mayor reconocimiento social y económico, producto de la reproducción de sesgos o estereotipos de género asociados al deber ser de las mujeres y a sus capacidades intelectuales y personales.

En Costa Rica, durante el 2022 (corte a marzo), de acuerdo con la oficina de Incorporaciones del Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, en la primera incorporación realizada a la fecha en este año, se registraron un total de 159 incorporaciones de profesionales, de las cuales 98 fueron mujeres, lo que representa un 61%.

El hecho de que haya más mujeres en la educación superior en Costa Rica, y específicamente de profesionales incorporadas en Derecho no implica que el tema de la igualdad se esté resolviendo, por cuanto el fenómeno es más complejo con relación a lo que se denomina “techo de cristal” respecto a posibilidades de acceso a puestos de trabajo, ascenso, salarios. También se presenta una segregación por nivel educativo según la cual el porcentaje de acceso de las mujeres en los niveles de posgrado disminuye (Buquet, G. 2011) entre otros problemas. No obstante, lo señalo precisamente, para evidenciar la absoluta necesidad de incorporar una visión de la enseñanza del Derecho haciendo énfasis precisamente en las características, roles y especificidades de género. Parece un absurdo que, pese a que hay una población que se incrementa de mujeres en la educación superior en Derecho, se continúe impartiendo una educación basada en una concepción “neutral”, abstracta, universal del Derecho donde el referente neutral sea lo masculino. Entonces, las mujeres son invisibilizadas en su formación, siendo las “convidadas de piedra” en el análisis de contenidos en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

La paradoja se presenta cuando hay más mujeres en las aulas universitarias de Derecho, pero en todo el discurso jurídico se sigue teniendo el referente varón como modelo de construcción de normas y sentidos, omitiéndose además visibilizar que la referencia al sujeto ostenta una posición prevalente, de dominio y autoridad en la sociedad.

El Derecho se enseña tradicionalmente en forma dogmática, lo que favorece un perfil de persona egresada plenamente convencida de la neutralidad e imparcialidad de la disciplina y son quienes en la interpretación y aplicación de las normas reproducen esa visión androcéntrica que en forma alguna contribuye a la formación en igualdad.

El referente en esta concepción de derecho es lo universal que es el hombre con respecto al género desconociendo las diferencias y los roles que las mujeres en derecho van a desempeñar en la sociedad costarricense, así como las limitantes para acceder al sector laboral con salarios más competitivos y en puestos de toma de decisión que potencien la autonomía de las mujeres en todos los ámbitos.

Como lo señala Bauger, E. (2021) Las prácticas de enseñanza tienen una incidencia inmediata en la generación, reproducción y construcción de sentido de las prácticas de las profesionales de la abogacía por eso es que no transversalizar la perspectiva de género implica como ya se ha señalado seguir preservando la visión androcéntrica del Derecho para dirimir los conflictos sociales dándose un círculo vicioso y perverso en el que se acentúa la desigualdad en perjuicio abierto y manifiesto de las mujeres a pesar de enunciados formales como la normativa internacional y nacional.

Partiendo de la necesidad y urgencia de la incorporación de la perspectiva de género en la enseñanza considero que hay que analizar y discutir criterios específicos para operacionalizarlos para el diagnóstico, diseño, ejecución y evaluación de la enseñanza del Derecho. Además,

a partir de los mismos construir estándares de calidad de la educación en Derecho. Una condición necesaria y suficiente es partir de la función social de la educación social y el compromiso con la promoción y generación de igualdad en la sociedad.

Hay una producción académica importante en temas de género y Derecho que se ha desarrollado en las universidades, no obstante, como lo señala Buquet G “no han sido estas instituciones las que han acogido la temática y sus procesos de institucionalización al interior de sus comunidades” (2011) o si acaso, agrego, se hace en forma aislada y desagregada.

La realidad social es muy compleja y cambiante, en forma alguna se pretendería agotar los criterios o reducirlos a un esquema rígido, taxativo o inflexible pues ello implicaría desconocer la riqueza y la dinamicidad de la realidad social y los procesos de aprendizaje; sin embargo, hay que ir hacia adelante y elaborar, proponer, especificar, sistematizar y revisar los criterios para transversalizar la perspectiva de género con el propósito principal que se implementen en forma efectiva como parámetros de calidad de la educación.

¿Cabe entonces analizar cuáles serían esos criterios de calidad para evaluar la efectiva incorporación de la perspectiva de género en la enseñanza del Derecho como un criterio de calidad de la enseñanza?

En los noventa (Donoso-Vázquez, Trinidad; Velasco-Martínez, Anna 2013) se incrementaron de forma considerable los estudios de género, espacios para su difusión, los institutos universitarios de género y de estudios de la mujer, los grupos de investigación y por consiguiente, las investigaciones sobre el género y vinculados con la enseñanza del Derecho, proporcionando una visión crítica y dando igualmente criterios necesarios de incorporar para garantizar efectividad en la incorporación de la perspectiva de género.

La propuesta va en el sentido de aglutinar algunos de los criterios que se han señalado y proponer otros, de lo contrario se seguirá haciendo enunciados apologeticos sin ninguna implicación practica y efectiva.

Transversalización de género. hacia una visión integral y sistemica de la enseñanza del derecho.

Hay dos nociones fundamentales que deben interrelacionarse. La perspectiva de género y la transversalidad en la enseñanza para lograr así una mayor eficacia en la formación en igualdad. La perspectiva de género es una herramienta conceptual y metodológica que tiene como fin visibilizar las diferencias culturales asignadas a los hombres y a las mujeres para generar procesos críticos y de cambio de las instituciones del Derecho que generan desigualdad.

La perspectiva de género, en referencia a los marcos teóricos adoptados para una investigación, capacitación o desarrollo de políticas o programas, implica:

- a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres;
- b) que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas;
- c) que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión. (Gamba S. 2008)

La Sala Constitucional de Costa Rica utiliza la perspectiva de género como una herramienta interpretativa que incluye variables sociales y culturales que provocan la desigualdad estructural y que produce un trato discriminatorio

contra las mujeres. A manera de ejemplo cito en lo conducente;

Lo que se quiere decir, en síntesis, es que el punto jurídico que aquí se debate amerita, para su correcta resolución, su análisis desde la perspectiva de género, es decir, realizar un estudio de la realidad ponderando una serie de variables que, sin exceder el marco normativo –que de por sí existe no solo a nivel legal sino también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Constitución Política-, incluya variables sociales y culturales, entre otras, que son las que provocan la desigualdad estructural que empíricamente se ha comprobado, incluso allende nuestras fronteras, y que produce un trato discriminatorio en perjuicio de las mujeres, con fundamento no en razones que trascienden las diferencias biológicas (Sala Constitucional Voto 12582-2008)

La perspectiva de género solamente se puede implementar en forma transversal en la formación en derecho. La transversalización de género fue planteada por primera vez como un compromiso de los Estados en el marco de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial en Beijing (1995) que dispuso en el acápite 79: Para hacer frente a la desigualdad de acceso a la enseñanza y a las oportunidades educativas insuficientes, los gobiernos y otros agentes sociales deberían promover una política activa y visible de integración de una perspectiva de género en todas las políticas y programas, a fin de que se analicen, antes de adoptar decisiones, sus posibles efectos en las mujeres y los hombres.

En esa declaración se hace referencia a integración de la perspectiva de género todo lo cual excluye acciones aisladas o segmentadas que si bien constituyen una iniciativa positiva no son suficientes. Implica, en consecuencia, una visión transformadora integral del enfoque de género. Como lo señala Nieves S (2011)

En definitiva, que la perspectiva de género “atraviese” toda la estructura del Título, tanto los objetivos, como las competencias, los módulos y materias, las programaciones curriculares de las asignaturas, los criterios de evaluación de

los aprendizajes y el sistema de evaluación de la calidad del Título.

Transversar género Chaves, R (2011) es una estrategia metodológica y política pues implica un posicionamiento ideológico distinto frente al quehacer universitario. Requiere estar en atención permanente y acuciosa para identificar las diversas y ocultas y no tan ocultas formas y contextos de discriminación por razón de género, además de los posibles impactos diferenciados sobre hombres y mujeres que puede provocar cualquier acción o lineamiento institucional.

La perspectiva de género es una herramienta de análisis que debe ser transversal para generar cambios y fomento de igualdad y los derechos humanos de las mujeres en la sociedad costarricense.

La incorporación de contenidos temáticos sobre género en forma separada no puede considerarse como una incorporación efectiva de los derechos humanos de las mujeres en la enseñanza del Derecho.

Como se ha indicado en el (IIDH,2008), hay sesgos o visiones erróneas con relación a la perspectiva de género, dentro de las cuales señala entenderla como “la problemática de la mujer” y no como lo relación entre hombres y mujeres, o bien abordarla como variable y no como lo que es una perspectiva de análisis. Disociar el trabajo con perspectiva de género referente a reeducación y vida privada la transformación de su vida, dimensión personal y lo conciben como “adaptar” a las mujeres al mundo de los hombres.

Entonces, la propuesta de criterios debe entenderse dentro de un contexto de integralidad, sistematicidad, permanencia, en forma reflexiva, auto corregible, interconectada e interdisciplinaria.

Criterios para la implementación eficaz de la perspectiva de género transversalmente en la enseñanza del derecho. a manera de aproximación.

Generalmente, en los planes de estudio se hace referencia a la transversalidad de ejes temáticos y se menciona el género como uno de ellos, lo que a mi criterio no es suficiente, pues debe incorporarse en forma específica la perspectiva de género para que no se diluya ni quede en un simple enunciado. La especificidad garantiza de alguna manera una mayor atención y una priorización en la enseñanza del Derecho para que sea un hilo conductor en todo el plan de estudio en forma integral y sistemática, desde el diseño, la ejecución, evaluación e investigación de la enseñanza.

En los procesos de evaluación, estos criterios igualmente deben ser tomados en cuenta como variables cualitativas de la educación en Derecho con la finalidad de que sirvan para determinar la efectiva aplicación de estos.

Buquet G (2011) se refiere a una dimensión de formación, investigación e institucionalización de la enseñanza del Derecho. Los criterios (Piedra,2022), (Chaves R., 2014), (Facio A,1992), (Faur E., 2002), (Costa M, 2019), (Buquet G., 2011) (Salazar O., 2021) que se proceden a señalar se circunscribirán a las áreas de formación, incluida la evaluación y la investigación.

Area formativa

Se ha señalado (Costa, M. 2019) que la carencia de revistas especializadas y la escasez general de publicaciones son factores que condicionan fuertemente el acceso al conocimiento de estudios sobre género y Derecho y de feminismos jurídicos y que generalmente los acercamientos se hacen en los estudios de posgrado, cursando otras carreras y que en general “ los abordajes de género no suelen producirse en la carrera jurídica

de grado” , todo lo cual obliga a garantizar la verdadera incorporación en la carrera de derecho, grado y posgrado, en forma integral, sistemática, estructural.

Tal y como lo plantea (Chaves, R, 2015) la labor de transversar la perspectiva de género se entiende por la aplicación sistemática y coherente del análisis de género, principalmente en los contenidos temáticos de los cursos, en los diversos medios didácticos que se utilizarán, en el lenguaje, en los diferentes procesos de aprendizaje que se generan, en la formulación de políticas internas y en la gestión institucional en general, orientando el quehacer cotidiano universitario hacia una cultura a favor de la igualdad de género y hacia la construcción de una sociedad más justa.

Al hablar de la enseñanza del derecho se hace referencia a sus contenidos, métodos y medios todos los cuales se deben articular. Para ello, a mi criterio debe iniciarse con el curriculum básico (García Rubio, J., & Ros Garrido, A.2018) que es lo que cuenta como conocimiento válido para la formación de los y las abogadas.

El curriculum básico, formal o explícito debe contener igualmente enunciados expresos y directos sobre la transversalización de género e implica una necesaria revisión y cuestionamiento de la neutralidad del derecho.

De tal manera un diseño curricular universitario desde el cual se suponga que los contenidos de los cursos son neutros y que no impactan de manera diferenciada a hombres y a mujeres, estará reproduciendo la realidad patriarcal. Un curso desde el cual no se reflexione sobre la existencia de las desigualdades de género y que se presuma de carácter “neutral al género”, muy posiblemente se esté construyendo sobre situaciones desvalorizantes, excluyentes y discriminatorias, muchas veces imperceptibles.” (Chávez R,2014)

Tal y como lo plantea (Mercado,2018) el curriculum oculto sin pretenderlo de manera reconocida, constituye una fuente de aprendizaje para todas las personas que integran la organización. Los aprendizajes que se derivan del currículum oculto se realizan de manera “osmótica”, sin que se expliciten formalmente ni la intención ni el mecanismo o procedimiento cognitivo de apropiación de significados.

El currículo oculto se basa en un modelo educativo que transmite las características culturales del género masculino, como si fuera este el modelo estándar positivo universal. Refiere a un modelo diseñado para hombres como protagonistas del mundo público, sin tomar en cuenta los aportes y experiencias de las mujeres (Piedra, M. 2022).

La transversalización de género implica necesariamente integralidad, pues debe tener como objetivo develar el curriculum oculto, cuestionarlo, analizarlo con la finalidad de transformar esa cosmovisión, para ello es necesaria incorporar, contenidos, herramientas y estrategias de aprendizaje, para tener un efecto transformador y multiplicador de la igualdad de las mujeres en la sociedad.

Un elemento esencial para la transversalización es la articulación de conocimientos y la interdisciplinariedad. Como lo señala Lyra, 2011 esta articulación implica que entre más fuerte sean las acciones competentes de las personas formadas, más competentes serán las y los graduados de las universidades del siglo XXI para la transformación, económica y social.

Así las personas egresadas deben ser capaces de establecer relaciones entre las situaciones que se les presenten con una visión global del conocimiento y los valores y actitudes que este represente (García Villanueva, J., Díaz García, D. I., & Hernández Ramírez, C., 2020).

Procedo entonces, a realizar una aproximación de cuáles criterios se deben tomar en cuenta para determinar la existencia o no de transversalidad de género en la formación universitaria, específicamente en el curriculum, son:

Cursos específicos con perspectiva de género introductorios y especializados en grado y posgrado de la Universidad.

En la microprogramación o planeamiento de cursos en el propósito general, los objetivos, los contenidos, las actividades, los recursos y la evaluación mención expresa y específica de la incorporación de la perspectiva de género.

Al respecto cualquier materia que se imparta en derecho debe ser analizada en enfoque de género. Lo cual no solamente implica la denominación formal en los objetivos del curso, sino que efectivamente a los temas y contenidos se les dé este enfoque. Hay que iniciar un proceso urgente de revisión y análisis de los contenidos programáticos existentes en las diferentes materias para realizar una verdadera incorporación de la perspectiva de género y educar en igualdad.

Esa revisión se puede realizar, a corto plazo por la misma persona docente que puede proponer las adaptaciones y los cambios máxime si se ha establecido la inclusividad y la transversalidad como fines orientadores de la enseñanza.

Para hacer esa revisión programática, los criterios que señala (Chávez R 2015):

Por lo tanto, Transversar la perspectiva de género significa, fundamentalmente, una revisión a profundidad de los contenidos de los cursos en cuanto a: • *Si existen postulados androcentristas y estereotipados por género en las diferentes disciplinas académicas, con el fin de deconstruirlos primero y reconstruirlos luego desde la teoría de género.* • *Si se tiene claro que se busca la igualdad como derecho humano, y no solo la equidad; para ello debe entenderse que las medidas de equidad (acciones afirmativas) son necesarias para lograr la igualdad, pero no son suficientes.*

• *Si se incluyen, en los contenidos de los cursos, la experiencia y los aportes de las mujeres.* • *Si se evitan los temas y ejemplos estereotipados por género y se seleccionan, en la medida de lo posible, de forma que respondan a los intereses de todas las personas.* • *Si se elaboran metodologías adecuadas, para que el estudiantado adquiera experiencias y capacidades que tradicionalmente han sido adjudicados a uno de los sexos en exclusiva.* • *Si se toma en cuenta que los hombres y las mujeres tienen contextos familiares distintos, ya que las mujeres generalmente llevan en sus espaldas el trabajo doméstico y el cuidado de personas dependientes.* • *Si se promueve la corresponsabilidad de las tareas domésticas en la familia, para lograr una distribución equitativa y adecuada para cada miembro.* • *Si se consideran los diferentes intereses, valores y necesidades emocionales de cada alumno y alumna como individuos.) Si se incorporan los intereses y necesidades prácticas y estratégicas de género.* • *Si se analiza cómo cierta utilización de la imagen de la mujer va en detrimento de su dignidad y si se promueve el desarrollo de una mentalidad crítica en relación con este tipo de violencia de género y los otros tipos de violencia hacia las mujeres.*

Materiales de estudio. Con relación a los materiales de estudio se distinguirían dos grupos: La existencia de guías, manuales o material especializados para formar en enfoque de género, ejemplos manuales de lenguaje inclusivo, guías metodológicas para analizar el Derecho con enfoque de género, etc. Como estándar de calidad sería la existencia de guías.

El otro grupo de materiales son aquellos que forman la bibliografía necesaria para desarrollar los contenidos de cada curso, por ejemplo, procesal civil, laboral, familia, introducción al Derecho, teoría del Derecho, etc. Los estándares de calidad serían: 1- referencia a autoras en la bibliografía y o materiales didácticos, señalar expresamente la búsqueda y la falencia si esa fuera el caso. 2. Los materiales didácticos que se incluyan en Derecho en cualquier rama incluyan contenidos con enfoque de género es decir que analicen la información desde las diferencias económicas, sociales y culturales de las mujeres, así como la inclusión temas paradigmáticos en la jurisprudencia en materia de género.

Política de Lenguaje inclusivo. La visibilización y la utilización de un lenguaje inclusivo es criterio para determinar si efectivamente se está utilizando la perspectiva de género.

El estándar de calidad de este criterio es que se refleje en la normativa y directrices universitarias, en los programas de estudios, en los contenidos, en los recursos didácticos, en las evaluaciones es una forma de visibilización del género en la enseñanza.

La sentencia 3435 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se interpretó y dispuso que cuando se utilicen los términos “hombre” o “mujer” deberá entenderse como sinónimos del vocablo persona y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género. Hay normativa constitucional, concretamente los artículos 20 reformado en la ley no.7880 del 27 de mayo de 1999 y 33 de la Constitución Política, que fue reformado ley 7880 de 27 de mayo de 1999 en la que se cambió la denominación original de hombre por persona. Además, en el sector público e instituciones privadas en Costa Rica se ha incorporado la política de lenguaje inclusivo, en otras instituciones públicas y privadas se ha incorporado la misma, así como en normas jurídicas, tales como la Constitución citada, lo que sirve como una forma de vencer aún las resistencias para utilizar el lenguaje inclusivo.

No es atendible que a pesar de que participen mujeres a la enseñanza del Derecho se siga utilizando un lenguaje que la define con relación a un genérico que es el hombre. Ese solo hecho es un indicio de que no hay una verdadera vocación o intención de transversalizar la perspectiva de género. El lenguaje es dinámico, cambiante y la utilización plantea cada vez nuevos retos para la comunicación en igualdad. La inclusión en la enseñanza no requiere mayor esfuerzo que la acción de hacerlo en lo cotidiano, en la docencia.

Llama la atención que generalmente no hay resistencia cuando se señala la necesidad de política inclusiva en otros ejes sin embargo en mi experiencia, la mayor resistencia a la inclusividad en el lenguaje es cuando se refiere a la nominación del lenguaje con relación a la mujer, lo que es reflejo de una visión androcéntrica, basada en mitos de universalidad y abstracción en el lenguaje con relación a la mujer.

La utilización de una política inclusiva con relación a las mujeres es un paso, un inicio, a la visibilización en la formación universitaria para deconstruir el curriculum oculto y desmitificar la neutralidad del derecho.

Metodologías de aprendizaje, participativas, que integren la teoría con la práctica y que se enmarquen en el constructivismo. Tal y como lo señala Salgado (2014) desde el constructivismo, las estrategias están basadas en actividades auténticas (de la vida real), no “artificiales”. En este sentido, las estrategias constructivistas intentan desarrollar el pensamiento y la solución de problemas en ambientes complejos. Se le otorga una gran importancia a la construcción colectiva de conocimientos (el aprendizaje colaborativo), sobre todo en la vertiente del constructivismo dialéctico o socio constructivismo.

La forma en que se transmite el conocimiento incide directamente en el develamiento del curriculum oculto. Es así como a través de pedagogías constructivistas que promueven la integración de la teoría con la práctica, haciendo énfasis en la metodología de casos, y todas aquellas estrategias de aprendizaje que permitan el análisis, la reflexión crítica y el abordaje de una concepción igualitaria de acuerdo con el género. Las tecnologías de información se constituyen en una herramienta tecnológica importante para facilitar el acercamiento del Derecho a la realidad en forma interactiva participativa, igualitaria entre los participantes en la enseñanza del Derecho.

Un estándar de calidad es en este caso la utilización de estrategias constructivistas en las cuales se incluyan temas de Derecho con enfoques de género.

En materia de género hay propuestas metodológicas específicas como la que señala Facio (2019) en la que hace referencia a seis pasos a seguir:

1. Tomar conciencia, a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino.
2. Profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.
3. Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como “el otro” del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.
4. Buscar cual es la concepción de “mujer” que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.
5. Analizar el texto tomando en cuenta los componentes político-cultural y estructural.
6. Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular, sino más importante aún, para continuar el proceso de concienciación.

Además, se pueden elaborar instrumentos que ayudan al personal docente a desentrañar y a implementar esa dialéctica propia de reflexión pues como se indicó supra, no basta con enunciados formales que establezcan la incorporación de género, sino que hay que ir elaborando herramientas para implementarlos en las metodologías de aprendizaje.

A manera de ejemplo específico en Derecho (Blanco C, Huaita M, Molero M Salmón, 2019) en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Perú ha creado instrumentos para implementar la perspectiva de género en el aula universitaria, en los que se señalan de forma específica los pasos para este fin.

- ¿Qué debo tener en cuenta antes de clase? Preparación de contenidos en el sílabo del curso - Contenido conceptual - Contenido procedimental - Contenido actitudinal
- ii. Diseño de métodos de formación jurídica
 - iii. Selección de bibliografía

b. ¿Qué debo y qué no debo hacer en el aula?

- i. Uso del lenguaje en clase
- ii. Pautas para el desarrollo de las clases
- iii. Dinámica dentro del aula: roles que se ejercen
- iv. Evaluaciones ¿Qué tener en cuenta fuera del aula?

7- Otro criterio es la consolidación de observatorios de género, dividido por cátedras que permitan detectar en la materia específica, las discusiones, análisis, jurisprudencias, artículos científicos, problemas a nivel nacional, publicaciones periodísticas, hechos nacionales directamente vinculados con la desigualdad y diferenciación de las mujeres en la sociedad. Un estándar de calidad sería la existencia al menos de un observatorio de género de toda la Universidad con representación de las y los miembros de cátedra de cada disciplina.

8. Desarrollo de actividades extracurriculares, sincrónicas y o diacrónicas como por ejemplo cursos libres, podcasts, conversatorios, etc., siempre tomando en cuenta la participación de las mujeres, ya sea académicas utilizando las Tecnologías de Información que se constituyen en verdaderas herramientas para la enseñanza del Derecho y permite mayor accesibilidad a la información y a estrategias de aprendizaje innovadoras. Un estándar de calidad vendría a ser la existencia de un programa de gestión de calidad con énfasis en enfoque de género.

9. Personal docente formado en perspectiva de género. La persona docente cumple un papel importante y protagónico para incorporar la perspectiva de género. Dentro de ese supuesto es fundamental que se incorpore dentro de los programas de capacitación docente cursos específicos de género.

Un estándar de calidad es que se incluya dentro de los programas de capacitación docente, el enfoque de género. Otro estándar es cursos específicos de género para docencia incluida formación en género y diseño de metodologías de aprendizaje con enfoque de género. Otro estándar de calidad serían instrumentos de análisis con variable de género para la doctrina, legislación y jurisprudencia de la materia específica.

La formación con perspectiva de género de la persona docente debe ser incorporado como un criterio de baremación para el ingreso y permanencia. Tal y como lo señala (Salazar, 2021)

La formación en perspectiva de género debería ser un criterio esencial en la baremación de los méritos y las capacidades de cualquier persona que opte a un contrato o plaza docente en universidades o centros de investigación. A su vez, esta exigencia obligaría a una revisión de los descriptores de las asignaturas y de los contenidos de las Guías docentes. Por ejemplo, en el caso de estas últimas, además de introducir materias y referencias que siguen siendo invisibles en el ámbito jurídico, sería esencial la introducción de bibliografía y materiales que incorporen la perspectiva feminista. Como medida de fomento de esta perspectiva, debería introducirse como línea prioritaria en las convocatorias de Proyectos de Innovación Docente.

Investigación

Los criterios propuestos son:

1. Centros y programas de estudios de la mujer especializados (Buquet, G, 2011). Estándar: Existencia de un centro o programa en la universidad.

2. Generar bases de datos desagregadas por sexo desde los sistemas de información que existen en el centro universitario para desarrollar investigaciones y orientar la toma de decisiones bajo la perspectiva de género estándar de calidad. Un estándar de calidad de ese criterio es la existencia de bases de datos o estadísticas desagregadas o programas informáticos establecidos para tal fin.

3. Elaborar indicadores de género en investigación en tres niveles (Jabazz M., Navarro P., Díaz C. y Samper, 2016) : 1). presencia de científicas en los equipos de investigación; 2) participación en la toma de decisiones y 3) perspectiva de género en los contenidos de la investigación.

Selección de temas de investigación con perspectiva de género, todo lo cual implica la identificación de estudios científicos con esa perspectiva.

3. En el desarrollo de la investigación, en el planteamiento del problema, referenciar y contextualizar el problema desde una perspectiva género. No solamente debe analizarse la trascendencia constitucional y convencional y la relevancia práctica en este aspecto se deberá contemplar incidencia del problema en forma diferenciada en hombres y mujeres y analizar las diferencias en el contexto de explicación y justificación con el referente objetivo de derechos humanos de las mujeres.

4. En el marco teórico incluir fuentes bibliográficas de autoras femeninas o con perspectiva de género si las hubiere, y señalar la falencia si no fuere así.

5. La utilización de la categoría de género como variable de análisis o argumentación.

6. Formulación de objetivos, hipótesis sin sesgos de o estereotipos de género, entendidos como el «planteamiento erróneo de igualdad o de diferencias entre hombres y mujeres, en cuanto a su naturaleza, a sus comportamientos o a su razonamiento» (Ariño D, 2011).

7. Utilización del lenguaje inclusivo en el desarrollo de la investigación como un requisito indispensable escrito, académico y formal (Rivera S,2021)

En las directrices institucionales de investigación incluir un apartado de los valores del enfoque de género como pauta orientadora en la investigación.

Desarrollar proyectos de investigación dentro de programas de acción social que permitan el fomento del análisis y la deconstrucción de mitos, estereotipos y una visión androcéntrica del Derecho.

Evaluación

La evaluación (Bolaños C, 2011) constituye un mecanismo por el cual las universidades rinden cuentas y garantizan la calidad de la educación. Como cualquier proceso evaluativo se requieren parámetros que orienten y definan las valoraciones y los juicios de esa calidad. Los criterios de valoración que se han señalado constituyen una base para definir parámetros y estándares de calidad comunes, se han establecido criterios de valoración que contemplan diferentes dimensiones y aspectos curriculares y organizacionales de las instituciones de educación superior.

La evaluación es un componente esencial de la valoración de la responsabilidad que se ha adjudicado a los sistemas educativos y a sus instituciones para producir valores agregados y para adoptar decisiones razonables alrededor de las de las sociedades modernas (Días Villa ,2015, p.21). En el caso específico de la formación en Derecho, es esencial para determinar con relación a la formación en igualdad de las mujeres si efectivamente se está cumpliendo con los fines de la educación que es formación en igualdad de las mujeres en la sociedad.

Una tarea inmediata es empezar a incorporar los criterios señalados dentro de los procesos evaluativos al interno de la educación universitaria y dentro de los sistemas de evaluación.

La incorporación de la perspectiva de género, con el desglose de los criterios que se han esbozado en forma preliminar, permite evaluar la calidad de la educación en Derecho. La calidad educativa está determinada por la capacidad que tienen las instituciones para preparar a la persona, de tal manera que pueda adaptarse y contribuir al crecimiento, desarrollo económico y social mediante su incorporación al mercado laboral, por lo que la calidad se valora en función del progreso y de la modernidad del país. Los fines, procesos y resultados estén al servicio del mejoramiento y de la transformación (Díaz,2015, Buquet,2011)

Asociar entonces evaluación, con calidad de la enseñanza y con los criterios de incorporación de la transversalización de género permite determinar la existencia de la igualdad más allá del acceso a ésta y se cumple con el derecho convencional y constitucionalmente señalado en la CEDAW de la eliminación de toda visión estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles.

Es necesario y urgente la incorporación de criterios con perspectiva de género e incorporarlo como política universitaria, plasmarlo en la normativa, en los requisitos de los planes de estudio, de investigación, de evaluación, pero no debe quedar a nivel discrecional, o buena voluntad de quienes tienen responsabilidad de hacerlo. Se debe hacer vinculante mediante dos mecanismos:

Operacionalización de los criterios en estándares de evaluación interna y en los de evaluación externa de las universidades. Incluso ser tomados en cuenta en los sistemas de acreditación o certificación de la carrera de derecho. El proceso y el insumo sirve a su vez como diagnóstico, pero los resultados hacen vinculante el mejoramiento.

Normativización de la transversalización de género en la legislación, reglamentos y directrices y pautas universitarias para garantizar continuidad y como lo señala Salazar, de tal manera que no queden en manos de los vaivenes políticos y/o presupuestarios.

TABLA DE CRITERIOS	
AREA FORMATIVA	INDICADORES DE APLICACIÓN
	CURSOS ESPECÍFICOS DE GÉNERO.INTRODUCTORIOS Y ESPECIALIZADOS EN GRADO -POSGRADO
	MENCIÓN EXPRESAMICROPROGRAMACIÓN.PROPÓSITO DEL CURSO,OBJETIVOS,CONTENIDOS, ACTIVIDADES Y RECURSOS
	LENGUAJE INCLUSIVO
	CONTENIDOS TEMÁTICOS ESPECÍFICOS DE GÉNERO
	CONTENIDOS DE LOS PROGRAMAS CON MENCIÓN EXPRESA A GÉNERO
	MATERIAL DIDÁCTICO-BIBLIOGRAFÍAS DE AUTORAS FEMENINAS /CON ENFOQUE DE GÉNERO. SEÑALAR LA FALENCIA DE NO EXISTIR.
	ELABORACIÓN DE GUIAS O MANUALES O ESPECIALIZADAS
	METODOLOGÍAS DE APRENDIZAJE CONSTRUCTIVISTAS-METODOLOGÍAS DE CASOS.
	METODOLOGÍA DE GÉNERO EN EL ANÁLISIS DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
	VARIABLE GÉNERO EN LA EVALUACIÓN DE LA PERSONA DOCENTE Y EL CURSO
ACTIVIDADES EXTRACURRICULARES	DIACRÓNICOS O SINCRÓNICOS .TALLERES O CURSOS LIBRES, SINCRÓNICOS O DIACRÓNICOS, CONVERSATORIOS, CHAT,PODCATS,CON ENFOQUE DE GÉNERO Y PARTICIPACIÓN FEMENINA
	OBSERVATORIOS DE GÉNERO
PERSONAL DOCENTE	INCLUIR DENTRO DEL PROGRAMA DE CAPACITACIÓN DOCENTE CURSOS ESPECÍFICOS DE GÉNERO Y DERECHO
	OBSERVATORIOS EN TEMAS PARADIGMATICOS EN GÉNERO EN CADA MATERIA IMPARTIDA
	GUÍAS DE ACUERDO A LA MATERIA IMPARTIDA PARA DETERMINAR CRITERIOS DE ANÁLISIS EN LA DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA
	FORMACION DE PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO REQUISITO DE INGRESO, PERMANENCIA PARA LA DOCENCIA.
INVESTIGACION	Centros / programas de estudios de la mujer
	BASES DE DATOS DESAGREGADAS POR SEXO
	SELECCIÓN DE TEMAS DE INVESTIGACIÓN CON ENFOQUE DE GÉNERO
	REFERENCIAR Y CONTEXTUALIZAR EL PROBLEMA DE INVESTIGACION CON PERSPECTIVA DE GENERO I
	MARCO TEÓRICO BUSQUEDA, SELECCIÓN DE FUENTES BIBLIOGRÁFICAS FEMENINAS O ESTUDIOS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.SEÑALAR LA FALENCIA SI NO HUBIERA.
	CATEGORÍA DE GÉNERO COMO VARIABLE DE INVESTIGACION
	FORMULACION DE HIPÓTESIS ,OBJETIVOS SIN SESGOS O ESTEREOTIPOS DE GÉNERO
	UTILIZACIÓN DE LENGUAJE INCLUSIVO COMO REQUISITO ACADEMICO Y FORMAL DEL A EXPRESION ESCRITA
	DESARROLLAR PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN DE INVESTIGACIÓN DENTRO DE PROGRAMAS DE ACCIÓN SOCIAL.CONSLTORIOS JURÍDICOS
EVALUACIÓN	VARIABLE GÉNERO EN LA EVALUACIÓN DE APRENDIZAJE
	VARIABLE GÉNERO EN LA EVALUACIÓN DE LA PERSONA DOCENTE Y EL CURSO
	CRITERIOS OPERATIVIZADOS Y APLICADOS EN LOS PROCESOS DE EVALUACIÓN DOCENTE, INSTITUCIONAL Y DE CERTIFICACIÓN DE CALIDAD..

Conclusiones

La incorporación de perspectiva de género en la enseñanza del Derecho es un mandato constitucional y convencional y como tal debe ser medible, exigible y tomada en cuenta en las diferentes manifestaciones como un criterio de la calidad de la educación.

El género en la enseñanza del Derecho no debe ser implementado en forma aislada, aleatoria o excepcional. La incorporación debe ser integral, transversal en la formación, en la investigación y en la evaluación a fin de develar los mitos existentes de universalidad, neutralidad y abstracción sobre el Derecho, que perpetúan la visión androcéntrica y la desigualdad en las mujeres dentro de la sociedad.

En la enseñanza del Derecho pese a que hay participación femenina, paradójicamente se sigue formando bajo el supuesto de universalidad y neutralidad del Derecho invisibilizando las desigualdades de género lo que produce personas egresadas con una visión aséptica lo que tiene un impacto negativo al perpetuar la visión androcéntrica y las desigualdades de las mujeres en la sociedad.

No es suficiente incluir dentro de los lineamientos programáticos la transversalidad de los temas en forma general. Es necesario hacer una específica mención y desarrollo de la perspectiva de género en forma transversal si no se corre el riesgo que se diluya y quede únicamente en enunciados apologéticos.

Incorporar la perspectiva de género en la enseñanza del Derecho implica el deber de educar en igualdad a quienes han ingresado a la carrera con la finalidad de que la persona egresada a su vez ejerza la profesión superando los esquemas androcentristas y se convierta en una persona catalizadora de cambio para una sociedad más igualitaria.

La elaboración de criterios específicos de enfoque de género en el Derecho debe servir para el diagnóstico, el desarrollo y evaluación del aprendizaje. Así como para que se incorporen en el quehacer cotidiano de la docencia universitaria en Derecho Se puede afirmar que hay acciones que pueden adoptarse a corto y mediano plazo. Algunas implicarán mayor complejidad administrativa, presupuestaria y organizativa, pero hay otras que se pueden realizar en forma inmediata. De ahí la importancia de los cursos formadores de género, pues ello permitirá que en el aula virtual o presencial se concrete la formación con perspectiva de género.

Los criterios deben ser operacionalizados en estándares de calidad y ser tomados en cuenta dentro de los procesos evaluativos de la enseñanza aprendizaje, del centro universitario y de las evaluaciones externas y de acreditación

La elaboración de criterios, una vez discutida y analizada por todas las personas participantes en los procesos de enseñanza, deben ser vinculantes e incorporados dentro de la política universitaria y que se reflejen en forma prescriptiva en la normativa universitaria para evitar con ello la discrecionalidad en su implementación. Tómese en cuenta que, si no hay concientización, o no se considera relevante hacer la transformación por quienes le corresponda la política universitaria el resultado será relegación, dispersión y el “maquillaje” de la incorporación con acciones aisladas y no sistémicas.

Referencias bibliográficas

Ariño, M. Dolores, Tomás, Concepción, Eguíluz, Mercedes, Samitier, M. Luisa, Oliveros, Teresa, Yago, Teresa, Palacios, Gema, & Magallón, Rosa. (2011). ¿Se puede evaluar la perspectiva de género en los proyectos de investigación? *Gaceta Sanitaria*, 25(2), 146-150. Recuperado en 29 de marzo de 2022. <https://www.gacetasanitaria.org/es-se-puede-evaluar-perspectiva-genero-articulo-S0213911111000021>

Bauger Erika S (2021). Ensayando recetas para transversalizar la perspectiva de género feminista y los derechos humanos en las prácticas de enseñanza del Derecho Internacional Privado. *Trayectorias Universitarias* 7(13) 1-24. DOI <https://doi.org/10.24215/24690090e082>.

Blanco C, Huaita M, Molero M Salmón E (2019) Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Guía sobre Enfoque de género en la enseñanza del derecho Facultad de Derecho.1-27. <https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/publicacion/guia-sobre-enfoque-de-genero-en-la-ensenanza-del-derecho/>

Bolaños Carolina. 2011. La calidad universitaria desde una perspectiva de Género. *Actualidades Investigativas en Educación*. Vol. (5) <https://doi.org/10.15517/aie.v5i4.9181>

Buquet Corleto G. (2011) Transversalización de la perspectiva de género en la educación superior. Problemas conceptuales y prácticos. Perfiles educativos. vol. XXXIII, 211-225 <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v33nspe/v33nspea18.pdf>

Costa M. (2019) Incidencias de la perspectiva de género en la educación legal. Un recorrido exploratorio sobre el campo jurídico en Argentina. Revista Ius Et Veritas. (59), 104-114 <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.007>

Chaves Jiménez, R. 2015. Aspectos Relevantes para La transversalización De La Perspectiva De género En El Proceso De Desarrollo Curricular Universitario. Revista Espiga. 14 (29), 33-43. <https://doi.org/10.22458/re.v14i29.959>

Chiarotti, Susana Aportes al Derecho desde la Teoría de Género Otras Miradas, vol. 6, núm. 1, junio, 2006, pp. 6-2. <https://www.yumpu.com/en/document/view/52675456/aportes-a-l-derecho-desde-la-teoria-de-genero-susana-chiarotti>

Díaz-Villa, M. (2015). La evaluación curricular en el marco de la evaluación de la calidad. [Con]textos,4(14),19-30. https://www.researchgate.net/publication/350386864_La_evaluacion_curricular_en_el_marco_de_la_evaluacion_de_la_calidad

Gamba, S. (2008). ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? Recuperado (27 MARZO 2022) <http://www.mujiresenred.net/s-pip.php?article1395>

Faur Eleonor (2002) Derechos Humanos y Género. Desafíos para la Educación en la Argentina contemporánea. Revista IIDH, ISSN 1015-5074, N°. 36, 2002, 219-248 <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/34125>

Facio Montejó, Alda (1992). Cuando el género suena cambios trae. 503-535. En Antología del pensamiento crítico costarricense contemporáneo / Joaquín García Monge [et al.]; compilado por Montserrat Sagot y David Díaz Arias. CLACSO. Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-722-557-0

García Villanueva, J., Díaz García, D. I., & Hernández Ramírez, C. I. (2020). La transversalización de la perspectiva de género como una herramienta de intervención en educación. Revista Investigium IRE Ciencias Sociales Y Humanas, 11(1), 69-82. <https://doi.org/10.15658/INVESTIGIUMIRE.201101.06>

García Rubio, J., & Ros Garrido, A. (2018). El Currículo Básico Como Referente Del Derecho A Una Educación De Calidad. Edetania. Estudios Y Propuestas Socioeducativos. (53),153-167. <https://revistas.ucv.es/index.php/Edetania/article/view/337>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008) Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25753.pdf>

Instituto Nacional de las mujeres. Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica (2019) Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica. <https://www.inamu.go.cr/documents/10179/275546/Tercer+Estado+de+los+Derechos+Humanos+de+las+Mujeres+en+Costa+Rica+%282019%29.pdf/f1affa72-985f-4489-bcf6-28206a661e4d>

abazz M, Navarro P, Díaz C y Samper (,2016). Indicadores de igualdad de género en la investigación científica universitaria. En XII Congreso Iberoamericano. 27-29 julio. <https://congresoactg.ucr.ac.cr/memoria/descargar.php?id=39#:~:text=Los%20indicadores%20de%20g%C3%A9nero%20se,los%20contenidos%20de%20la%20investigaci%C3%B3n>

Lira R (2011-2012). Fundamentos del currículo. Una visión para el Ceda-Tec. Centro de Desarrollo Académico. Instituto Tecnológico de Costa Rica. 1-103. <https://repositoriotec.tec.ac.cr/handle/2238/7223>

Mercado Días José Salvador (2018). El "currículo" en la enseñanza del Derecho. Apreciaciones y limitaciones en torno a la "transmisión" de "valores, ideales y principios, Perspectivas. Revista de Ciencias Sociales-Año3. N.5.206-221 <https://perspectivasrcs.unr.edu.ar/index.php/PRCS/article/download/226/137/347>

Nieves Saldaña, M. (2011). Los Estudios de Género en los Grados en Derecho: Propuestas para un diseño curricular de la enseñanza del Derecho Constitucional con perspectiva de género en el Espacio Europeo de Educación Superior. Revista De Educación Y Derecho, (03). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5066758.pdf>

Piedra M (2022) Currículo oculto y no tan oculto de género en la educación superior. Revista Reflexiones 101 (2). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/45869>

Rivera S y Cuba E (2021). El lenguaje inclusivo como oportunidad epistemológica en la escritura académica.p.1937. En Escritura Académica con perspectiva de género. Propuestas de la Comunicación Científica Universidad Autónoma de Baja California. Cesar E. Jiménez Yañez, Rosalba Mancinas Chavez. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/9788447223022>

Ronconi Lilliana y María de los Ramallo. Editoras (2020). La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización.- Vol.VII. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-950-29-1839-6 <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/ensenanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>

Salgado García, Edgar. (2014). Manual de docencia universitaria: Introducción al constructivismo en la educación superior. Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española. <https://www.uv.mx/personal/yvelasco/files/2010/07/manual-docencia-universitaria.pdf>

Salazar Benítez Octavio (2021). La necesaria perspectiva feminista en la enseñanza, interpretación y aplicación del Derecho. Investigaciones Feministas. Vol. 12 Núm. 2: 359-369. <https://doi.org/10.5209/inf.72045>

Donoso-Vázquez, Trinidad; Velasco-Martínez, Anna (2013) ¿Por qué una propuesta de formación en perspectiva de género en el ámbito universitario? Profesorado. Revista de Currículum y Formación de Profesorado, vol. 17, núm. 1, enero-abril. 71-88 Universidad de Granada, España <http://www.ugr.es/local/recfpro/rev171ART5.pdf>

Villanueva, J. G., García, D. I. D., & Ramírez, C. I. H. (2020). La transversalización de la perspectiva de género como una herramienta de intervención en educación. Revista Investigium Ire: Ciencias Sociales y Humanas, XI 69-82 1 <http://dx.doi.org/10.15658/INVESTIGIUMIRE.201101.06>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer (CEDAW) de 1979 ratificada por Costa Rica en 1986 <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1838/convencion-cedaw-protocolo-2004.pdf>

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Pará" nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro. Ratificada por Costa Rica el seis de setiembre de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada el 20 de octubre de 1993. https://www.oas.org/dil/esp/1993-declaracion_y_el_programa_de_accion_de_viena.pdf

Constitución Política de Costa Rica (1949) 7 de noviembre. <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>

Consejo Superior Poder Judicial de Costa Rica (2012) Sesión 15- artículo LIII.21 de febrero. <https://secretariagenero.poder-judicial.go.cr/index.php/politica-lenguaje-inclusivo>

Consejo Superior Poder Judicial de Costa Rica (2012).No.39. 8 marzo. <https://vlex.co.cr/vid/-456534490>

Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia (1992). No.3435 de las dieciséis horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-89799>

Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia (2008) N.12582, de las quince horas un minuto del diecinueve de agosto del 2008. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-89799>

Documentos Digitales

MSc. Tomás Federico Arias Castro

Antecedentes y aspectos histórico-jurídicos del conflicto bélico entre Ucrania y Rusia

Doctorando en Derecho Constitucional.

Master en Ciencias Políticas y Licenciado en Derecho.

Docente de la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Costa Rica, de la Maestría en Diplomacia del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia.

Presidente de la Editorial Costa Rica.

Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

Entre otras.

10



Desde varios milenios en la antigüedad y por su singular ubicación geográfica, gran parte de lo que actualmente conforma al territorio de Ucrania fue objeto de múltiples asentamientos y disputas, pues, además de localizarse en el centro de la región euro-asiática, dicha nación está circundada hacia el sur por el estratégico Mar Negro, así como a distancias casi equidistantes del Mar Báltico (norte), el Mar Caspio (este) y el Mar Mediterráneo (extremo sur). Aspecto territorial que provocó la incursión sucesiva de numerosas tribus, etnias y clanes primero, así como distintos reinos, imperios y dinastías segundo, que acometieron su conquista y dominio. A todo lo cual se unió la rapiña constante de la que fue objeto, dada la circunstancia de poseer una amplia riqueza de recursos naturales, además de contar con múltiples rutas y caminos para el intercambio comercial.

En ese sentido, grupos de griegos, romanos, bizantinos, hunos, godos, etc., se pueden incluir entre los antiquísimos invasores del suelo ucraniano, hasta que, para el siglo IX d.C., fue la tribu eslava de los Rus (pueblo) quienes establecieron una federación medieval de otras agrupaciones eslavas bajo el nombre genérico de Rus de Kiev, convirtiendo a ese último sitio en su capital. Para el siglo XIII, lo que hoy es Ucrania fue conquistada por los mongoles, a lo que siguió, en el siglo XIV, su dominio bipartito entre los reinos de Polonia y Letonia, mientras que una futura región ucraniana, conocida como el nombre Crimea, fue absorbida por el imperio turco-otomano durante el siglo XV.

Ya para mediados del siglo XVII, el territorio de Ucrania pasó a ser parte alícuota del llamado zarato de Moscú, hasta que en el siglo XVIII concurrieron tres importantes eventos: la incorporación de casi toda su extensión al recién fundado Imperio Ruso (incluida la península de Crimea) y el apoderamiento de su región suroeste por el Imperio Austro-húngaro. Aspecto que provocaría, ya en el siglo XX, la participación de Ucrania, durante la I Guerra Mundial, en los dos bandos en disputa: la Triple Entente y la Triple Alianza.

Empero, un importante punto de inflexión aconteció en 1917, pues, tras la caída del Imperio Ruso, Ucrania logró su independencia, lo cual, sin embargo, fue efímero, pues en 1922 fue incorporada a la entonces emergente Unión Soviética. Status que mantuvo hasta la II Guerra Mundial cuando fue invadida por el III Reich alemán, siendo luego otra vez anexada a la egida soviética tras el fin de dicho conflicto armado y por los próximos cuarenta y cinco años.

Fue entonces en medio del colapso de la Unión Soviética, cuando la Rada Suprema (Congreso) de Ucrania decretó, el 24 de agosto de 1991, su segunda declaración de autarquía. Coyuntura en la que, con significativa importancia, Costa Rica fue una de las primeras naciones del mundo, en reconocer dicha autonomía, a lo que siguió el establecimiento de relaciones diplomáticas bilaterales en 1992.

Ya para 1996, Ucrania emitió su actual Constitución Política, siendo con posterioridad cuando intensificó sus contactos con la Unión Europea (2012), se inició el llamado Euromaidán a favor de su nexa con esa entidad regional (2013) y se planteó la posibilidad de unirse la OTAN (2014). Esto último lo cual desembocó en la anexión, por parte de Rusia, de la península de Crimea (marzo, 2014) y el comienzo de la Guerra del Donbás (abril, 2014), es decir, de la región este ucraniana (conformada por las ciudades de Lugansk y Donetsk) que fue concitada por Rusia para que se independizase de Ucrania.

Todo lo cual se erigió en la antesala para que, en 2021, Rusia comenzase una planificada logística para invadir al territorio ucraniano, que se materializó en febrero de 2022, convirtiéndose ello no solo en un nuevo y cruento episodio que esta nación ha sufrido a lo largo de su historia, sino en un evento que podría provocar consecuencias de inconmensurables índoles para la humanidad en general, por lo que, se presentan y analizan todos los bemoles antes citados para su posterior comprensión, análisis y contextualización.

Paula Siles long

Resumen de antecedentes, basado en el Webinar “La Guerra en Ucrania, una visión histórica y jurídica”, Universidad Escuela Libre de Derecho.

Estudiante de Bachillerato y Licenciatura en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
Curso de Historia del Derecho.

11



Importancia geopolítica de Ucrania.

Antigua ruta mercantil.

Los antecedentes de conquista se pueden trazar hasta la antigua Grecia.

Historia

Los Rus (federación de tribus orientales) decidieron en el año 800 unir a las regiones eslavas. Decidieron establecer como capital de esta federación a Kiev, Dinastía Rurik.

El Imperio Mongol desaparece Rus y sus territorios se fraccionan.

Para inicios de la edad moderna Rutenia desaparece, pues Polonia y Lituania lo absorben.

En 1694 el territorio empieza a ser llamado Ucrania (significa territorio fronterizo, pues era una especie de división geográfica entre la Europa oriental y occidental).

Un año antes del fin de la primera guerra mundial cae el Imperio Romanov, ruso.

Ucrania por primera vez en la historia declara su independencia y la alcanza en 1917, declarándose como "República Popular de Ucrania".

En 1922 la U.R.S.S. toma la decisión de anexar a Ucrania, convirtiéndola a la fuerza, de nuevo, en parte del territorio ruso.

En 1939 inicia la segunda guerra mundial. Alemania se intenta apropiarse de Ucrania por su excelente ubicación geopolítica, además de ser limítrofe con la U.R.S.S.

Ucrania es anexado al imperio alemán, colocando ahí un campo de concentración de gran tamaño.

En 1945 el gobierno nazi es sacado del territorio con el fin de la segunda guerra mundial.

En 1954 Nikita Khrushchev toma la decisión de colocar al territorio de Crimea bajo la autoridad de Ucrania.

Chernóbil explota en 1986. En 1989 se da la caída del muro de Berlín, finalizando el modelo bolchevique comunista soviético. El 1 de diciembre se convoca al referéndum para aprobar la independencia y más del 92% de los ucranianos votaron por la emancipación total de la U.R.S.S.

Historia Reciente

Constitución política de Ucrania fue creada en 1996.

En el 2012 Ucrania solicita la entrada a la Unión Europea.

Viktor Yanukovich se encarga, como presidente ucraniano, de evitar la unión a la U.E. Se le destituye en el 2014, pues se le acusaba de alta traición por sus relaciones con Putin. Viktor Yanukovich le solicita a Putin una invasión a Ucrania para poder retomar su poder.

En marzo del 2014 Rusia se apropia de Crimea y convocan un "referéndum" (no reconocido).

En el 2018 Ucrania declara su interés en ser parte de la O.T.A.N.

La O.T.A.N. se fundó para crear un escudo de contención en contra del expansionismo soviético. Este interés desata paranoia en Moscú viendo a Ucrania como riesgo.

En las elecciones del 2019 el nuevo presidente, Volodymyr Zelenskyy, declara su posición de ser parte de la O.T.A.N. y la U.E.

En el 2021 Rusia empieza a trasladar poder militar a Ucrania, retiran estas en junio y vuelven a ser estacionadas en noviembre.

El 21 de febrero de 2022, Rusia reconoce a la región de Donbass de manera oficial.

El 24 de febrero Rusia inició la invasión de Ucrania.

Sociedad de las naciones: Antecedente a la O.N.U.

U.S. no participa de ésta, pero junto con Francia convocan a 19 países a firmar el tratado Kellogg-Briand.

A pesar de la existencia de la sociedad de las naciones, siempre hubo un ambiente “incómodo” con preludios de guerra.

Alemania, Italia y Japón abandonan la sociedad de las naciones antes de la segunda guerra mundial.

En 1939 la U.R.S.S. es expulsada de la sociedad de las naciones tras invadir Finlandia.

El acuerdo de Múnich de 1932 es paralelo a lo recientemente ocurrido, pues Alemania expresamente declara en éste que no invadirá Polonia.

Alemania invade Polonia, rompiendo el acuerdo de Múnich, como fue advertido por Winston Churchill.

La O.N.U.

Se crea gracias a las potencias ganadoras de la segunda guerra mundial, esto siendo una de las grandes trabas de la organización. Una de las trabas es que las 5 potencias (U.S., U.K., U.R.S.S., China y Francia) pasaron a ser miembros permanentes del Consejo, adicionándoles un derecho a vetar decisiones del Consejo.

Se entra en un período de “estabilidad relativa”. La ONU careció de la posibilidad de intervenir en diversas ocasiones.

En la resolución 2625 de 1970 se reconocen los principios del Derecho Internacional, entre estos: prohibición del uso de la fuerza contra la integridad de los estados, solución pacífica de controversias, cooperación de estados, cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Aún después de 77 años persiste el derecho al veto de las grandes potencias en el Consejo de Seguridad.

Desintegración de la URSS

Tratado de Alma Ata de 1971. Se reconoce a Rusia como heredera de los derechos de la antigua U.R.S.S. El mundo gracias a ese tratado se “confió” que junto a la U.R.S.S. había desaparecido el imperialismo ruso.

Situación actual

La solicitud de Ucrania para unirse a la U.E. desata controversia en Rusia, además de la manifestación del 2019 por parte de Volodymyr Zelenskyy declarando la intención de Ucrania de pertenecer a la OTAN.

Se considera que lo que Rusia está haciendo es una violación al Derecho Internacional.

Reacción de la comunidad internacional y opciones

Defensa legítima: Defensa por la fuerza realizada por el estado ofendido (Ucrania) y otros estados no pueden intervenir por la defensa legítima al no ser los atacados.

Adopción de represalias: Mecanismos persuasivos los cuales no implican el uso de la fuerza (sanciones internacionales).

Estas sanciones económicas no han sido efectivas hasta el momento por el poder económico que tiene como potencia, Rusia.

Estas sanciones económicas son lentas en ser efectivas y pueden ser contraproducentes.

La exclusión del sistema SWIFT de Rusia ha afectado su situación. Suiza rompió su neutralidad, prohibiendo las transferencias a Rusia desde sus bancos.

Cooperación internacional: Estrategias desde el sector privado y apoyo con material bélico.

Consejo de seguridad

U.R.S.S. usa el veto, pero China sorprendentemente se abstiene del voto. La O.N.U. convoca una sesión extraordinaria de emergencia. Cuando el representante ruso habló, todos los demás representantes se fueron.

El representante intentó justificarse con el Derecho Internacional, pero su discurso no es contundente. El jueves 3 de marzo se realizará otra reunión.

La corte penal internacional al pronunciarse podría definir que no ha existido un genocidio por parte de Ucrania, desestimando el discurso ruso, el cual justificaba sus acciones al decir que su invasión se debía a grupos terroristas y posibles genocidios.

China y Rusia

Intención de un nuevo orden mundial. Nueva “democracia” (solo a los que apoyan al estado ruso y aliados).

Esta nueva “democracia” afectaría a los países cercanos a Rusia.

Hubo un incremento en el comercio entre China y Rusia anterior a la invasión de Ucrania. Aún con estas relaciones, China se abstuvo de votar, y en siguientes sesiones China pide una salida de Ucrania por parte de la milicia Rusa.

¿Qué se puede aprender de este conflicto?

Validez y vigencia del Derecho Internacional, además de la necesidad de fortalecerlo.

Las limitaciones no obedecen a la inexistencia del Derecho, si no a los problemas del sistema. Necesidad de replantearse el derecho al veto en el consejo de seguridad.

La comunidad internacional debe agilizar y fortalecer los procesos de integración regional.

TRIBUNA LIBRE

Año 2022 Edición 9/2

Costa Rica



ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD