

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

## Artículos

- 1- Lic. Walter Alvarado Arias
- 2- Dra. Erika Hernández Sandoval y M.Sc. Pedro Brenes Murillo
- 3- Dr. Alban Bonilla Sandí
- 4- Egresada: Mariana Gaspar Hulbert
- 5- M.Sc. Luis Alonso Rojas Rishor
- 6- M.Sc. Ubaldo Chaves Pérez

Documentos  
Digitales

Sección especial  
Anecdotario

Instituto de Investigaciones Jurídicas  
"Dr. Carlos Gómez Rodas".  
Presentación del Libro:  
"Principios de Derecho Público"  
Dr. Rubén Hernández Valle.

En homenaje al  
**Dr. Rolando Soto Castro**

**A UN AÑO DE SU PARTIDA.**

Edición 20/1 Abril 2026

# TRIBUNA LIBRE

REVISTA TRIBUNA LIBRE DECIMOTERCERA EDICIÓN DIGITAL

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla  
Director

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca  
Editora

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa  
Dr. Albán Bonilla Sandí  
M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca  
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Mg. Adrián Guerrero Cedeño  
Dirección de Arte y Maquetación

Revista 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.

Revista Tribuna Libre. Vol. 20, No. 1 (1-113). Enero– Abril, 2026. Decimotercera Edición Digital



# AVISO LEGAL

---

La Universidad Escuela Libre de Derecho no se hace responsable de las opiniones que expresa el autor y en ningún caso representan la opinión de la Universidad Escuela Libre de Derecho. El autor se hace responsable de que la obra sea inédita y original. Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

# PRESENTACIÓN

---

La presente edición de la Tribuna Libre se concibe como un sentido homenaje al Dr. Rolando Soto Castro- juez, profesor y apreciado amigo- al cumplirse un año de su fallecimiento.

Este número reúne seis artículos, tres de ellos en el ámbito del Derecho de Familia, especialidad que apasionó a nuestro homenajeado. Los trabajos han sido elaborados por colegas, amistades y excompañeros, quienes, desde distintas perspectivas, rinden tributo a su legado académico y humano.

En el marco del décimo aniversario de la Ley de Salvaguardias (Ley Número 9379), el licenciado Walter Alvarado realiza un análisis de los cambios introducidos por esta normativa, así como de los retos y ajustes aún pendientes para garantizar el respeto de la voluntad de las personas sin comprometer su acceso a la justicia. Su experiencia como juez coordinador del Juzgado de Familia del I Circuito Judicial de San José aporta un enfoque práctico y valioso para quienes se interesan en esta materia.

Por su parte, la Dra. Erika Hernández y el MSc. Pedro Brenes abordan la pensión alimentaria como garantía de la dignidad y calidad de vida de las personas menores de edad. Su estudio sobre el reconocimiento de los gastos extraordinarios derivados del embarazo y el parto se fundamenta en los principios de corresponsabilidad parental y en el mandato constitucional de protección a la vida humana.

El Dr. Alban Bonilla analiza el impacto del Código Procesal de Familia en la evolución del Derecho de Familia, a partir de los principios establecidos en su artículo 2. En esta edición se publica la primera parte de su investigación, en la que examina y compara principios como la oralidad instrumental, la tutela judicial efectiva, la celeridad y economía procesal, la tutela procesal de la realidad, la ausencia de contención, el abordaje integral, y la interdisciplinariedad.

Para la Revista Tribuna Libre es motivo de especial orgullo incluir contribuciones de estudiantes de la Escuela Libre de Derecho, quienes incorporan la investigación como uno de los ejes fundamentales de su formación académica y profesional.

En este sentido, Mariana Gaspar presenta, como trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciada en Derecho, un estudio sobre la mediación escolar como herramienta jurídica y pedagógica orientada a promover una cultura de paz, el acceso a la justicia y la mejora de la convivencia escolar.

Asimismo, se incluyen aportes de estudiantes del Doctorado Académico de la UELD. El MSc. Luis Alonso Rojas desarrolla un análisis sobre la teoría de la ciudadanía y el Estado de Libertades propuesta por Michael Pawlik, centrándose en la delimitación de sus conceptos fundamentales y principales características. Por su parte, el Lic. Ubaldo Chaves examina, desde la teoría jurídica, la responsabilidad penal, planteando que ciertos comportamientos, aunque riesgosos, resultan necesarios para el desarrollo y avance de la sociedad.

Finalmente, esta edición incorpora la sección Anecdótico, en la que amigos y compañeros

del ámbito universitario y laboral comparten vivencias, aprendizajes y momentos que reflejan la huella personal y profesional de Rolando Soto Castro. Estos testimonios no solo lo describen, sino que evidencian el profundo impacto que tuvo en la vida de quienes lo conocieron.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca  
Editora

# CONTENIDOS

1

**Lic. Walter Alvarado Arias.**  
REFLEXIONES A 10 AÑOS DE ENTRADA EN  
VIGOR DE LA LEY DE SALVAGUARDIAS.

---

2

**Dra. Erika Hernández Sandoval y M.Sc. Pedro Brenes Murillo.**

LA PENSIÓN ALIMENTARIA COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD Y LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DEL EMBARAZO Y EL PARTO.

---

3

**Dr. Alban Bonilla Sandí.**  
COMENTARIOS A ALGUNOS PRINCIPIOS DEL  
CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA. (PARTE I).

---

4

**Egresada: Mariana Gaspar Hulbert.**  
LA NECESIDAD DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN  
COSTA RICA.

---

5

**M.Sc. Luis Alonso Rojas Rishor.**  
PARTICULARIDADES DE LA TEORÍA DE LA  
CIUDADANÍA DE MICHAEL PAWLIK.

---

6

**M.Sc. Ubaldo Chaves Pérez.**  
RIESGO PERMITIDO.

---

7

**Instituto de Investigaciones Jurídicas**  
**“Dr. Carlos Gómez Rodas”.**  
PRESENTACIÓN DEL LIBRO  
“PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO”  
DR. RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE.

---

8

**Anecdotario en memoria del Prof. Dr.**  
**Rolando Soto Castro.**

---

9

**Artículos Digitales.**

---

# Artículos

# REFLEXIONES A 10 AÑOS DE ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE SALVAGUARDIAS. *REFLECTIONS ON 10 YEARS SINCE THE ENTRY INTO FORCE OF THE SAFEGUARDS LAW.*

**LIC. WALTER ALVARADO ARIAS**

- Juez de Familia
- Juez Coordinador del Juzgado de Familia del I Circuito Judicial de San José.
- Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de la Universidad Autónoma de Centroamérica en 1989.
- Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho.



[Volver a Contenidos](#)

# REFLEXIONES A 10 AÑOS DE ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE SALVAGUARDIAS.

## REFLECTIONS ON 10 YEARS SINCE THE ENTRY INTO FORCE OF THE SAFEGUARDS LAW.

### Resumen

El 30 de agosto de 2026, se cumple una década de la entrada en vigencia de la Ley de Salvaguardias, Ley Número 9379, que vino a revolucionar el tratamiento legal para las personas con discapacidad, este artículo pretende como objetivo principal, visualizar los errores que en un principio se cometían con la aplicación de la nueva normativa y los cambios en la percepción tanto de los operadores de Derecho como de la población en general, y por último establecer las reglas que todo proceso debería de llevar a cabo, lo anterior como especie de guía práctica del procedimiento. El análisis deja como conclusiones, que a pesar de haber transcurrido diez años de la entrada en vigor de la ley, se siguen cometiendo errores incluso en la forma de abordar las preguntas a la persona con discapacidad, invisibilizando la voluntad de la persona, situación que pone en riesgo el acceso a la justicia, y ese es el paradigma que aún falta por vencer.

### Abstract

On August 30, 2026, a decade will have passed since the entry into force of the Safeguards Law (Law No. 9379), which revolutionized the legal treatment of persons with disabilities. The main purpose of this article is to highlight the errors that were initially made in applying the new regulations and the changes in perception among both legal practitioners and the general public, and finally to set out the rules that every proceeding should follow, as a practical guide to the procedure. The analysis concludes that, despite ten years having elapsed since the

law entered into force, mistakes continue to be made—even in the way questions are posed to persons with disabilities—thereby rendering the person's will invisible, a situation that puts access to justice at risk. This is the paradigm that still remains to be overcome.

### Palabras Clave

“Persona con discapacidad,” “Proceso de Salvaguardia,” “Garante de la Salvaguardia”, “Curador Procesal,” “Autonomía de la Voluntad”

### Keywords

“Person with a disability,” “Safeguard proceeding,” “Safeguard guarantor”, “Procedural curator,” “Autonomy of will”

### Sumario

#### I.- Antecedentes Históricos

#### II.- Cambio de Paradigmas

#### III. Generalidades del proceso de Salvaguardia

### Introducción

El presente artículo pretende como objetivo principal, visualizar los errores que en un principio se cometían con la aplicación de la nueva normativa y los cambios en la percepción tanto de los operadores de Derecho como de la población en general, y por último establecer las reglas que todo proceso debería de llevar a cabo, lo anterior como especie de guía práctica del procedimiento, es un modesto intento para que sea comprensible para los diversos actores que

intervienen en los Procesos de Salvaguardia, nótese que como la mayoría de los procesos en materia familiar, el mismo responde a un abordaje interdisciplinario (artículo 6 del Código Procesal Familiar) por ello la finalidad del artículo sería hacer más comprensible el proceso, - tanto para los jueces y juezas de la materia, así como los profesionales en Derecho que puedan fungir como curadores procesales, los promoventes, la persona con discapacidad, trabajadores sociales, psicólogos y psicólogas, y psiquiatras que rindan pericias; y contribuir de esta forma al anhelado cambio de paradigma, que debió de ser perceptible desde la entrada en vigencia no de la ley, sino de la Convención de Personas con Discapacidad, que nuestro país había aprobado por medio de la Ley N° 8661, desde el lejano 19 de agosto de 2008, sea 8 años antes de la entrada en vigencia, saldando por tanto una deuda pendiente con el concierto de naciones, nótese que dicho convenio es un instrumento de Derechos Humanos (con las implicaciones que derivan del numeral 48 Constitucional, sea el derecho de ejercer Recursos de Amparo, ante la violación de tales instrumentos) asimismo, precisamente es en Costa Rica, donde se asienta la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ley 6889 del 9 de setiembre de 1983). En cuanto a la metodología la misma ha sido básicamente, analizar y recopilar las leyes pertinentes al proceso de salvaguardia (incluyendo la convención, el reglamento a la ley, y la jurisprudencia) aunando a la experiencia personal del suscrito en su labor como juez de familia, realizando entrevistas y sentencias dentro del marco de competencia que marca la ley, en cuanto a doctrina nacional, la misma ha sido escasa (casi inexistente) más que todo comentarios a propósito de la entrada en vigencia del Código Procesal Familiar. Por último, se podrá concluir que siguen existiendo vacíos formativos de los involucrados en la materia, a pesar del esfuerzo que por ejemplo ha venido realizando el Tribunal de Familia desde prácticamente los albores de la entrada en vigor de la Ley de Salvaguardias.

## Desarrollo

### I.- Antecedentes Históricos

La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, fue publicada en el Alcance 153 de La Gaceta N° 166 del 30 de agosto del año 2016, la cual ha significado un cambio importante en las normas que regulaban lo que se conoció como procesos de "Insania", dicho proceso deriva del Derecho romano, quienes distinguían dos tipos de incapacidad: La Física o corporal donde se ubicaban a los impotentes (spadones), los sordos (surdi), los mudos (muti) y los (qui perpetuo morbo laborant) sordomudos y los que padecían una enfermedad incurable) y Morales: que comprendía a los furiosos (furiosi), los locos (mentecapti), los dementes (que carecen de inteligencia o son imbéciles) y los pródigos (prodigus), dichos procesos de Insania, eran procesos de jurisdicción voluntaria, que se tramitaban en los Juzgados de Familia, este proceso de insania, no era más que el nombramiento del entonces curador, para que pudiese administrar los bienes o intereses de una persona, representarle y en algunos casos, suponía la rendición de cuentas sobre los dineros o bienes a su favor; solo en caso de oposición dentro del proceso de Insania, este se convertía en un Proceso de Interdicción, conforme los artículos 847 y siguientes del Código Procesal Civil, Ley 7.130 de 1989, importante es recalcar que según la legislación en cuestión, **el juez declaraba a la persona con discapacidad en "estado de incapacidad"** y se le nombraba un curador, quien para efectos legales iba a representar al insano o interdiccionado, y este curador debía de procurar por la rehabilitación del insano, sea la visión era que estábamos en presencia de una enfermedad, que podría ser superada eventualmente, mientras tanto, la persona con discapacidad tenía una muerte civil (*civilititer mortuus* como lo denominaban los romanos); El artículo 41 del Código Civil establecía que los actos o contratos realizados estando la incapacidad judicialmente declarada, eran absolutamente nulos. Podemos señalar un

defecto de las sentencias de salvaguardia, donde la persona juzgadora comete el yerro de indicar que la persona con discapacidad o bien se encuentra en estado de Salvaguardia o que es una persona con discapacidad, en el primer caso el error es que no existe la condición de persona en Salvaguardia, la Salvaguardia es el proceso en si y la sentencia lo que hace es dotar del garante que lo apoyará en su vida diaria, y en cuanto a declararlo en estado de discapacidad (a la usanza del proceso antiguo que declaraba a la persona como insana) la discapacidad es un concepto que es médico, solo en tal área se puede dictaminar la discapacidad y el alcance de la misma.

## II.- Cambio de Paradigmas

**a. Abordaje:** La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, repercute necesariamente, en un cambio del paradigma ideológico, respecto de lo que pudimos haber comprendido como el resguardo de los intereses de las personas con algún grado o total discapacidad.: Con esta nueva normativa, se pretende dar un abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos, tal y como lo regula el inciso c) del artículo 2 de la mencionada ley, el cual establece: “El nuevo modelo de abordaje de la discapacidad regulado en la Ley N° 8661, Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de agosto de 2008, que se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, valorando las diferencias. La persona con discapacidad es sujeto de derechos y obligaciones, y no objeto de sobreprotección y/o lástima”, en concordancia con el numeral 12 de la Convención de Derechos de la Persona con Discapacidad (ratificada por Ley N° 8661 del 19 de agosto de 2008) (comentario al margen, el país paso 8 años sin ley que desarrollara el contenido de la Convención) al reconocer la capacidad jurídica las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, regulando este numeral lo que literalmente se transcribe; “Igual reco-

nocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

**b. Rol de la persona Juzgadora:** Según lo expuesto, el papel o rol de la persona Juzgadora se volvió mucho más protagónico en este tipo de asuntos, debe el administrador

de justicia, ser el fiscalizador del cumplimiento de las garantías de las personas vulnerables del proceso y en un término de tiempo que parece no tener plazo, más que el del fallecimiento de los interesados, o bien, la recuperación física, mental o social de quien se protege; todo mediante revisiones constantes, (cada quinquenio o tiempo menor, si se requiere) pues las garantías estipuladas en la Ley, no son ya una simple medida para evitar la defraudación de dineros o bienes, sino el despliegue de todas las actividades necesarias que lleguen a procurar una mejor calidad de vida de la persona con discapacidad y una efectiva consecución de derechos y obligaciones inherentes a su condición humana y sin ningún tipo de discriminación. Siendo entonces, que el nombramiento de la persona garante (antes curador), hoy se constituye más que un cuidador, en una persona comprometida a la satisfacción de todas las necesidades de la persona con discapacidad total o relativa (mediante acompañamiento) (presupuestos del artículo 11 de la ley 9379).

**c. Visión de la jurisprudencia del Tribunal de Familia:** Dentro de este mismo contexto el Tribunal de Familia ha señalado que: "... La novedosa normativa vigente en Costa Rica contiene objetivos claros y muy distintos a la anterior. En el artículo 1 se indica lo siguiente: *"Objetivo. El objetivo de la presente ley es promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás el derecho a su autonomía personal. Para lograr este objetivo se establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, y para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana"*. El concepto de personas con discapacidad que contiene el art. 2 inciso b) de la Ley incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Dicho concepto se relaciona

con la reforma del artículo 230 del Código de Familia, el cual dice: *"para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas mayores de edad con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad y en el Código Procesal Civil."* Recientemente, en el Alcance No. 108 publicado el 23 de mayo de 2018 en el Diario Oficial La Gaceta, el Poder Ejecutivo dictó Decreto No. 41087-MTSS denominado Reglamento a la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. En ese decreto, el concepto de persona con discapacidad, contenido en el artículo 2. 6 es el siguiente: *"incluyen a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*. Entendemos entonces, del análisis de conceptos referidos en las recientes reformas que, la normativa creada por el legislador contempla una figura denominada garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, quien conforme con el artículo 2.1 de la Ley, es una persona mayor de dieciocho años que, para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones a la persona con discapacidad. Para los casos de personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado, el garante podrá ser una persona jurídica. Conforme con el artículo 11 ídem, esta persona garante no puede actuar sin considerar la voluntad y capacidad de la persona

con discapacidad, la debe apoyar en la protección y promoción de sus derechos, la debe asistir en la toma de decisiones, en forma proporcional y adaptada a la persona, garantizándole acceso a información completa y accesible para que decida sobre sus derechos sexuales y reproductivos, pero debe respetar la voluntad y preferencias, habilidades y capacidades, brindar apoyo en el ejercicio de la maternidad o paternidad, no puede ejercer presión, coerción ni violencia en la toma de decisiones, no puede brindar consentimiento informado en sustitución de la persona con discapacidad, no puede permitir que sea expuesta a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o permitir que sea expuesta a experimentos médicos, sin que haya brindado su consentimiento libre e informado.

El artículo 3 inciso a) del Reglamento, presenta como principio general que fundamenta la aplicación de la Ley, el respeto de la dignidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de terceros. El artículo 5 ídem, es bastante claro al regular que es contrario a la ley y la dignidad humana restringir, rebajar, modificar, limitar o eliminar la representación jurídica, capacidad jurídica y de actuar, de las personas con discapacidad, además, dice que es discriminatorio limitarles la titularidad y ejercicio de sus derechos, la atención de sus propios intereses y tomar sus propias decisiones en todos los aspectos de la vida. El artículo 7 claramente dice que la salvaguardia no podrá ser impuesta contra la voluntad de la persona, no podrá ser solicitada ni empleada como requisito para ejercer válidamente la capacidad de actuar, es facultativa para facilitar apoyo en la realización de actos concretos o decisiones, que tengan o puedan tener efectos jurídicos, fomenta la confianza y las aptitudes de las personas para que puedan ejercer su capacidad de actuar, con menos apoyo en el futuro, proporciona protección contra abusos, no es continúa ni permanente, no es para prestar apoyo en actividades de la vida diaria, ni para cuidado o asistencia

personal, no es para asegurar protección o cuidado de personas en abandono, no es un tipo de representación legal. El artículo 8 regula tres distintos tipos de intensidades para apoyos, pero deben garantizar que prevalezca la voluntad, gustos, deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo. **(VOTO NÚMERO 887 -2018 TRIBUNAL DE FAMILIA San José, a las ocho horas y cuarenta y tres minutos del veintidós de agosto de dos mil dieciocho.)**

**d. Inicios de la aplicación de la Ley de Salvaguardia:** Los primeros años de la reforma, fueron de experimentación para los operadores del Derecho, a base de prueba y error, se fue determinando poco a poco una fórmula idónea para la tramitación, por ello ahora el proceso inicia por lo general con la entrevista a la persona con discapacidad, máxime que esta persona es el eje central sobre el que recae el proceso en sí, que busca potenciar su autonomía de la voluntad, por ello si la persona con discapacidad puede manifestar su voluntad, y no desea el proceso, debe de considerarse su voluntad, en este punto hay que tener cuidado por que no necesariamente un discurso coherente, indica que la persona no tenga algún grado de discapacidad, que requiera la ayuda de un garante de la salvaguardia, por ello sin ser peritos en la materia, el juez valora hasta donde es necesario auxiliarse de la pericia médica (psiquiátrica o bien la pericia psicológica), y hasta donde el discurso que pueda esbozar la persona con discapacidad, responde a la protección que la ley le trata de brindar, mediante los mecanismos que la misma ley prevé, por ello al inicio de la aplicación era común dejar la entrevista de último, ello podía derivar en gastos innecesarios en pericias, y tiempo de la administración de justicia, lo lógico es que si el eje central del proceso es la persona con discapacidad y si la ley trata de potenciar su autonomía de la voluntad, entonces el primer paso que debe de dar el juez es entrevistar a la persona con discapacidad, la costumbre que se tiene judicialmente es que se entrevista a la persona ya sea en las oficinas del Juzgado o en el

mismo domicilio de dicha persona (a veces en casas de retiro, hospitales o casas de habitación) y también la costumbre es que si existen barreras de comunicabilidad con la persona con discapacidad, la entrevista se extiende a los familiares, ello puede hacer que el juez tenga una visión multidimensional de los gustos y preferencias de la persona discapacitada, lo cual le será de utilidad a la hora de establecer quien ejercerá como garante de la salvaguardia y que tipo de apoyo podrá ejercer.

### III. Generalidades del proceso de Salvaguardia

**a. Definición del Proceso:** El artículo 2 inciso g primer párrafo de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad del 30 de agosto del año 2016 (en adelante Ley de Salvaguardias) establece como definición del proceso de Salvaguardia

“... g) La salvaguardia: mecanismos o garantías adecuadas y efectivas establecidas por el Estado costarricense, en el ordenamiento jurídico, para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las personas con discapacidad...”

Como se puede observar el eje principal de la Salvaguardia es precisamente el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica de la persona con discapacidad, lo que se logra en primer instancia mediante ese potenciamiento de la autonomía de la voluntad, ello se concatena con el artículo 7 del Código Procesal Familiar, que determina la efectivización de derechos transversales en el proceso familiar, primordialmente los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad, contenidos en la normativa nacional e internacional, en este punto valga recordar que los derechos humanos tienen como eje central la dignidad del ser humano, de allí la importancia de tener claro para que se realiza un proceso de salvaguardia.

**b. Naturaleza del proceso:** Los procesos de Salvaguardia, se regula conforme el Título IV

del Código Procesal Familiar, denominados Procesos de Petición Unilateral, véase el artículo 242

“... Aplicación del procedimiento: Se tramitarán como procesos de petición unilateral los siguientes:

1) ...2) Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, conforme al capítulo II de este título...”

Debe de concordarse la naturaleza del proceso con lo señalado en el Reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad Número 41087 – MTSS, (en adelante Reglamento de Salvaguardia) que en su artículo 6 señala: **“Naturaleza jurídica de la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad”**.

La salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, establecida en el Capítulo II de la Ley N° 9379 y el Código Procesal Civil, es el instituto jurídico creado por el Estado costarricense de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para:

1) Asegurar el pleno respeto de la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, de acuerdo a esa Convención, mediante el reconocimiento de la personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de actuar de todas las personas con discapacidad.

2) Proporcionar a personas con discapacidad intelectual o psicosocial un sistema de apoyos en el ejercicio de su capacidad de actuar, para asegurar el derecho a la autonomía personal en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, el apoyo puede ser solicitado y proporcionado a personas con discapacidad intelectual o psicosocial que conjuntamente presenten otras condiciones de discapacidad diferentes a éstas y también para personas con sordoceguera o parálisis cerebral severas, en razón de que al interac-

tuar con las barreras debidas a la actitud y el entorno, su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas, puede ser restringida, rebajada, modificada, limitada y hasta eliminada.

**c. Objeto del proceso:** Conforme el artículo 5 de la Ley de Salvaguardia el objeto del proceso es la “... **Igualdad jurídica de las personas con discapacidad.** Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:

a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar.

b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.

c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.

Para **garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida,** se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley 9747, Código Procesal de Familia de 23 de octubre de 2019. La persona que el juez o la jueza designe para ejercer la salvaguardia se denominará garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.”

(Así adicionado por el artículo 4º de la ley N° 10558 del 23 de octubre de 2024. Anteriormente este numeral había sido derogado por el artículo 4º punto II, inciso e) de la ley que aprobó el Código Procesal de Familia, N° 9747 del 23 de octubre de 2019) (lo resaltado no es del original).

**d. Asuntos para los que no se requiere esta-**

**blecer una salvaguardia:** Es frecuente que se presenten ante estrados judiciales, procesos de salvaguardia, que no responden al objeto que la ley ha señalado expresamente como se puede ver el artículo 5 de la Ley, los primeros años de la ley, se puede conjeturar, que para dar una sensación de éxito en la Legislación recién aprobada, los juzgados de familia se vieran inundados de procesos, que se establecían por meras referencias de instituciones de toda índole, instituciones médicas, de ayuda social, entre otras, por ello el artículo 7 del reglamento de la Salvaguardia, vino a dejar claro, qué casos no requieren procesos de salvaguardia, veamos el inciso 3 de dicho artículo:

“... La salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad como apoyo para el ejercicio de la capacidad de actuar. ...3) No podrá ser solicitada ni empleada como un requisito para ejercer válidamente su capacidad de actuar en ningún aspecto de la vida, por ejemplo, no será requisito para ser beneficiario de programas sociales selectivos y/o prestaciones estatales, tales como **bono de vivienda, exoneración para la adquisición de vehículo, pensiones del régimen definido por la Caja Costarricense del Seguro Social, uso de parques reservados,** entre otros similares ya existentes o que se creen en el futuro...” (lo resaltado no es del original).

Sin embargo a pesar de los años, se siguen recibiendo hoy en día, a diez años de la entrada en vigencia de la Ley, en los Tribunales de Justicia, referencias de Departamento de Trabajo Social de Hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social, como el Hospital Psiquiátrico o el Hospital Blanco Cervantes (Hospital especializado en personas adulta mayores), y con la problemática que muchas de dichas solicitudes no proponen a quien pueda ser nombrado como garante de la salvaguardia (abandono de familiares en muchas ocasiones).

**e. Legitimación para establecer la Salvaguardia y procedimiento:**

El proceso de Salvaguardia es un proceso de

auto postulación, sea no se requiere asistencia letrada, para ser interpuesto, al respecto el Artículo 248 del Código Procesal Familiar (CPF en adelante) establece: "... Solicitud de la salvaguardia La gestión de solicitud de la salvaguardia, así como la revisión de esta, podrá ser verbal o escrita o por otro medio de comunicación, de conformidad con la definición que se establece en el artículo 2 de la Ley N.º9379, Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, de 18 de agosto de 2016, y no requerirá autenticación, si el solicitante o la solicitante las presentara personalmente..."

La experiencia judicial nos dice que existen dos formas en los juzgados de recibir la solicitud, una es por medio de modelos de solicitud pre hechos, que el solicitante solo debe de rellenar y adjuntar la prueba, este primer modelo trae aparejado que no existe por lo general ninguna persona guiándolo y la persona solicitante, redacta con lenguaje confuso y como lo hace a puño y letra, en ocasiones la letra es ininteligible, lo que obliga a llamar a la persona solicitante al despacho para solicitarle que aclare su escrito inicial o solicitud, la otra opción es que se designe por rol a un técnico judicial para que tome la manifestación que realiza el solicitante, esta fórmula implica atrasos de los técnicos judiciales que se destinan, ya que no puede dedicarse en ese lapso de tiempo a dar proveído a los diversos escritos que ingresan a diario, además no está exento que el técnico deje sin incluir elementos esenciales, para la debida tramitación, y el número de salvaguardias ha venido creciendo exponencialmente a través de los años.

En cuanto a la legitimación para solicitar la salvaguardia, el artículo 249 señala "Legitimación para solicitar la salvaguardia Están legitimados para solicitar la salvaguardia:

- 1) La propia persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial.
- 2) **Excepcionalmente**, cuando en virtud de una limitación funcional a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite solicitar por sí misma

la salvaguardia, los familiares, de conformidad con la legislación vigente.

3) **A falta de familiares**, estarán legitimadas la institución u organización no gubernamental que le brinde servicios, apoyos o prestaciones sociales a la persona para la cual se solicita la salvaguardia. ..."

Como se aprecia, la regla es que sea la propia persona con discapacidad, quien solicite la salvaguardia, recordemos que la misma ley en su título establece que debe de promocionarse la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, de allí que se entiende que sea solo por excepción que la solicitud la plantee o bien los familiares, o una institución u organización no gubernamental (ONG), pero en este último caso, no es cualquier ONG, sino las que brindan apoyo o prestaciones a la persona para la cual solicitan la salvaguardia.

#### **f. Revisión de la Salvaguardia y legitimación para solicitarlas:**

Un aspecto novedoso que introduce la Ley de Salvaguardia, es la Revisión de las Salvaguardias, con los procesos de Insania, terminado un proceso el mismo se archivaba definitivamente, sea estadísticamente se cerraba y solo podría reabrirse pero como un proceso de modificación de fallo, para rehabilitar al insano, el problema es que la propia persona con discapacidad no podía peticionarlo, porque no tenía capacidad jurídica (recuerde que estaba en una condición de muerte civil) y sus actos eran absolutamente nulos, por ello no estaba legitimado para pedir un cambio en su condición, a menos que lo hiciera por medio del mismo curador quien en determinados casos, podría tener intereses contrapuestos (sobre todo en el aspecto financiero) así las cosas el artículo 250 CPF señala "... Revisión de la salvaguardia. La salvaguardia podrá ser revisada en cualquier momento, estando legitimadas para este acto las mismas personas físicas y jurídicas señaladas en el artículo anterior, y **de oficio estará sujeta a revisión**, por parte de la autoridad judicial, cada cinco años..."

Como se aprecia se introduce la novedad de que si no se ha pedido la revisión de la

salvaguada, cada quinquenio en forma oficiosa, el juzgado debe de ordenar la revisión, por ello a diferencia de la Insania, donde terminado el proceso, este acababa y se pasaba estadísticamente a la casi de archivo definitivo, en el Proceso de Salvaguardia, el expediente debe de estar siempre en casi de archivo provisional, sea nunca se va a cerrar, porque cabe la revisión a petición de parte en cualquier momento, ello es muy importante porque si se agrava la condición de la persona con discapacidad, ello incide en el tipo de apoyo que el garante puede ejercer en beneficio de la persona con discapacidad.

### **g. Sistemas de apoyo por parte del Garante en beneficio de la persona con discapacidad**

El garante de la Salvaguardia, debe de ejercer su labor, desde una óptica de apoyo, porque la ley lo que prevé es garantizar la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, por ello se vale para ayudar en esta tarea de apoyos, los cuales no se consideran una imposición contra la voluntad de la persona que recibe ese tipo de apoyo, ya que se trata de un ajuste razonable al tenor de los que indica el artículo 8 del Reglamento de Salvaguardias, véase así: "... Intensidad de los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar. Los apoyos en el ejercicio de la capacidad de actuar serán de diversa intensidad, menos o más intensos de acuerdo con la situación concreta y en virtud de las disposiciones que para estos efectos contiene la Ley N° 9379, así como este reglamento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según corresponda.

**1) Apoyo más intenso:** Así, por ejemplo, un **apoyo más intenso** podría ser el que brinde la persona garante a una persona con discapacidad que se encuentre en **situación de compromiso del estado de conciencia** debidamente comprobado, quien podrá consentir para un acto concreto.

Ante el supuesto de una persona con discapacidad que se encuentre en situación de compromiso del estado de conciencia;

la determinación del apoyo intenso y la forma en que se brinda, siempre tendrá que tener como fundamento la voluntad y preferencias, para ello se puede recurrir a **procedimientos multidimensionales**, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo...." (el uso de los epígrafes no es del original)

Es muy frecuente que la persona con discapacidad sufra de lo que se ha denominado doctrinariamente como abolición total cognitiva o volitiva, por ejemplo una persona que se encuentra en coma, o bien postrada sin poder comunicarse totalmente o bien su voluntad no puede interpretarse por sufrir por ejemplo de demencia senil, en estos casos, el garante puede firmar por sí solo, pero debe de aplicar siempre un procedimiento multidimensional, utilizando la historia de vida de la persona. Hoy en día existen personas que a manera de parangón con los testamentos vitales, dejan constancia de cómo desean que se manejen sus negocios, cuando no tengan la posibilidad de tomar decisiones financieras, por poner un ejemplo, pero como ello no es frecuente en nuestro medio, es importante que el garante utilice la historia de vida de la persona con discapacidad, en el entendido de que ello no lo faculta (al garante) para disponer de bienes muebles o inmuebles, en cuyo caso deberá de establecerse un proceso de petición unilateral al tenor del 242 CPF, inciso 4 "... Autorizaciones para la disposición de derechos en bienes de personas menores de edad o personas con discapacidad..."

**2) Apoyo medianamente intenso:** Un apoyo medianamente intenso, será, por ejemplo, el firmar conjuntamente ante notario o en gestiones administrativas. ..." En estos casos, la firma de gestiones se hace en forma conjunta, a diferencia del anterior apoyo, como se aprecia, debe de informarse a la persona con discapacidad de la trascendencia del acto o gestión que se realiza y este consiente

informadamente.

**3) Apoyo menos intenso:** "... Un ejemplo de apoyo menos intenso, es aquel en el que la persona brinda orientación, hace más comprensible la información, y aconseja acerca de las consecuencias y efectos del acto.

En los estos dos últimos supuestos, garantizando que la información sea asimilada por la persona con discapacidad que recibe el apoyo.

Y en los tres tipos de apoyo, según el caso en concreto, se debe garantizar que prevalezca la voluntad, gustos y deseos y preferencias de la persona que recibe el apoyo..."

En estos casos, lo que se ve cristalizado es la toma de decisión por parte de la persona con discapacidad, pero es un consentimiento informado, ya que consiente, habiendo sido asesorado adecuadamente por su garante, quien lo guía e informa de las consecuencias de su decisión, esto es importante porque el garante por ley se le impone obligaciones que acepta cumplir cuando es nombrando en definitiva como garante de la persona con discapacidad.

#### **h. Actuación del Garante como representante de la persona con discapacidad en Procesos Judiciales:**

La función del garante de la salvaguarda es diferente a la que ejercía el curador en los procesos de insania o interdicción, ya que el garante no representa a la persona con discapacidad, sino que lo apoya en la toma de decisión, apoyos que vimos van del apoyo menos intenso al más intenso, ello varía un poco al dictarse la reforma al Código Procesal Familiar mediante ley 10.588, que modifica el artículo 44 que en lo que interesa establece:

"... Artículo 44- Garantía de derechos y principios a personas con discapacidad y personas adultas mayores

En los tribunales de materia familiar se han de garantizar los derechos y los principios contenidos en la Constitución Política, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia atinentes a las personas con discapacidad, entre estos:

.... **Las personas con discapacidad a favor de las cuales se ha tomado una salvaguarda para su igualdad jurídica, que actúen como parte actora, como parte demandada o como promovente en un proceso, lo harán por medio de la persona garante nombrada en el respectivo procedimiento**" (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 10558 del 23 de octubre de 2024) (lo resaltado no es del original).

Como se ve esta reforma, si somos estrictos podría ir en contra de la naturaleza de la misma ley, que propugna la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, lo cual ya se podía realizar incluso con un apoyo más intenso, pero como existía la nebulosa del alcance de este tipo de apoyo (que es reglamentario únicamente) se dotó de legalidad la situación y es por ello que se normalizó la costumbre de muchos juzgadores de pedir la apertura de procesos de salvaguarda para dotar de representante a la persona con discapacidad, sin embargo si no es necesario abrir una salvaguarda solo para ese fin, la opción de la ley es nombrar un curador al efecto (curador ad hoc), como ha sido la reiterada costumbre judicial.

#### **i.- Procedimiento o Trámite de la Salvaguarda:**

Con fundamento en los artículos 254 y siguientes del CPF, podemos señalar brevemente el trámite a seguir del Proceso de Salvaguarda en los siguientes puntos, una vez recibida la solicitud (que como se había indicado puede ser por escrito o verbal, y con o sin asistencia letrada):

**1) Curador Procesal:** Se designa un curador procesal, quien deberá brindar apoyo, orientación y asesoramiento legal a la persona con discapacidad. Este curador procesal no puede ser interpretado como representante de la persona con discapacidad, a diferencia de los curadores procesales que se nombran por ejemplo para los ausentes en los procesos familiares, sino que su función es de orientación y asesoría (recuérdese que la salvaguarda no ocupa asistencia letrada) es puede decirse un contralor de la legalidad

del proceso, la ley establece también la obligación del Poder Judicial de mantener informados y capacitados a estos curadores, quienes como se indicó deben de velar que en la designación de la salvaguardia se respeten las disposiciones de la Ley de Salvaguardias, sus honorarios pueden ser cubiertos por la misma persona con discapacidad, o bien por la administración de justicia, si la persona con discapacidad no cuenta con posibilidades económicas (acorde con el principio de Costo mínimo, establecido en el artículo 11 del CPF).

**2) Dictamen Pericial de Medicina Legal:** Dictamen integral de la condición de la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial por parte del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial (OIJ) dictamen que debe de contener:

- a. El diagnóstico de la condición física, mental, intelectual, psicosocial y sensorial de la persona con discapacidad para la que se solicita la salvaguardia.
- b. El carácter de temporal o permanente de la condición diagnosticada.
- c. Las habilidades, la capacidad y las aptitudes de la persona con discapacidad para la que se solicita la salvaguardia, en cuanto a la toma de decisiones, en el ámbito legal, social, patrimonial, personal y financiero. El dictamen deberá rendirse en un plazo no mayor de un mes, para lo cual se tomarán las medidas que sean necesarias.

**3) Dictamen de Trabajo Social:** Informe del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial sobre la situación de la persona con discapacidad, así como de la persona que se propone para ejercer la salvaguardia.

**4) Entrevista de la Persona con Discapacidad:** para lo cual se fijará la fecha, la hora y el lugar para un encuentro inicial con esta. Del resultado de la entrevista levantará un acta.

Momento para realizarse la entrevista: El artículo 256, señala el dictado de la Sentencia y establece que la misma se realiza previo análisis de:

- 1) El dictamen médico presentado por la parte solicitante.
- 2) El dictamen del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial (OIJ).
- 3) El informe de trabajo social.
- 4) La entrevista con la persona con discapacidad.

Como se aprecia, es imprescindible los requisitos anteriores básicamente el dictamen médico (que en la práctica ante la carencia de médicos psiquiatras, se ha encomendado la labor a psicólogos), el informe de trabajo social y la entrevista, en la practica y siguiendo lo que dice el artículo 254, debe de realizarse un encuentro inicial, esto implica que como recomendación, la entrevista debe de ser lo primero que haga el juez, ya que como la salvaguarda depende de la voluntad, si la persona con discapacidad se opone a la misma, debe de archivar el proceso, al inicio de la aplicación de la ley, hace diez años, se hacia la entrevista en ocasiones de último, y podría darse que después de realizarse el dictamen médico y el informe social, no había voluntad de la persona con discapacidad, lo que implicaba gastos estériles por parte de la administración, por ello es que la entrevista es preferible hacerla previa a los informes, ahora bien, puede darse más de una entrevista, la ley señala "la entrevista inicial" ello implica que si es necesario el juez entrevistará las veces que sea necesario a la persona con discapacidad si las condiciones así lo exigen.

**j. Salvaguardia provisional:**

El artículo 255 establece la posibilidad de que se nombre a un garante provisional, pero ello no es obligatorio, el mismo se hace si la persona con discapacidad es propietaria de bienes muebles o inmuebles, para que durante el proceso apoye provisionalmente a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos patrimoniales. El establecimiento de esta salvaguardia se comunicará

al Registro Público de la Propiedad, para su respectiva anotación en los bienes muebles e inmuebles presentes o futuros, propiedad de la persona con discapacidad. La costumbre de los juzgados es nombrar siempre a un garante provisional, pero ello no es necesario en todos los casos, solo en lo que se ha señalado en el numeral precitado.

### **k. La entrevista de la Persona con Discapacidad (Fórmula para realizarla según el criterio del Tribunal de Familia)**

Como se ve un aspecto importante para dictar sentencia es entrevistar a la persona con discapacidad, esta entrevista debe de hacerse por fuerza por el propio juez, **(ver Voto 814-2017 del Tribunal de Familia de 15:13 horas del 18 de setiembre de 2017)** no puede delegarse en ninguna funcionario del despacho, por ejemplo los técnicos judiciales, señala el voto en cuestión: "... De ahí que el proceso de salvaguardia es un simple instrumento para garantizarle sus derechos y no se trata de un medio para anular o socavar su dignidad. Por ello, los jueces y juezas de Familia han de ser muy cuidadosos/as, en el sentido de verificar que la persona -supuestamente con discapacidad, se exprese y vierta su parecer de forma libre. **Bajo esta tesis, la autoridad jurisdiccional ha de fiscalizar todas las actuaciones judiciales, incrementando la inmediación con las personas involucradas. Es, casualmente, en la entrevista que se debe exacerbar, aún más, dicha presencia, para que el/la juzgador/a "palpe" de primera mano a la persona objeto del proceso y garantice el ejercicio pleno de sus derechos.** De tal suerte, no hay justificación alguna, para que en el caso de marras no lo haya hecho así..." (lo resaltado no es del original).

Ahora bien, que se puede preguntar en esta entrevista, al respecto es importante rescatar **el Voto del Tribunal de Familia número 256-2022 de las diecisiete horas diez minutos del veintidós de marzo de dos mil veintidós**, redactado por el Juez Chacón Jiménez y que podemos resumirlo en lo que interesa así:

#### **1. Se debe de explicar (a la persona con Dis-**

#### **capacidad)**

"...cuál es la naturaleza y el objeto de los procesos de salvaguardia, incluyendo cuáles son las pruebas que se deben recabar...".

#### **2. Se le debe de informar que:**

a.) "...que la salvaguardia es FACULTATIVA y que NO PUEDE SER SOLICITADA NI EMPLEADA COMO UN REQUISITO PARA EJERCER VÁLIDAMENTE SU CAPACIDAD DE ACTUAR (lo resaltado es del original)

b.) "... así como que existe una gama amplia en cuanto a la intensidad de los apoyos que puede solicitar, explicándosele en qué consisten los apoyos más intensos, los medianamente intensos y los menos intensos..."

c.) "... **se le debe informar** cuáles son las funciones que puede ejercer la persona que llegue a ser designada como garante ..."

d.) "... que él tiene derecho a elegir a la persona que realice esa función..."

#### **3. Se le debe de preguntar:**

"...3. a.) si él desea que se lleve a cabo el proceso de salvaguardia,

3. b) cuáles son los apoyos que desea solicitar y

3. c) a cuál o cuáles personas elige para que funjan como sus garantes.

### **Conclusiones**

Se celebra este año, diez años de la entrada en vigencia de Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, que fue publicada en el Alcance 153 de La Gaceta N° 166 del 30 de agosto del año 2016, esta ley era una deuda pendiente en vista de que Costa Rica había suscrito y aprobado la Convención de Personas con discapacidad, desde hacía ocho años atrás y no se había instrumentalizado la convención, mediante la promulgación de una ley que la pudiera desarrollar y modificar las reglas que estaban vigentes, sea nuestro país convivio por 8 años con un proceso judicial (la Insania, el Proceso de Interdicción y el Proceso de Curatela) que eran abiertamente inconventionales, y de paso inconstitucionales, nótese que el artículo 48 de la Constitución estableció como parte del bloque de constitucionalidad (y que pueden garan-

tizarse mediante el Recurso de Amparo) no solo los derechos nacidos en la Constitución, sino además los derechos nacidos de Instrumentos de Derechos Humanos, así mismo es de recordar que el artículo 27 del Tratado de Viena, establece claramente que cuando un país tiene un choque de la legislación interna con un convenio internacional suscrito, prevalece el convenio y la legislación interna debe de ajustarse a la legislación internacional, por ello es que se diga que el país estaba en deuda con la Convención, ahora bien la crítica es la forma en que se introdujo la reforma, no existió campaña informativa previa, no existieron capacitaciones previas a la entrada de la reforma, de hecho recuerdo muy bien, cuando me llegó el informe gacetario y vi la reforma, lo que obligo a movilizarnos a los jueces del antiguo Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José (hoy en día Juzgado de Familia del Primer Circuito) para estudiar en qué consistía la reforma y para capacitar por cuenta del mismo despacho a los técnicos judiciales, labor que realizamos el cuerpo de juzgadores, por ello los primeros años fueron de divulgación a los usuarios (litigantes que ignoraban el contexto de la reforma) y experimentación de cómo desarrollar el procedimiento, el Poder Judicial, a partir de esa reforma, ha hecho una labor en pro de la concientización de la reforma y el nuevo paradigma que ello implicaba. La jurisprudencia del Tribunal de Familia ha terminado por cimentar los derroteros de la reforma y a diez años de distancia, si bien es cierto todavía se debe de explicar una y otra vez los principios rectores de la Convención de Personas con discapacidad, ya suman más las personas para las cuales es común el Proceso de Salvaguardia.

## **Bibliografía**

### **Legislación**

Constitución Política de la Republica de Costa Rica

Convención de Personas con Discapacidad, aprobada por Ley N° 8661, del 19 de agosto

de 2008

Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el establecimiento de la sede de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, aprobada por Ley 6889 del 9 de setiembre de 1983

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobado por Ley 7615 Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Ley 9379, publicada en el Alcance 153 de La Gaceta N° 166 del 30 de agosto del año 2016.

Código Procesal Civil, Ley 7.130 de 1989 (hoy derogada)

Código Civil Ley 30 del 19 de abril de 1885.

Código Procesal Familiar, Ley 9747 del 23 de octubre de 2019 y que entró en vigencia el 1 de octubre de 2024.

Ley N° 10558 del 23 de octubre de 2024 que reformó parcialmente el Código Procesal Familiar

Reglamento a la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad Decreto No. 41087-MTSS, publicado en el Alcance No. 108 del 23 de mayo de 2018 en el Diario Oficial La Gaceta

## **Jurisprudencia**

Voto 814-2017 del Tribunal de Familia de las quince horas trece minutos del dieciocho de setiembre de dos mil diecisiete

Voto 887 -2018 del Tribunal de las ocho horas y cuarenta y tres minutos del veintidós de agosto de dos mil dieciocho.

Voto 256 -2022 del Tribunal de Familia de las diecisiete horas diez minutos del veintidós de marzo de dos mil veintidós.

# **LA PENSIÓN ALIMENTARIA COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD Y LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DEL EMBARAZO Y EL PARTO.**

*CHILD SUPPORT AS A GUARANTEE OF THE DIGNITY AND QUALITY OF LIFE OF MINORS: RECOGNITION OF EXTRAORDINARY EXPENSES ARISING FROM PREGNANCY AND CHILDBIRTH.*

## **DRA. ERIKA HERNÁNDEZ SANDOVAL**

- Doctora en Derecho Penal y Procesal por la Universidad de Sevilla, España.
- Máster en Derecho Tributario, Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).
- Máster en Derecho Empresarial, Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).

## **M.SC. PEDRO BRENES MURILLO**

- Máster en Compliance, Fraude y Blanqueo,
- Auditor en Sistemas de Gestión Antisoborno y Anticorrupción ISO37001, Universidad Católica de Murcia (en conjunto con Instituto EALDE).
- Especialista en Prevención de Legitimación de Capitales, Universidad FUNDEPOS.



# LA PENSIÓN ALIMENTARIA COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD Y LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DEL EMBARAZO Y EL PARTO.

## *CHILD SUPPORT AS A GUARANTEE OF THE DIGNITY AND QUALITY OF LIFE OF MINORS: RECOGNITION OF EXTRAORDINARY EXPENSES ARISING FROM PREGNANCY AND CHILDBIRTH.*

### Resumen

El derecho alimentario en el ordenamiento costarricense constituye una garantía fundamental orientada a proteger la dignidad y el desarrollo integral de las personas menores de edad, incluso desde la etapa prenatal. La obligación del progenitor de asumir los gastos de embarazo y parto deriva del principio de corresponsabilidad parental y del mandato constitucional de protección a la vida humana. Su determinación debe realizarse con perspectiva de género y derechos humanos, reconociendo las cargas diferenciadas que recaen sobre la mujer embarazada y asegurando una tutela judicial efectiva.

### Abstract

Child support within the Costa Rican legal system is a fundamental guarantee aimed at safeguarding the dignity and comprehensive development of the child, including during the prenatal stage. The father's obligation to cover pregnancy and childbirth expenses arises from the principle of parental co-responsibility and the constitutional mandate to protect human life. The determination of such support must incorporate a gender and human rights perspective, acknowledging the differentiated burdens borne by pregnant women and ensuring effective judicial protection.

### Palabras clave.

Derecho y alimentos, pensión alimentaria, gastos de embarazo y parto, interés superior del menor.

### Keywords.

Law and child support, child support maintenance, pregnancy and childbirth expenses, principle of the best interest of the child.

### Contenido

I. Análisis del marco regulatorio del reconocimiento de los gastos extraordinarios derivados del embarazo y el parto. II. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Familia y la Sala Constitucional

### **I. Análisis del marco regulatorio del reconocimiento de los gastos extraordinarios derivados del embarazo y el parto**

En el ámbito del Derecho de Familia, la pensión alimentaria no constituye una simple obligación económica derivada del vínculo biológico o jurídico entre progenitores e hijos; sino que constituye el instrumento jurídico de tutela de la dignidad humana y de protección integral de las personas menores de edad; protección proclamada desde 1924 en la Convención de Ginebra y que en

el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1956, claramente se señaló, en cuanto a los niños y niñas que “(...) necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”<sup>1</sup>; por lo tanto, su fin va más allá de la mera subsistencia material, para ser en esencia que lo que se pretende es garantizar una calidad de vida acorde con las condiciones sociales, económicas y culturales que rodean al núcleo familiar y sobre todo al estilo de vida de sus progenitores.

Desde la perspectiva jurídica, los “alimentos” “(...) no se refieren únicamente a suministrar a la persona beneficiaria una sustancia nutritiva (...)”, sino que,<sup>2</sup> comprenden todo aquello indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, formación integral, recreación y desarrollo emocional del menor.

En ese sentido establece el artículo 164 de Código de Familia:

*“Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y psíquico, así como sus bienes”.*

Por lo que no se limitan a la alimentación en sentido estricto, sino que abarcan el conjunto de recursos necesarios para asegurar un crecimiento físico, psicológico y social armónico. En consecuencia, el derecho alimentario es una manifestación concreta del deber de solidaridad familiar (progenitores) y un correlato del derecho fundamental a la vida

1 Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

2 Juzgado de Pensiones Alimentarias del II Circuito Judicial de San José, Goicoechea, sentencia de las catorce horas cuarenta y siete minutos del cinco de septiembre del dos mil veinticinco.

digna.

Este deber se encuentra indisolublemente vinculado al principio del interés superior del menor, eje rector de todo el sistema de protección de la niñez; lo encontramos en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño y en nuestra legislación en el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia que establece:

*“Interés superior. Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. d) La correspondencia entre el interés individual y el social”.*

Al respecto, señaló Soto Castro que: “El principio del interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, lo que significa que sus alcances y contenido están en constante construcción, aplicándose en cada caso concreto, se espera de forma evolutiva. Esto significa que no se trata de una fórmula “única” o “acabada”, sino que va creciendo conforme avance la jurisprudencia. Este principio mara la diferencia entre la concepción del Derecho de Niñez paternalista con la doctrina de la protección integral de la persona menor de edad, según la cual los menores son verdaderos titulares de derechos fundamentales”<sup>3</sup>

Dicho principio impone al Estado la responsabilidad de emitir políticas públicas de salud reproductiva, y a los operadores jurídicos — jueces, legisladores, defensores y partes— la

3 Soto Castro, Rolando, La autoridad parental a la luz del interés superior de menor de edad. Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia. Enero-junio 2009, N°3, San José, Costa Rica, pág.42.

obligación de adoptar decisiones orientadas prioritariamente a salvaguardar el bienestar integral del niño, niña o adolescente, incluso por encima de intereses patrimoniales o conflictos entre adultos. La fijación de la pensión alimentaria, por tanto, no puede obedecer únicamente a criterios aritméticos, sino que debe responder a una valoración ponderada de las necesidades reales del menor y de la capacidad económica del obligado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la protección alimentaria no inicia con el nacimiento, sino desde la etapa de gestación. El ordenamiento jurídico reconoce la relevancia de garantizar a la madre los recursos necesarios para cubrir los gastos derivados del embarazo y el parto, en tanto estos inciden directamente en la salud y el desarrollo del concebido. La asistencia económica en esta fase constituye una extensión lógica del deber de alimentos y una manifestación anticipada de la protección al *nasciturus*, reafirmando que la tutela del interés superior del menor comienza antes de su alumbramiento y asegurando políticas de servicios prenatales inmediatos en caso de riesgo.

En este contexto, la pensión alimentaria se erige como un pilar esencial de justicia familiar y equidad social, cuyo correcto entendimiento y aplicación resultan determinantes para asegurar que cada persona menor de edad pueda desarrollarse en condiciones de dignidad, estabilidad y oportunidades reales, protegiendo su desarrollo integral, como analizaremos más adelante, desde antes de nacer, ya que esta fórmula no solo reconoce la vulnerabilidad del *nasciturus*, sino que obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas y administrativas para su salvaguarda, extendiendo la titularidad de derechos al período prenatal.

En ese sentido, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 53 del Código de Familia —cuya exégesis se desarrollará en un apartado posterior—, norma que consagra el principio de igualdad jurídica entre las personas hijas, con absoluta prescindencia

del carácter matrimonial o extramatrimonial de su filiación. Tal previsión normativa se erige como manifestación concreta del principio general de igualdad inherente a toda persona, proscribiendo cualquier forma de discriminación arbitraria o lesiva que pueda vulnerar la dignidad humana, entendida esta como atributo esencial e irrenunciable cuya tutela resulta exigible frente al ordenamiento jurídico. Y al respecto señaló Soto Castro que: “*Consecuentemente los hijos e hijas nacidos fuera del matrimonio tienen derecho a “gozar” de la misma protección integral emanada del ejercicio de la autoridad parental*”<sup>4</sup> (Lo subrayado no es del original)

En este contexto, al referirse al *nasciturus*, la afirmación implica que, aun antes del nacimiento, el ordenamiento jurídico reconoce la expectativa de que el hijo o hija concebido fuera del matrimonio pueda gozar de la misma protección integral derivada del ejercicio de la autoridad parental. Ello supone que los deberes de cuidado, asistencia y resguardo de sus intereses se proyectan desde la etapa prenatal, bajo el principio de igualdad y sin que la naturaleza matrimonial o extramatrimonial de la filiación constituya un criterio válido de diferenciación en la tutela de sus derechos, lo cual comprende, entre otros aspectos, la cobertura y contribución respecto de los gastos necesarios que deba asumir la madre durante el embarazo para la adecuada protección, desarrollo y bienestar del *nasciturus*.

Así las cosas, el presente artículo examina el alcance normativo de convenios, su interpretación conforme al Derecho internacional y sus implicancias para operadores jurídicos.

Partiendo entonces, que la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho a la salud el artículo 24 inciso 2. Apartado d) señala que:

“2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular,

<sup>4</sup> Soto Castro, Rolando, *Ibid*, pág.40.

adoptarán las medidas apropiadas para:  
(...)

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres”.  
(...)”

Esto vinculando la protección del menor con la salud materna como vector esencial para su supervivencia y desarrollo. La Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño ha interpretado esta norma como imperativa para disminuir la mortalidad infantil a través de programas de atención primaria de salud, incluyendo nutrición y prevención de riesgos ambientales, configurando un estándar de diligencia erga omnes.

También es importante resaltar, lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en el artículo 4. Inciso 1), que establece:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (Lo resaltado no es del original)

Dejando también este Pacto de San José protegido al nasciturus como sujeto pasivo de derechos contra actos intencionales lesivos u omisiones o problemas durante el embarazo que deben ser cubiertos por los progenitores. La Comisión Interamericana coincide en su rol protector del menor prenatal, permitiendo regulaciones nacionales que preserven la salud del concebido.

En el mismo sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que estableció en el inciso 2 del artículo 25:

“2. **La maternidad** y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. (Lo resaltado no es del original)

En ese mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en el artículo 10, inciso 2) que:

“2. **Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto**. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. (Lo resaltado no es del original)

Ahora bien, además de toda la normativa internacional en Costa Rica los jueces están obligados a proteger al nasciturus como titular de expectativas de derechos, conforme al artículo 12 del Código de la Niñez y Adolescencia, que garantiza el derecho a la vida desde la concepción y que literalmente indica:

“Derecho a la vida. La persona menor de edad tiene **el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción**”.

Y el artículo 31 del Código Civil, que señala:

“La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento”.

Por lo que esta tutela judicial efectiva viene desde la Constitución Política que claramente indica en el artículo 21:

“La vida humana es inviolable”

Cumpliendo, además, lo establecido en el artículo 96 del Código de Familia que señala que:

“Artículo 96.- Declaración de paternidad y reembolso de gastos a favor de la madre. Cuando el Tribunal acoja la declaración de paternidad, este podrá condenar en la sentencia al padre a reembolsarle a la madre, según los principios de equidad, **los gastos de embarazo y maternidad** de la hija o el

hijo. Estos rubros tendrán un plazo de prescripción de diez años". (Lo resaltado no es del original)

## II. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Familia y la Sala Constitucional

Debemos partir del hecho de encontrarnos en la situación de una ruptura en la que la madre y el padre de la persona menor de edad, no tienen relación de pareja repercutiendo en la concordancia, comunicación e incluso reconocimiento del nasciturus; de otro modo, es decir, de existir relación de pareja, los gastos de embarazo y maternidad seguirían la suerte de la dinámica y economía familiar. Hecha la aclaración, es el padre de la persona menor de edad quien tiene el deber de reembolsar el monto de los rubros dichos en el artículo 96 supra citado. Este reembolso (al que puede ser condenado el padre según las circunstancias y los principios de equidad); declarado judicialmente, podrá ser planteado en el mismo proceso de fijación de alimentos, pero también, aun habiéndose fijado con anterioridad un monto de alimentos en proceso judicial, pues la norma dictamina una prescripción de diez años, esto es, que la madre, puede plantear un proceso de pensión alimentaria y que este acto no implica la preclusión del derecho de solicitar reembolso de los gastos de embarazo y maternidad, pues la norma ha definido un solo condicionante, como lo es el plazo prescriptivo ordinario o decenal.

Ahora bien, esta situación no siempre fue así, el artículo 96 tuvo varias reformas, inicialmente estableció un plazo de tres meses posteriores al parto como tope para la prescripción en el reembolso de los gastos de maternidad; es decir, entendía la maternidad como todo el periodo adyacente al parto, vale decir, al acto de parir. Posteriormente, este plazo se amplió a doce meses y en la actualidad es el reembolso de todos los gastos de maternidad, artículo que fue anulado parcialmente por la Sala Constitucional <sup>5</sup> indicando:

Conforme se indicó, se consulta el artículo 96, párrafo primero del Código de Familia que, literalmente, dispone lo siguiente: "Artículo 96.- Declaración de paternidad y reembolso de gastos a favor de la madre. Cuando el Tribunal acoja la declaración de paternidad, este podrá condenar en la sentencia al padre a reembolsarle a la madre, según los principios de equidad, los gastos de embarazo y maternidad de la hija o el hijo durante los doce meses posteriores al nacimiento. Estos rubros tendrán un plazo de prescripción de diez años. En todo caso, declarada la paternidad, la obligación alimentaria del padre respecto de la hija o el hijo se retrotraerá a la fecha de presentación de la demanda y se liquidará en el proceso alimentario correspondiente, mediante el trámite de ejecución de sentencia. Cuando la declaración de paternidad se realice mediante el trámite administrativo ante el Registro Civil, el reembolso de los gastos aludidos en el párrafo primero se tramitará en el proceso alimentario correspondiente. Para asegurar el pago de pensiones retroactivas, el órgano jurisdiccional competente en materia de alimentos, al dar curso al proceso, decretará embargo de bienes contra el demandado, por un monto prudencial que cubra los derechos de las personas beneficiarias. Dicho embargo no requerirá depósito previo ni garantía de ningún tipo." (Así reformado por el artículo 3 de la Ley N° 8101 de 16 de abril del 2001) Para el Juez Consultante, **reducir los gastos reembolsables por maternidad a aquellos en que se haya incurrido en los doce meses posteriores al nacimiento del hijo o la hija, es una disposición legislativa contraria a los principios de igualdad y razonabilidad y al contenido de los artículos 1°, 5° y 16, inciso d), de la Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.** Lo anterior, por cuanto, las obligaciones para con los hijos o hijas son compartidas por sendos cónyuges, sin que pueda existir límite temporal alguno";

Resolución N°-06401 de las quince horas veinticinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil once. Expediente 09-016911-0007-CO.

5 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Y continúa diciendo:

**“(…) el órgano jurisdiccional estará habilitado para condenar al padre, incluso, a reembolsar a la madre aquellos gastos de maternidad del hijo o de la hija, debidamente acreditados, posteriores a los doce meses del nacimiento siempre que no esté cubiertos por la prescripción decenal a tenor de lo dispuesto en este artículo (…).”**

Es necesario aclarar cuál es el momento procesal oportuno para solicitar el reembolso de los montos dichos, el mismo artículo indica que existen 2 escenarios según sea la forma en que se declara la paternidad. El primero es la declaratoria judicial que nos dice:

**“(…) En todo caso, declarada la paternidad, la obligación alimentaria del padre respecto de la hija o el hijo se retrotraerá a la fecha de presentación de la demanda y se liquidará en el proceso alimentario correspondiente, mediante el trámite de ejecución de sentencia (…).”**

Este párrafo debe entenderse a la luz de lo que indica la parte inicial del artículo de marras, esto es, que se podrá condenar al padre a reembolsar a la madre los gastos incurridos por el embarazo y parto.

Así que, primero se celebra el proceso judicial de declaratoria de paternidad en el que se declara el derecho de reembolso, mismo que se debe liquidar en el proceso alimentario correspondiente mediante la ejecución de sentencia.

El segundo escenario es la declaración de paternidad en sede administrativa, por medio del Registro Civil, en cuyo caso el reembolso debe ir a discutirse vía judicial en el proceso alimentario correspondiente, no es una liquidación por medio de ejecución de sentencia, porque ésta se verá como un todo junto con el monto de alimentos.

Por tanto, cuando se afirma que los jueces y juezas están obligados a proteger al no na-

cido desde la Constitución Política, se está reconociendo que la tutela jurisdiccional no se activa únicamente a partir del nacimiento, sino que encuentra sustento en la protección constitucional de la vida humana como valor supremo del ordenamiento y que esta disposición no se limita a una declaración programática, sino que constituye una norma de eficacia directa que vincula a todos los poderes públicos; pero que la tutela judicial efectiva, en este contexto, implica que los jueces deben adoptar decisiones que garanticen la protección real y no meramente formal de la vida en gestación, evitando interpretaciones restrictivas que vacíen de contenido el mandato constitucional. En consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional adopta decisiones relacionadas con el embarazo y el parto, actúa en cumplimiento del mandato constitucional de salvaguardar la vida humana en su etapa prenatal, asegurando que el ordenamiento jurídico no permanezca indiferente frente a su vulnerabilidad y en consecuencia a ese artículo 96 indicado<sup>6</sup>.

La jurisprudencia reciente ha sido clara al respecto y en ese sentido, ha señalado literalmente el Tribunal de Familia en la resolución N° 00033 – 2022 de las catorce horas seis minutos del veinte de enero del dos mil veintidós lo siguiente:

***“Desde vieja data este Tribunal ha dicho que las necesidades que genere una mujer con motivo de su maternidad y embarazo son hechos evidentes y notorios, y como se co-***

<sup>6</sup> Puede ampliarse, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°-06401 de las quince horas veinticinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil once. El derecho del hijo o hija a recibir alimentos y la obligación correlativa del padre no pueden interpretarse de manera restrictiva ni fragmentada. Por tal motivo se declaró inconstitucional y se anuló la limitación temporal que restringía el reconocimiento de los gastos de maternidad y alimentos a los doce meses posteriores al nacimiento en esa resolución, ya estimó la Sala que dicha restricción vulneraba el mandato de protección reforzada previsto en el artículo 51 constitucional. Con ello, reafirmó que la obligación del progenitor y que tiene un sustento que trasciende límites temporales arbitrarios y que debe garantizar la efectividad real de los derechos involucrados.

noce en doctrina procesal mundial, que este tipo de hechos **no requieren ser probados**. Además, este Tribunal ha reiterado a lo largo de los años que los gastos de maternidad y embarazo que regula el artículo 96 de nuestro Código de Familia, deben ser otorgados tomando en consideración un asunto prudencial, lo que quiere decir que no es necesario que la parte verifique exacta y detalladamente cada uno de los gastos, aportando prueba sobre ellos, se trata de una fijación prudencial donde la lógica y la experiencia humana tienen un valor trascendental para realizar el argumento jurídico que los sustenta. (al respecto pueden consultarse entre muchos otros los votos 726-2002, 1026-2006, 948-2006 con criterios que actualmente se mantienen vigentes)

De esta manera, no puede ser admisible la tesis del recurrente en cuanto a que no existe prueba idónea para demostrar los gastos de embarazo y maternidad, primero porque la actora sí ofreció documental que respalda tales rubros misma que fue debidamente analizada en la sentencia y, de cuyo razonamiento el apelante no impugna, y en segundo lugar, aún en el caso de que no hubiera ofrecido un solo documento u otro tipo de fuente probatoria, ello no es obstáculo para que la persona juzgadora realice una valoración con base en equidad para poder otorgarlos y cuantificarlos.

La cantidad de quinientos mil colones apenas es simbólica si nos ponemos a analizar el alto costo de la vida que tiene este país, uno de los más altos de América Latina. El fallo sí contiene un razonamiento sobre el monto y esta Cámara estima que la cantidad se ajusta a la realidad económica de la data, más bien parece que el demandado no conoce el altísimo costo de traer un hijo al mundo, no solo por las necesidades materiales que éste requiere en sus primeros años de vida, sino además, **el quantum debería realizarse con perspectiva de género y derechos humanos de la mujer que es la que se embaraza y sufre cambios radicales en su cuerpo porque tiene que tener controles médicos, alimenta-**

**ción idónea, cambio de ropa y calzado, en ocasiones el cuerpo cambia tanto no solo físicamente sino hormonalmente que las mujeres comienzan a tener malestares generales que les impiden trabajar con normalidad**, por supuesto que cada caso es distinto, pero esos son factores que no pueden soslayarse". (Lo resaltado no es del original)

Además, es importante señalar varias cosas, ya que definitivamente es trascendental la incorporación de la perspectiva de género en el análisis judicial, porque no constituye una opción discrecional del juzgador, sino una exigencia derivada del bloque de constitucionalidad y del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Los operadores de justicia tienen el deber de interpretar y aplicar las normas de conformidad con los principios de igualdad sustantiva y no discriminación, teniendo en cuenta que el análisis con perspectiva de género es obligatorio en Costa Rica en todo proceso judicial donde surjan desigualdades estructurales por razón de género, conforme a la Política de Igualdad de Género del Poder Judicial. Relevante en los temas de pensiones alimentarias y gastos de maternidad y parto para reordenar las cargas desiguales sobre las mujeres. Esta herramienta hermenéutica identifica estereotipos que perpetúan roles tradicionales, asegurando equidad real al ponderar brechas económicas en la gestación y manutención infantil, como exige la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. En pensiones alimentarias y gastos asociados, evita que las madres asuman solas los costos prenatales, ordenando reembolsos proporcionales sin revictimización.

Por lo anterior, implica reconocer que las cargas biológicas y sociales asociadas al embarazo no se distribuyen de manera neutral entre hombres y mujeres. Prescindir de esta perspectiva conduciría a decisiones aparentemente objetivas, pero materialmente injustas, al ignorar las condiciones estructurales que inciden de manera diferenciada sobre la mujer gestante.

Además, el enfoque de derechos humanos obliga a situar en el centro del análisis la dignidad, autonomía y salud integral de la mujer, entendida no solo como sujeto reproductivo, sino como titular plena de derechos fundamentales. La protección judicial en esta materia debe evitar reproducir estereotipos de género que minimicen el impacto físico, emocional y económico del embarazo o que trasladen desproporcionadamente la carga probatoria a quien enfrenta mayores vulnerabilidades. La debida diligencia reforzada en casos vinculados con maternidad y embarazo exige valorar el contexto, las asimetrías reales y las posibles afectaciones al proyecto de vida de la mujer, garantizando decisiones que no perpetúen desigualdades históricas, sino que contribuyan a su corrección efectiva.

Por tal motivo la importancia del análisis jurídico de las obligaciones económicas derivadas del embarazo y del nacimiento de un hijo, porque como claramente lo ha señalado nuestra jurisprudencia no puede reducirse a una valoración meramente aritmética de gastos básicos. Con frecuencia, existe una percepción limitada respecto del verdadero impacto económico y personal que implica la gestación, particularmente cuando no se asume de manera directa la carga biológica y social que esta conlleva. El embarazo no constituye únicamente un hecho biológico, sino un proceso integral que genera consecuencias médicas, físicas, psicológicas y laborales que deben ser jurídicamente reconocidas al momento de determinar responsabilidades económicas. Desde esta óptica, el deber de contribución no puede circunscribirse a una noción mínima de subsistencia, sino que debe abarcar el conjunto de necesidades razonablemente vinculadas al estado del embarazo.

En consecuencia, la fijación del *quantum* correspondiente a los gastos de embarazo y parto exige incorporar una perspectiva de género, conforme a los estándares constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos. La igualdad formal resulta

insuficiente cuando las cargas biológicas recaen exclusivamente sobre la mujer y esto se encuentra reconocido y protegido en la normativa nacional y las convenciones internacionales ya citados, pero también, esta circunstancia debe ser reconocida, asumida e interiorizada en la dinámica social, en la que los aspectos biológicos de la gestante parecen ser incuantificables por revestir un alto valor del ser humano, como lo es albergar vida, pero que, deben estimarse con la finalidad de equiparar (aunque sea económicamente); el periodo de embarazo, nacimiento y maternidad, con el aporte necesario para garantizar la vida, la dignidad humana y el desarrollo óptimo en sociedad. El principio de igualdad sustantiva impone reconocer que la gestación produce afectaciones diferenciadas que deben ser ponderadas al momento de distribuir responsabilidades. Instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la jurisprudencia constitucional han establecido la obligación estatal de adoptar medidas que compensen desigualdades estructurales, lo que se traduce, en el ámbito privado, en una interpretación que garantice la protección reforzada de la mujer gestante.

Desde el punto de vista material, el embarazo implica gastos adicionales que exceden la atención médica ordinaria. Los controles prenatales periódicos, exámenes especializados, suplementación nutricional, alimentación adecuada, adecuación de vestimenta y calzado, así como eventuales tratamientos por complicaciones, constituyen erogaciones directamente asociadas al proceso gestacional. A ello se suma la incidencia que los cambios hormonales y físicos pueden tener sobre la capacidad laboral de la mujer, generando disminuciones en su rendimiento, incapacidades temporales o incluso la imposibilidad de desempeñar ciertas actividades productivas. Tales circunstancias no pueden invisibilizarse al momento de cuantificar las obligaciones económicas, pues forman parte del costo real y objetivo de la maternidad.

Finalmente, es necesario advertir que cada embarazo presenta particularidades médicas y contextuales propias, por lo que la determinación económica debe realizarse de manera individualizada, atendiendo a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad. Sin embargo, la variabilidad de los casos no autoriza a desconocer la existencia de cargas estructurales que, por su naturaleza, recaen exclusivamente en la mujer. La valoración judicial, en consecuencia, debe integrar no solo los gastos estrictamente comprobables, sino también el impacto integral que la gestación produce en la esfera personal y económica de la mujer, bajo un enfoque que armonice el principio de corresponsabilidad parental con la tutela efectiva de los derechos humanos y la dignidad de quien asume biológicamente el proceso reproductivo.

Dado lo anterior, también es relevante desde el punto de vista procesal, el tema de la prueba cuando un hecho es evidente y notorio, ya que las necesidades que se originan con ocasión del embarazo y la maternidad responden a procesos biológicos y médicos universalmente reconocidos, cuya existencia no depende de circunstancias excepcionales ni de condiciones particulares, sino que derivan del curso ordinario de la gestación humana. La atención prenatal periódica, la modificación de hábitos alimenticios, los controles clínicos especializados, los cambios corporales progresivos y las eventuales limitaciones físicas constituyen manifestaciones objetivas y previsibles del estado de gravidez. En términos procesales, tales circunstancias se insertan dentro de la categoría de los hechos notorios, entendidos como aquellos que, por su evidencia y aceptación general en un determinado contexto social y científico, forman parte del conocimiento común y no requieren acreditación específica mediante actividad probatoria.

La doctrina procesal comparada ha sostenido de manera pacífica que los hechos notorios se encuentran exentos de prueba, en virtud de los principios de economía proce-

sal, razonabilidad y libre valoración judicial. Exigir demostración individualizada de realidades biológicas universalmente constatables supondría imponer cargas probatorias innecesarias y contrarias a la racionalidad del proceso. En consecuencia, cuando se discuten las necesidades propias del embarazo y la maternidad, el órgano jurisdiccional puede partir de su reconocimiento como presupuestos fácticos evidentes, integrándolos al razonamiento jurídico sin necesidad de prueba directa, salvo que se controviertan circunstancias específicas que excedan el marco ordinario de tales procesos.

Asimismo, la Sala Segunda ha conocido y resuelto diversos procesos vinculados con el reintegro de los gastos derivados de la maternidad; señala Trejos<sup>7</sup> que resulta especialmente relevante la resolución N.º 2004-000574<sup>8</sup>, en la cual se reconoce la procedencia de aplicar lo dispuesto en los artículos 1043 y 1044 del Código Civil.

Y que como señalamos más arriba con relación al plazo, la Sala Constitucional fue clara y ha sido reiterativa en este tema también, aclarando que hay diez años para reclamar los gastos de maternidad y parto al considerar sin ambigüedades, que el deber jurídico del progenitor no se limita a la obligación alimentaria posterior al nacimiento, sino que comprende también la asunción de los gastos derivados del embarazo y del parto. Esta responsabilidad encuentra fundamento tanto en el principio constitucional de protección especial a la madre y al niño (artículo 51 de la Constitución Política), como en el principio de corresponsabilidad parental que se desprende del sistema jurídico en su conjunto. La gestación y el alumbramiento no constituyen cargas exclusivas de la mujer en el plano económico, aun cuando biológicamente recaigan sobre ella; por el contrario, generan consecuencias patrimoniales

7 Trejos, Gerardo, Derecho de Familia, Editorial Juricentro, 2010, San José, Costa Rica. Págs. 466, 467-

8 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°004-000574 de las nueve horas y treinta minutos del catorce de julio del dos mil cuatro.

que deben ser compartidas por quien participó en la concepción.

Desde esta perspectiva, los gastos médicos prenatales, controles clínicos, exámenes especializados, medicamentos, suplementos nutricionales, atención hospitalaria del parto y demás erogaciones directamente vinculadas al proceso de gestación y alumbramiento forman parte del ámbito de responsabilidad del padre, como se indicó ya detalladamente. No se trata de una prestación voluntaria ni de una extensión excepcional del deber alimentario, sino de una consecuencia jurídica directa del hecho de la paternidad. La concepción genera un vínculo jurídico que activa deberes concretos, entre ellos el de contribuir económicamente a las cargas que el embarazo impone a la mujer.

En consecuencia, la Sala Constitucional fue clara en que no podía sostenerse válidamente que la obligación surja únicamente a partir del nacimiento ni que los gastos previos constituyan una carga exclusiva de la madre. Tal interpretación desconocería la lógica del sistema constitucional de protección a la familia, así como el principio de igualdad sustantiva, al perpetuar una distribución desigual de responsabilidades. La doctrina constitucional costarricense ha consolidado el criterio de que el progenitor está llamado a asumir integralmente las consecuencias económicas derivadas de la procreación, incluyendo los gastos de maternidad y parto, como manifestación concreta del deber de corresponsabilidad parental y de la tutela efectiva de los derechos de la mujer y del hijo o hija.

En ese sentido, también el Tribunal de Familia, en la resolución 199-2012 de las trece horas, cincuenta y nueve minutos del cinco de marzo del dos mil doce ha señaló que:

*“Conforme al artículo 53 constitucional los padres tienen con sus hijos (as) habidos (as) fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él, sin posibilidad de distinción alguna. Dentro de tales derechos*

*se encuentra no sólo el de llevar los apellidos de su padre y de su madre, y ser inscrito (a) como tal en los registros respectivos; sino también el de disfrutar de las ventajas económicas que esa condición le depara. Dentro de estas últimas, la natural obligación de que su padre le brinde los alimentos necesarios para su sostenimiento e integral desarrollo, desde su nacimiento. Si el derecho de los hijos (as) a que sus padres velen por su alimentación y desarrollo inicia desde su nacimiento, no puede estimarse que la aplicación de las leyes que efectivizan esa obligación se realice en detrimento de ese derecho. Véase como el artículo 51 de la Carta Magna establece: “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”. Al respecto, el legislador le ha dado contenido a ese precepto constitucional, aplicando al efecto criterios de oportunidad. Así, antes de la promulgación de la Ley de Paternidad Responsable se había optado por el reembolso de los gastos de maternidad y alimentos del hijo (a) durante los tres meses que siguen al nacimiento; luego a partir de esa ley, se decidió por establecerlo “en los doce meses posteriores al nacimiento” (artículo 3). En consecuencia, **sobre la aplicación de una u otra norma no puede plantearse un tema de seguridad jurídica, pues todo ser humano es consciente de los riesgos y consecuencias que el acto sexual entraña.** La mujer, una vez que concibe lleva en su vientre al niño (a) durante el, período que dura el embarazo; da a luz y en mayor medida, a partir de entonces, suministra a su hijo (a) la protección y cuidados que requiere. **Esa situación especial de la madre, dispuesta por la naturaleza, no supone una inmunidad para el hombre, quien como copartícipe en la obra de la creación se encuentra llamado a asumir sus responsabilidades desde el instante mismo de la concepción,** sin que la ley pueda menoscabar la realidad, propiciando “jurídicamente” una desigualdad en cuanto a los deberes de los padres (madres vrs padres) respecto de los*

*hijos (as).”* (Lo resaltado es del original)<sup>9</sup>.

Finalmente, no reconocer a las mujeres sus gastos de maternidad y parto sería un recargo injustificado en la madre y, en consecuencia, una violación a lo dispuesto en el artículo 5.b y 16.1.d de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>10</sup>.

### **Conclusiones:**

1- La pensión alimentaria es un derecho fundamental y no una mera obligación patrimonial.

En el sistema jurídico costarricense e internacional, la pensión alimentaria constituye un mecanismo de tutela de la dignidad humana y del desarrollo integral de la persona menor de edad, superando la noción reducida de asistencia económica mínima. Su finalidad es garantizar condiciones de vida acordes con el entorno socioeconómico familiar y con el nivel de vida de los progenitores.

2- La protección de la persona menor de edad inicia desde la concepción y no exclusivamente con el nacimiento.

El bloque de constitucionalidad —integrado por la Constitución Política, los tratados internacionales y la legislación interna— reconoce la tutela del nasciturus como titular de expectativas de derechos, lo que implica que la obligación alimentaria y la responsabilidad económica de los progenitores se proyectan también a la etapa prenatal, incluyendo los gastos de embarazo y parto.

3- El progenitor está jurídicamente obligado a asumir los gastos de maternidad y parto como expresión de corresponsabilidad parental.

<sup>9</sup> En ese sentido, ver Tribunal de Familia, resolución 995-2023 de las nueve horas, siete minutos del veintidós de septiembre del dos mil veintitrés.

<sup>10</sup> En ese sentido, ver Tribunal de Familia, resolución 650-2023 de las quince horas del doce de julio del dos mil veintitrés.

La jurisprudencia constitucional y de familia ha establecido de forma clara que dichos gastos no constituyen una liberalidad ni una extensión excepcional del deber alimentario, sino una consecuencia directa del hecho de la paternidad. Limitar la obligación al período posterior al nacimiento implicaría desconocer el principio de igualdad sustantiva y el mandato constitucional de protección especial a la madre y al niño.

4- La fijación del quantum debe realizarse con perspectiva de género y derechos humanos.

La determinación de los montos no puede responder a un cálculo meramente aritmético, sino que debe incorporar el reconocimiento de las cargas biológicas, económicas y sociales que recaen diferenciadamente sobre la mujer gestante. La perspectiva de género constituye una exigencia jurídica derivada del bloque de constitucionalidad y de instrumentos internacionales como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, orientada a evitar decisiones formalmente neutrales, pero materialmente discriminatorias.

5- Los gastos derivados del embarazo constituyen hechos notorios que no requieren prueba estricta y su reconocimiento responde a criterios de equidad.

La doctrina procesal y la jurisprudencia nacional han reiterado que las necesidades propias de la gestación son circunstancias evidentes y previsibles, exentas de prueba específica. En consecuencia, el órgano jurisdiccional puede fijar los montos correspondientes con base en criterios prudenciales, lógica y experiencia, garantizando la efectividad real del derecho alimentario y la protección integral del menor y de la madre.

### **Bibliografía**

Código de Familia de Costa Rica (1974).

Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica (1998).

Constitución Política de Costa Rica (1949).

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) Declaración Universal de los Derechos Humanos (1978).  
Convención de Ginebra (1924).

Convención de los Derechos del Niño (1956).

Juzgado de Pensiones Alimentarias del II Circuito Judicial de San José, Goicoechea, sentencia de las catorce horas cuarenta y siete minutos del cinco de septiembre del dos mil veinticinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°06401 de las quince horas veinticinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil once.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°004-000574 de las nueve horas y treinta minutos del catorce de julio del dos mil cuatro.

Soto Castro, R. (2009). La autoridad parental a la luz del interés superior de menor de edad. Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia. Enero- junio, N°3, San José, Costa Rica.

Trejos, G. (2010). Derecho de Familia, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica. Págs. 466, 467-

Tribunal de Familia en la resolución N°00033 – 2022 de las catorce horas seis minutos del veinte de enero del dos mil veintidós.

Tribunal de Familia, resolución 650-2023 de las quince horas del doce de julio del dos mil veintitrés.

Tribunal de Familia, resolución 995-2023 de las nueve horas, siete minutos del veintidós de septiembre del dos mil veintitrés.

# COMENTARIOS A ALGUNOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA.

## (PARTE I)

### COMMENTS ON SOME PRINCIPLES OF THE FAMILY PROCEDURAL CODE.

#### (PART I)

## DR. ALBAN BONILLA SANDÍ

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Catedrático de la Universidad Nacional y Catedrático de la Escuela Libre de Derecho.
- 47 años de docencia universitaria (UNA-UCR-UELD) en los campos de la Filosofía de la Educación, Filosofía del Derecho, Realidad Nacional, Ética Profesional (en diferentes campos profesionales), Derecho de Familia y Teoría General del Derecho, entre otras.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNA, Presidente de la Comisión de Carrera Académica de la UNA, Presidente y Secretario Ejecutivo del Consejo de Facultades Humanísticas de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Director Ejecutivo de la Unidad de Rectores de Universidades Privadas de Costa Rica (UNIRE), Director Ejecutivo del Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias Privadas (SUPRICORI) y Coordinador de la Comisión de Ética del Consejo Superior Notarial.



# Comentarios a algunos principios del Código Procesal de Familia. (Parte I)

## COMMENTS ON SOME PRINCIPLES OF THE FAMILY PROCEDURAL CODE. (PART I)

### RESUMEN

El Código Procesal Civil trajo muchas novedades procesales, pero en uno de los campos en que más enriqueció al Derecho de Familia fue en el campo de los principios. Mientras el Código de Familia establecía 4 principios en su artículo 2 y en lo demás seguía dependiendo del Código Procesal Civil, el Código Procesal de Familia establece 15 principios propios del Derecho de Familia con lo cual la materia de Familia adquiere plena autonomía. Este artículo es la primera parte de un artículo que pretende explicar los alcances de los 15 principios del Código Procesal de Familia que entró en vigencia el 1° de octubre del año 2024. Se exponen los siguientes principios: Oralidad instrumental y contextualización, Celeridad y economía procesal, Tutela procesal de la realidad, Ausencia de contención, Abordaje integral, Abordaje interdisciplinario. Quedan pendientes para una segunda parte: Equidad y equilibrio familiar, interés superior del niño y del adolescente, protección integral, accesibilidad, intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible, inestimabilidad de las pretensiones y gratuidad o costo mínimo

### ABSTRACT

The Code of Civil Procedure introduced many procedural innovations, but one of the areas where it most enriched Family Law was in the realm of principles. While the Family

Code established four principles in its Article 2 and remained dependent on the Code of Civil Procedure in other respects, the Code of Family Procedure establishes 15 principles specific to Family Law, thereby granting the field of Family Law full autonomy. This article is the first part of a series that aims to explain the scope of the 15 principles of the Code of Family Procedure, which came into effect on October 1, 2024. The following principles are presented: Instrumental orality and contextualization, Procedural speed and economy, Procedural protection of reality, Absence of bias, Comprehensive approach, and Interdisciplinary approach. The following principles will be addressed in a second part: Equity and family balance, the best interests of the child and adolescent, comprehensive protection, accessibility, special and progressive interventions, flexible preclusion, the inestimability of claims, and free or minimal cost.

### PALABRAS CLAVE

Principio, Oralidad instrumental y contextualización, Celeridad y economía procesal, equilibrio, tutela procesal de la realidad, ausencia de contención, abordaje integral, abordaje interdisciplinario, equidad y equilibrio familiar, interés superior del niño y del adolescente, protección integral, accesibilidad, intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible, inestimabilidad de las pretensiones y gratuidad o costo mínimo.

## KEYWORDS

Principle, instrumental orality and contextualization, procedural speed and economy, balance, procedural protection of reality, absence of containment, comprehensive approach, interdisciplinary approach, equity and family balance, best interests of the child and adolescent, comprehensive protection, accessibility, special and progressive interventions, flexible preclusion, inestimability of the claims and free or minimal cost.

## SUMARIO

### A modo de proemio

#### I. Oralidad instrumental y contextualización

#### II. Celeridad y economía procesal

#### III. Tutela procesal de la realidad

#### IV. Ausencia de contención

#### V. Abordaje integral

#### VI. Abordaje interdisciplinario

#### VII. Conclusión

#### Bibliografía

### A modo de proemio.

La promulgación del nuevo **CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA** (en adelante CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA), vino a llenar un vacío en nuestra legislación. La materia de Familia constituyó un desprendimiento del Código Civil, que estuvo regulando dicha materia desde 1886 en el Capítulo de las Personas. En 1973 se promulgó el Código de Familia mediante la Ley 5476 del 21 de diciembre de 1973. Dicho Código únicamente contenía derecho sustantivo, de fondo, pues carecía de instrumento procesal propio. Y hasta nuestros días sigue siendo un Código fundamentalmente de fondo, salvo algunos artículos aislados como el 98 bis que regula la materia de procedimiento de investigación de paternidad. Dicho artículo, que versa sobre el procedimiento de filiación, se incorporó al Código de Familia a través de la Ley de Paternidad Responsable de marzo del 2001. Pero fuera de este artículo el resto del Código de Familia prácticamente es ayuno de

materia procesal.

En lo fundamental el procedimiento aplicado en los trámites de Familia se tomó de los diferentes Códigos Procesales Civiles, el último en aplicarse, antes de que entrara en vigencia el Código Procesal de Familia, fue el Código Procesal Civil, ya derogado, Ley 7130 que mediante el procedimiento de la ultraactividad se permitió que se siguiera aplicando exclusivamente a la materia de Familia, pues la materia civil se sigue regulando mediante el vigente Código Procesal Civil Ley 9342.

La aplicación supletoria del Código Procesal Civil tenía sus inconvenientes, el fundamental es que los principios de la materia de familia son diferentes a los principios del procesal civil. Cuando se promulgó el Código de Familia la separación del civil no fue solo editorial, fue conceptual. Cuando la materia de familia se desprende de la materia civil en 1973 se introducen principios que no existen en la materia civil, fundamentalmente recogidos en el artículo 2 del Código de Familia, pero también como eje transversal en el mismo Código de Familia, por ejemplo, la apreciación y tasación de la prueba en materia de Familia es diferente a como se hace en sede civil. La verdad civil es más formal, la verdad de familia se decanta por la tutela de la realidad por sobre la formalidad. Un mismo hecho puede tener diferentes interpretaciones dependiendo de la sede en que se analice. Así, por ejemplo: los ingresos de un obligado alimentario con la lógica civil están constituidos por su capital registrado (propiedades, derechos, etc.) y lo que diga el Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE) de la Caja Costarricense de Seguro Social; pero en sede de Familia sus ingresos están constituidos por el nivel de vida acostumbrado del obligado, que no siempre coinciden dichas verdades.

La lógica de la materia de Familia es otra. Esta lógica no solo implicó la adopción de nuevos principios sustantivos e instrumentales, sino también de estilo. El Código de

Familia abunda en conceptos jurídicos indeterminados, también llamadas cláusulas generales o normas cuadros, que son normas para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho, y cuya finalidad es que el código se vaya adaptando a los cambios de la realidad sin necesidad de intervención legislativa. Son normas cuyo contenido virtual debe determinar el juez: como “*buenas costumbres*”, “*orden público*”, “*buen padre de familia*”, “*interés de los menores*”, “*beneficio de los hijos*”, “*faltas y daños graves*”, “*mala conducta notoria de los padres*”, “*abuso del poder paterno*”, “*costumbres depravadas*”, “*trastornos graves de conducta*”, “*buen conducta*”. Son normas con contenido evolutivo. No es un poder arbitrario del juez, pues estas normas tienen control de casación (en temas de cosa juzgada material, y no en temas de cosa juzgada formal, pues como es bien sabido la cosa juzgada formal carece de casación). Por la formalidad de la materia civil dichos conceptos se usan menos. Y en el mismo sentido, el Código de Familia prácticamente carece de definiciones, son pocas.

Por eso es que se hizo necesaria la promulgación de un Código Procesal de Familia propio, que recogiera la experiencia jurisprudencial y los vientos ideológicos que han recorrido el tema, especialmente con la reconsideración del papel de la mujer y de la posición de los sectores vulnerables. Y sobre todo en atención de que tanto la doctrina como la jurisprudencia empezaron a evolucionar hacia nuevos principios procesales, nuevos desarrollos acordes con nuevas realidades. De hecho, los principios que incorpora el Código Procesal de Familia, directa o indirectamente, ya habían empezado a ponerse en práctica por vía jurisprudencial, pues cada día se hacía más evidente que la materia procesal civil, de aplicación supletoria en sede de familia, resultaba insuficiente y no siempre se adaptaba a las necesidades evolutivas, incluso, de los nuevos tipos de familia, y de la naturaleza misma de la familia que venían cambiando. Fue así como un grupo de jueces de Familia y de la Sala Segun-

da elaboraron un anteproyecto entre el 2006 y el 2014, que estuvo en proceso de trámite legislativo del 2015 al 2019. Tomaron la iniciativa de redactar un proyecto de ley procesal de familia que se adaptara a las nuevas necesidades de la materia, y terminar así de independizarse de la materia civil. Lástima que desde el principio no fue un trabajo conjunto jueces-litigantes, pues el código hubiera salido mejorado, ya que la visión de ambos lados de los estrados lo hubiera enriquecido. Fue hasta después que se les permitió a los litigantes intervenir, en sede legislativa.

Fue así como la Asamblea Legislativa aprobó el Código Procesal de Familia que fue Ley N° 9747 del 23 de octubre del 2019 y que entraría en vigencia el 1° de octubre del 2020, pero la *vacatio legis* a prorrogó, primerio hasta el 1° de octubre del 2022 y luego entró en vigor el 1° del 2024, después de que se le introdujeron algunas reformas al texto original aprobado en el 2019, desde entonces nos rige. Desde luego que ya ha generado jurisprudencia y seguirá generándola, pues su puesta en práctica demandará siempre ajustes, como sucede con todas las materias, pero más en el Derecho de Familia, rama que siempre evoluciona muy rápidamente.

Este Código, como era de esperarse, ha generado muchas horas de estudio, ajustes, actualizaciones, congresos, conferencias, debates, libros, artículos científicos, comentarios de prensa.

Uno de los primeros textos comprensivos sobre el Código fue el elaborado por el juez Diego Benavides Santos que publicó un CURSO DE DERECHO PROCESAL DE FAMILIA (2020), sobre la base del texto originalmente aprobado en el 2019, pues fue editado en el 2020 en dos volúmenes, por la Editorial Faro S.A. Es un análisis expositivo, no crítico de la nueva normativa, apegado a su texto y espíritu. Aunque con posterioridad al 2020 el Código fue objeto de algunas derogaciones y adiciones como la reforma del 23 de octubre del 2024 mediante ley N°10.558, lo cierto es que en materia de objetivos y principios el

Código se mantiene incólume.

Pero por supuesto que esta nueva normativa ha generado mucha más literatura.

Señala don Diego Benavides (2020) en su libro que este Código se propone alcanzar 6 objetivos y 15 principios, a saber: 6 OBJETIVOS del código: Mejorar los tiempos de respuesta (justicia de calidad), crear un SISTEMA procesal, instrumentalizar la oralidad, dotar al sistema de sujetos idóneos, (capacidad y sensibilización), integralidad, interdisciplinariedad e inter institucionalidad y finalmente, debido proceso.

15 PRINCIPIOS del Código: oralidad instrumental y contextualización, celeridad y economía procesal, equilibrio, tutela procesal de la realidad, ausencia de contención, abordaje integral, abordaje interdisciplinario, equidad y equilibrio familiar, interés superior del niño y del adolescente, protección integral, accesibilidad, intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible, inestimabilidad de las pretensiones y gratuidad o costo mínimo.

Estos principios venían desarrollándose de manera jurisprudencial, tanto en resoluciones de la Sala Constitucional, de la Sala Segunda y del Tribunal de Familia, así como la doctrina nacional y extranjera venían configurando estos principios y en muchos casos se notada la necesidad de dotarlos de legitimidad legislativa, pues cuando un principio se sustenta únicamente en la fuente jurisprudencial y doctrinaria, perfectamente puede cambiar cuando éstas cambien. En cambio, la ley tiene mayor permanencia.

Hemos escogido algunos de ellos para comentarlos en este artículo, en el entendido de que queda pendiente el resto del elenco. Concretamente comentaremos los principios de oralidad instrumental y contextualización, celeridad y economía procesal, equilibrio, tutela procesal de la realidad, ausencia de contención, equidad y equilibrio familiar, interés superior del niño y del adolescente,

protección integral, accesibilidad, intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible, inestimabilidad de las pretensiones y gratuidad o costo mínimo

## I. Oralidad instrumental y contextualización.

Este principio pretende, que hasta donde sea posible, la escritura es la excepción. Uno de los antiguos principios del Derecho de Familia, y sigue siéndolo, es el principio de informalidad, dentro de los límites en que esto es posible, y la oralidad apunta precisamente en esa dirección. La formalidad suele disfrazar los hechos tras los papeles. La oralidad los expone en vivo, pues al migrar hacia pasos procesales orales, el juez puede compenetrarse del **elán vital** (impulso vital), como diría el filósofo francés Henry Bergason (1850-1941), de los integrantes de la familia. Es prueba en vivo, es inmediatez, es el mecanismo de creación vital y espontáneo de la familia que se sobrepone al mecanismo frío del papel. Este principio, señala Ana Bertoldi (1999) *“postula el contacto directo y la comunicación personal del juez con las partes, participantes, órganos de prueba, y en su caso, miembros del equipo técnico auxiliar, como instrumento para llegar a interiorizarse acabadamente de los intereses en conflicto”*, y autores como Gabriela Salomone y Jorge Benavidez (2022) en su artículo EL ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA MÁS AMABLE señalan al respecto: *“El Principio de Inmediatez supone que todas las actuaciones procesales se realicen ante el Juez, de modo que éste tenga contacto directo con los sujetos del proceso y con la actividad probatoria.”*

Hay más probabilidades de acercarse a la justicia real mediante la oralidad, que, mediante otros instrumentos de prueba, que no se descartan, pero se incluyen sujetos a las probanzas in situ y con prevalencia del *tête à tête* (como se diría en francés) es decir, el cara a cara es insustituible, el careo. Precisamente por la importancia del instrumento oral es que se exige unidad del juez, es decir, que el que hace la audiencia sea el que dic-

te la sentencia para no perder las impresiones que le han dejado los intervinientes, sean o no partes, durante la audiencia. No es *sensu strictu* libre convicción, sino que el juez se empape del verdadero sentir del conflicto, por eso es apreciación de la prueba por la inmediatez sensible que es insustituible.

Por lo delicado del debate se protege la privacidad de la audiencia (artículo 121 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA), en respeto al derecho constitucional a la intimidad, por eso la audiencia no es pública y solo los intervinientes pueden participar, salvo que las partes permitan la participación de estudiantes de Derecho u otras personas no vinculadas al proceso, ya sea con fines académicos o como colaboradores del proceso.

Desde luego que el sistema al descansar en la oralidad se centra en la audiencia, y por eso en las audiencias solo se admiten gestiones verbales, conforme señala el artículo 118 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA incluida la revocatoria. Cualquier otra gestión escrita necesariamente debe ser anterior a la audiencia, salvo disposición expresa en contrario del juez.

### **Concentración:**

Como dijimos, quien comienza la audiencia debe terminarla. Práctica probatoria normalmente no se puede interrumpir, salvo merced a una circunstancia excepcional, en este caso por un máximo de 15 días hábiles (125 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA). La práctica probatoria debe realizarse en el Despacho, salvo que la tecnología o circunstancias exijan otro lugar (160 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA). Recibidas las pruebas y oídas las conclusiones, y resueltas excepciones previas, el juez debe dictar la sentencia oralmente, por lo menos su parte dispositiva.

Este principio de oralidad es inseparable del **principio de contextualización**, porque la nueva filosofía procesal busca adaptar el proceso a la realidad de la familia (una especie de resiliencia procesal familiar) y no al

revés, busca la solución del conflicto utilizando formas flexibles que el Código Procesal Civil, Ley N° 7130 que se aplicaba a la materia de familia antes del 1° de octubre del 2024, no tenía. Por definición la materia civil es formalista y la de familia informalista, y teníamos un Código de Familia informalista al que se le aplicaba un Código Procesal Civil formalista, lo cual constituía una contradicción procesal. Con el Código Procesal de Familia se compagina el fondo y la forma.

Ahora le corresponde al juez ver los toros desde el ruedo y no desde la barrera, es decir, debe involucrarse epistemológicamente en el entorno socioafectivo de la familia, y por eso oralidad y contextualización forman una unidad de principio. La oralidad también permite implementar otro principio, al que nos referiremos, que es la tutela de la realidad. La apreciación de este entorno le permite al juez jerarquizar las prioridades al colocar el aspecto humano por encima del patrimonial.

El Tribunal de Familia, Resolución N° 00578 – 2023 utilizó los alcances de la circular del Consejo Superior en circular número 85-2017 del 22 de mayo del 2017, ampliando lo que dispuso en sesión 32-2017, artículo LXXXIX, celebrada el 4 de abril del 2017, y explicó:

*“El Consejo Superior del Poder Judicial en sesión N° 32- 17 celebrada el 4 de abril del año en curso, artículo LXXXIX, dispuso comunicar a todas las autoridades judiciales que conocen procesos familiares, que los procesos contra la violencia doméstica, los procesos de filiación, los procesos de declaratoria judicial de abandono, los procesos de adopción y los procesos de protección de personas menores de edad están inspirados en el sistema procesal de la oralidad y, por consiguiente, al finalizar las respectivas audiencias, se debe anunciar la decisión oralmente y la sentencia integral se debe notificar a las partes dentro de los cinco días siguientes. Sólo en casos excepcionales y por razones debidamente fundamentadas, la decisión se puede diferir, siendo que, en todos los casos, la sentencia*

debe ser pronunciada por la persona juzgadora que celebró la audiencia oral y privada. Tal como se indicó en la Circular 54- 1999, publicada en el Boletín Judicial N° 184, del 22 de setiembre de 1999, al Consejo Superior no le corresponde autorizar a los Jueces o a las Juezas que inician una comparecencia oral a realizar la continuación ni a dictar la sentencia, pues **“se debe entender que desde el momento mismo en el que un profesional es nombrado en un puesto, está en capacidad de asistir a las continuaciones de los debates que se verifican con ocasión de ese nombramiento, sino también para el dictado de la sentencia y por ello se tendría por nombrado de pleno derecho a esos efectos,** aunque esté vencido el nombramiento.”” (la negrita no es del original).

**Ya el Tribunal de Familia, Resolución N° 00974 – 2017**, había anulado una sentencia, por incumplimiento del principio de unidad del acto que involucra el principio de oralidad (quien ha oído a los intervinientes es quien necesariamente debe dictar la sentencia, y si por alguna razón no puede (enfermedad, renuncia, destitución, traslado, etc.), la audiencia debe repetirse. Señaló el mencionado Tribunal:

*A mayor abundamiento es preciso citar el voto No 169-17 de las quince horas cuarenta y dos minutos del primero de marzo de dos mil diecisiete, en el cual el Tribunal dispuso, sobre los procesos basados en el procedimiento de la oralidad:*

*“ La sentencia debe anularse por la indiscutible lesión al principio de identidad física de la persona juzgadora, propio del sistema procesal de la oralidad, y por la lesión al derecho de defensa que se produjo al no haberse concedido a las partes la oportunidad de exponer sus conclusiones. En el primer aspecto, es necesario tener presente que los principios son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico que sirven para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas y tienen el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. (Art. 5 de la Ley Orgánica del Po-*

*der Judicial)*

*Los principios de concentración y continuidad de la audiencia, de inmediación y de identidad física de la persona juzgadora en los procesos que están basados en el sistema procesal de la oralidad son de extrema trascendencia. En el sistema procesal de la escritura estos principios no son indispensables, aunque no por ello se lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La decisión de elegir si un proceso se basa en el sistema de la oralidad o si se basa en el sistema de la escritura no depende del órgano judicial, sino que se trata de una decisión política que adopta el Legislativo, generalmente con aprobación del Ejecutivo, y que debe ser acatada por el Judicial, sin que ello implique una violación al principio de independencia judicial. Este último principio -que también es fundamental en un sistema democrático- se refiere a la libertad de criterio para resolver el FONDO de los asuntos, no a que cada Juez o cada Jueza escoja cuáles normas de carácter PROCESAL va a acatar. Evidentemente existe un margen de interpretación, pero ese margen debe estar basado en criterios de razonabilidad y de proporcionalidad, y no en criterios antojadizos y/o arbitrarios y menos aún en una razón o criterio desconocido e imposible de descubrir precisamente porque no se plasma.*

Es decir, el Consejo Superior del Poder Judicial establece que debe haber consistencia con el principio de unidad del juez, para lo que exige compromiso del juez con las audiencias y la respectiva sentencia que se derivan de las audiencias.

## **II. Celeridad y economía procesal**

La Constitución Política consagra el principio de justicia pronta y cumplida en su artículo 41 que literalmente dice:

*“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. **Debe hacerseles justicia***

**pronta, cumplida, sin denegación** y en estricta conformidad con las leyes”

Este principio significa que los procesos judiciales deben de ser céleres, eficaces, resolverse dentro de plazos razonables, evitando tácticas dilatorias (sancionándolas, pues tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>1</sup> en sus artículos 196 inciso 3 la Ley Orgánica del Poder Judicial como en Código Procesal Civil<sup>2</sup> en su artículo 5 inciso 4 reprimen las tácticas dilatorias, así como el 57 y 70 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho del Colegio de Abogados y Abogadas<sup>3</sup>) o plazos largos. La justicia tardía aumenta la injusticia. La justicia debe ser rápida, y cumplida, es decir eficaz, que las sentencias se cumplan, pues no basta con resolver el conflicto en la sentencia sino también en la realidad, lo que era controvertido ahora es definitivo (salvo en los casos de cosa juzgada formal de los que la materia de familia tiene varios). Para lograr estos propósitos deben evitarse los formalismos, aspecto que la legislación de familia, tanto sustantiva como adjetiva, evita al máximo. El Código Procesal de Familia, en un esfuerzo por la celeridad, y atendiendo el principio *indubio pro actione* contiene normas que tutelan la realidad procesal, por ejemplo, que, si es necesario anular una prueba o paso, eso no debe involucrar al resto del elenco procesal o probatorio.

El CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA en su artículo 5 establece plazos cortos y principios como economía procesal, impulso de oficio y celeridad procesal, tendientes a conseguir la justicia pronta y cumplida.

La Sala Constitucional ha tutelado el artícu-

1 Ley Orgánica del Poder Judicial [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635)

2 Código Procesal Civil [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC)

3 Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho del Colegio de Abogados y Abogada <https://www.abogados.or.cr/wp-content/uploads/2025/11/Codigo-de-Deberes-Juridicos.pdf>

lo 41 de la Constitución en reiterada jurisprudencia, así por ejemplo podemos leer el voto N° 19275 – 2020, que señala:

El artículo 41 de la Constitución Política estipula: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse con justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. En igual sentido, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José el 22 de noviembre de 1968, indica: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”. Por su parte el artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

De lo anterior se colige que para garantizar una tutela judicial efectiva las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla.

En el caso de la materia de familia el tema de la celeridad es aún más significativo, pues

aunque el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA declara urgentes algunas materias como las medidas autosatisfactivas, lo cierto es que en familia todo es urgente, una pensión no puede esperar pues las personas comen todos los días, un régimen de visitas o de relaciones intrafamiliares tampoco puede esperar pues los menores crecen y si se tarda hasta 5 años para resolverlo (como han existido casos) las relaciones paternofiliales se alteran irremediablemente, una violencia doméstica siempre es urgente, una adopción no puede esperar pues tratándose de un menor los años que dure se pierden tiempo en inserción familiar, y así sucesivamente.

El Tribunal de Familia. Resolución N° 00318 – 2017 ya había resuelto la importancia del principio de justicia pronta, y adelantándose al principio de integralidad que prescribe del CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA en materia de familia:

*“En efecto, el artículo 125 del Código Procesal Civil es muy claro en indicar que son acumulables los procesos cuando en las pretensiones haya identidad de elementos y cuando exista conexión, además de que la competencia y tramitación sean comunes. La doctrina ha dicho al respecto que **“... Se produce entonces la acumulación de procesos cuando se da la unión material de dos o más procesos que, en razón de la conexidad, no pueden ser tramitados por aparte, sin perjuicio de que se corra el riesgo de que se produzcan fallos contradictorios o que una vez dictado el fallo en uno, el cumplimiento en otro resulte imposible por los efectos que la cosa juzgada produce... Las razones de celeridad, economía, el de evitar eventualmente sentencias contradictorias, la multiplicidad de procesos, evitar menos litigios para el juez y entre las partes y reducir gastos de tiempo y dinero con una solución justa pero pronta de los procesos, justifican esta figura al igual que la acumulación de pretensiones...”** (Artavia Barrantes, Sergio. DERECHO PROCESAL CIVIL Tomo II, Editorial Jurídica Dupas, 2003 páginas 72 y 73).*

Tribunal de Familia, Resolución N° 00562 – 2019 había resuelto a favor del principio *indubio pro actione*, que habíamos mencionado, al indicar:

*“La jurisprudencia ha reconocido que, por razones de economía procesal, esa falta de convergencia entre validez (requisito formal) y eficacia (condición material) se resuelve a favor de esta última; o sea, del resultado procesal obtenido”.*

El Código Procesal de Familia establece tiempos ideales de 3 meses para la sentencia de primera instancia, de 2 meses para la apelación, de 2 meses para la Casación y de 6 semanas para la Restitución Internacional de menores. Pero el problema es que estos plazos son organizativos, es decir, no se le puede exigir al juez que resuelve antes del término del plazo y si adviene en plazo el juez no pierde la competencia. Es por esto que estos plazos pueden calificarse de ideales. Entonces la finalidad de la economía procesal se pierde, si el Poder Judicial no dedica los recursos necesarios para hacer cumplir estas metas.

El CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA le otorga al juez una serie de potestades para lograr el cometido de la celeridad por ejemplo en los artículos 13-14-15, 31 (incisos 5-6-14-15)-156-157.

### III. Tutela procesal de la realidad

A diferencia de la materia civil que prioriza la verdad formal, contenida documentalmente, el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA jerarquiza el elenco probatorio al darle prioridad a los hechos sobre los papeles. Es decir, perfectamente podemos estar en presencia de dos verdades diferentes en ambas sedes, pues el criterio que se estila para resolver no es a favor de la verdad registral, por ejemplo, sino de la verdad real. Esto no significa que la verdad registral en algún momento no tenga importancia, por ejemplo, en una distribución de bienes gananciales y, aun así, en este caso bien podría ejercerse la acción

pauliana para revertir un traspaso distractivo. Pero en el campo del derecho de familia podemos ver que los criterios varían. Así por ejemplo un deudor alimentario carece de bienes registrados y aparece en planilla de la Caja Costarricense de Seguro Social con un salario bajo, incluso por debajo del mínimo. Pero resulta que ese deudor toma sus vacaciones en Europa o en Orlando, utiliza una casa con piscina (que ni alquila ni está a su nombre) y utiliza carro de ₡50 millones que no está a su nombre sino de un hermano que a su vez tiene carro, y hace ostentación de todas estas comodidades alejadas de sus ingresos, este deudor no gana lo que dice la planilla de la Caja Costarricense de Seguro Social, gana lo que dice su estilo de vida probado.

Esa es en la práctica la tutela de la realidad, cuando las verdades materiales se superponen a las verdades formales. Es decir, con este principio el juez debe investigar cual es la situación real de la familia más allá de lo que la prueba documental pueda arrojar. Pues precisamente la parte fuerte del núcleo familiar es que tiene la posibilidad de disfrazar los hechos en perjuicio de la parte o partes vulnerables, que tanto tutela el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA. En este aspecto, esa es la razón que el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA facilita la participación de todo el núcleo familiar en el proceso familiar, incluyendo menores de edad, a los que incluso les otorga legitimación activa para accionar, bajo ciertas condiciones, atendiendo a su progresividad (grado de madurez e interés, por ejemplo).

Existen otras herramientas, que otorga del CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA, para lograr la tutela de la realidad como es la participación de equipos interdisciplinarios y multidisciplinarios como psicólogos, sociólogos, contadores, médicos, etc. que pueden hacer entrevistas, visitas in situ y diversos peritajes que alimenten las sentencias.

De lo que se trata es de que la sentencia sea un fiel reflejo, hasta donde sea posible,

del status familiar de modo que los conflictos se resuelvan integralmente y con base en hechos, más que en datos documentados. El documento no desaparece, se redimensiona, dejó de ser la prueba y ahora es prueba colaborativa y referencial.

El Tribunal de Familia, Resolución N° 00460 – 2024 caracteriza este principio de la siguiente manera:

*La tutela procesal de la realidad es la propensión al espaldarazo procesal de situaciones jurídicas espontáneas que han ajustado extraprocesalmente las partes o la misma realidad familiar, alejándose de lo dispuesto en la letra de una resolución que, por ende, resulta desfasada...*

Es decir, las sentencias deben adecuarse a la realidad (316 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA), y de una manera similar a la materia laboral, adquiere más importancia la realidad de los acuerdos en que se basa, sobre todo en materias como pensiones alimentarias, cuidado de familiares vulnerables, regímenes de interrelación familia y administración de bienes.

Este principio de tutela de la realidad adquiere relevancia, también cuando las sentencias se van a ejecutar. Si en la fase ejecutiva se detectan cambios de circunstancias lo procedente es la modificación de fallo, con la posibilidad de ordenar prueba de oficio. de conformidad con el principio de preclusión flexible, que esta Código desarrolla ampliamente. Sobre este tema conviene ampliar en el artículo de la Licenciada Ana Lorena Mendoza Carrera (2022) titulado COSA JUZGADA Y PRECLUSION FLEXIBLE publicado en la Revista Tribuna Libre a propósito del Código Procesal de Familia.

#### **IV. Ausencia de contención**

A los jueces les corresponde resolver conflictos, no crearlos, no profundizarlos. Las personas acuden a la vía judicial cuando no han podido encontrar vías de autocomposición

a sus problemas. La intervención de un tercero, el juez, es la vía de la heterocomposición. Incluso suele ser en la vía judicial, puesto que la otra heterocomposición que el sistema regula es el arbitraje, pero dado que está limitado a asuntos patrimoniales por disposición constitucional, no se usa en materia de familia, que, si bien puede tener componentes patrimoniales, existen otras vías como las capitulaciones matrimoniales o la renuncia a gananciales que permiten soluciones auto-compositivas. Entonces no se estila la salida arbitral. Además, los conflictos familiares no patrimoniales suelen ocupar un lugar preponderante en el circulante judicial de la materia. También existen centros de resolución alternativa de conflictos (RAC) como el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2025) ofrece métodos alternativos de solución de conflictos (RAC) como mediación, conciliación y arbitraje. Eventualmente podrían ventilarse ahí conflictos familiares cuando no se desea llegar a la vía judicial, excepto, como dije en el servicio de arbitraje. Desde luego que estos centros son justicia privada, confidencial, rápida, con estándares éticos garantizados y que tienen pleno respaldo legal en nuestro ordenamiento. Y adicionalmente permiten rebajar la morosidad judicial al disminuir el circulante judicial, lo que constituye un beneficio colateral.

Si bien es cierto este Código opera con el principio de suficiencia normativa, es decir, trata que la materia de familia se resuelva con la legislación de familia, hay otras normas que no son de materia de familia que seguirán aplicándose como la Ley N° 7727 de Resolución Alternativa de conflictos y Promoción de la Paz Social RAC (s.f.), precisamente dentro de esa lógica que no hay que elevar la contención y más bien promover la paz social.

En esta misma dirección, el Código Procesal de Familia privilegia las soluciones negociadas y deja como última instancia la solución contenciosa. Los que mejor conocen la situación en el seno de la familia es la propia

familia, y por eso la mejor solución es aquella en la cual participan sus miembros de manera negociada, lo cual significa por lo regular un proceso de concesiones recíprocas.

En este sentido los jueces deben conducirse en las audiencias utilizando lenguaje propositivo y no usando lenguaje adversarial que podría exacerbar el conflicto. Es deber del Juez fomentar diálogo constructivo. Igualmente, la cultura de la audiencia debe considerar la cultura y educación de las partes para escoger un lenguaje sencillo, evitando tecnicismos jurídicos que hagan ininteligible para las partes hacia dónde quiere el juez llevarlas. Normalmente las partes son legas en Derecho, por eso el juez debe adecuarse a su cultura. Hay que recordar que las relaciones de familia son relaciones pasionales y el juez debe tratarse de poner en los zapatos de la pareja para entenderlos y proponer soluciones al conflicto, tratando de no tener que llegar a la sentencia, sino a un acuerdo homologatorio. Si el acuerdo no es posible, la mínima aspiración del juez debe ser que el conflicto no suba de intensidad. Incluso si el juez se ve forzado, por la negativa de las partes de llegar a acuerdos, a dictar sentencia, la misma no debe promover la psicología de vencedores y vencidos que lo único que haría es prolongar el conflicto por otras vías.

Tribunal de Familia, Resolución N° 00503 – 2025 señaló lo siguiente:

*“III. [...] En esta situación **NO HAY CONTENCIÓN**, por lo que no resulta correcto identificar la gestión como un proceso resolutivo familiar; pero tampoco es pertinente que se OBLIGUE a las partes a cumplir con los requisitos establecidos para un proceso de esa naturaleza. Lo que procede, conforme al artículo 213 del Código Procesal de Familia, es que, al tratarse de una pretensión que no tiene una tramitación específica, la autoridad judicial la atienda según el trámite que ella considere que mejor se ajusta a la oportuna solución del conflicto, haciendo así efectivos los principios de accesibilidad, ausencia de contención y solución integral, que son con-*

siderados en el artículo 6 del cuerpo normativo recién indicado como principios propios del derecho procesal de familia. A este Tribunal no le corresponde indicar cuál es la vía procesal que se debe aplicar en este caso para lograr la oportuna solución del dilema que se presenta en este caso, pero sí puede decir, con toda contundencia, que existen varias posibilidades.”

Esta resolución lo que evidencia es la flexibilidad que posibilita el Código Procesal de Familia, pues según los principios de accesibilidad, ausencia de contención y solución integral el juez adecúa el proceso a la realidad. De todos modos, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5 ordena a los jueces que “Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento según la escala jerárquica de sus fuentes”. La sentencia de cita señala que el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA no ofrece una salida expresa y que hay que buscarla con base en principio de no contención y eso es lo que precisamente hace, ajustar el cuerpo normativo al caso, con base en los principios que ahora informan la materia de familia. Según la escala de fuentes, primero se aplica la norma escrita (Código de Familia y Código Procesal de Familia) y después la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho y en particular los principios propios del Derecho de Familia, y los generales cuando hay insuficiencia en Familia.

Los jueces de Familia, entonces, tiene a su haber un arsenal de principios para buscar la solución cuando la norma escrita es insuficiente. Así Juzgado de Familia Especializado en Apelaciones de Pensiones Alimentarias Resolución N° 00021 – 2025 estableció lo siguiente:

“IV. ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA: [...] En ese orden de ideas, es necesario tener presente que para la solución de situaciones

en el marco del derecho de familia y según el numeral 6 del Código Procesal de Familia, los conflictos deben abordarse teniendo como centro a la persona humana y conforme a los principios de: equilibrio entre las partes, tutela de la realidad, **ausencia de contención**, solución integral, abordaje interdisciplinario, búsqueda de equidad y equilibrio familiar, el mejor interés, protección integral, accesibilidad, igualdad procesal, participación e intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible e inestimabilidad de las pretensiones”

Exista o no contención, las soluciones en el marco de la materia de familia cuentan con un rico bagaje de herramientas a las cuales recurrir. Ahí es donde se desligan precisamente los principios rectores que el nuevo sistema implementó.

Situación diferente se presentó en este caso con presencia de contención, en el que el Tribunal de Familia, Resolución N° 00143 – 2014 estableció lo siguiente:

**CUARTO:** La señora [Nombre [Placa1]] presentó demanda ordinaria de liquidación anticipada de bienes gananciales contra su esposo, el señor [Nombre 003], quien fue notificado personalmente de este proceso (ver acta a folio 23), no contestó la demanda y fue declarado rebelde en resolución firme de las once horas doce minutos del dos de mayo del año dos mil trece (folio 25), además no se apersonó durante el proceso. Luego de la recepción de pruebas, se dictó sentencia estimatoria de la pretensión, resolviéndose sin condena en costas “no habiendo contención en el proceso” e invocando en apoyo a esa decisión el artículo 222 del Código Procesal Civil. La actora impugna la no condena en costas. El agravio es de recibo. Es cierto que el artículo 222 de citado código regula la facultad para que el juzgador pueda eximir al vencido del pago de las costas personales y aún de las procesales, estableciendo para ello varios supuestos, entre los cuales no se encuentra el alegado por el señor Juez A-quo: la ausencia de conten-

ción, por el contrario el ordinal 223 establece en qué casos no se puede estimar que hay buena fe: **“NO PODRÁ ESTIMARSE QUE HAY BUENA FE EN EL DEMANDADO REBELDE QUE HUBIERE SIDO CITADO EN PERSONA o en su casa, y que no se hubiere apersonado en primera instancia...”** (destacado suplido). Tal y como se ha expuesto precisamente en este caso el demandado fue notificado personalmente del emplazamiento, no contestó, fue declarado rebelde y no se apersonó durante la primera instancia por lo que su actuación no puede ser considerada como de buena fe y lo cierto del caso es que fue vencido porque la pretensión principal, la liquidación anticipada, fue declarada con lugar, en estas condiciones se impone la condena establecida en el ordinal 221 de supra citado cuerpo legal. En consecuencia, en lo apelado, se revoca la sentencia y se condena al demandado al pago de las costas procesales y personales.

En vista de la contención, que no se pudo evitar, se condenó al demandado en costas en virtud de la mala fe con que litigó. Hay así un castigo a la contención. Que el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA privilegia la ausencia de contención no supone, ni mucho menos, que los litigantes no sean contenciosos, esto es inevitable en ciertos casos donde la litigiosidad es intensa y pasional.

Sobre este punto de ausencia de contención hay que decir que hay una regla de oro: audiencia previa de conciliación (artículo 9 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA), excepto cuando hay situaciones desiguales de poder. (Cf. Artículos 9, 31-3, 51, 52-2, 55, 125, 193, 197, 223, 224, 225, 260, 273-2, 278-2, 280, 311, 321 y 327 CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA).

## V. Abordaje integral

Es importante destacar que la jurisprudencia ya venía pronunciándose sobre la necesidad del abordaje integral cuando se trata de resolver conflictos familiares, lo que significa la posibilidad de resolver en una sola sentencia

los conflictos que se discuten en diferentes sedes, sean judiciales o administrativas. Así, por ejemplo, tenemos la siguiente sentencia

Tribunal de Familia Materia Violencia Doméstica, Resolución N° 00016 - 2019

“Con el autor y colega Diego Benavides Santos, coincidimos en que tres de los principios fundamentales del proceso familiar son el principio del abordaje integral, el principio de solución efectiva y el principio de responsabilidad procesal. Este autor afirma que “el abordaje disgregado del conflicto se perfila como uno de los grandes talones de Aquiles del actual sistema judicial de familia. Es posible plantear un sinnúmero de juicios para hacerle la vida imposible al otro, y para guerrear. Se propone un proceso único, y un Juez con competencia ampliada para todo el conflicto”; luego pregunta: “¿Para qué un litigio si el problema no se resuelve efectivamente?”; y más adelante afirma con toda contundencia que “en el escenario del conflicto familiar deben desalentarse actitudes egoístas irresponsables”, a lo cual nosotros agregamos “tanto de las partes cuanto de los jueces.”

El autor y director de cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires Jorge L. Kielmanovich también explica que el proceso familiar debe estar inspirado en los principios de simplificación de los procedimientos y de la perpetuatio jurisdictionis, y con relación a este último explica: “el cual parte de la premisa de reconocer la conveniencia de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno a un mismo elemento o relación jurídica, que de otro modo podrían ser de competencia de otros tribunales.”-

Finalmente, la autora y actual Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia Eva Camacho Vargas también reconoce la trascendencia del principio del abordaje integral, complementando el concepto con la indicación de que no se debe “desaparecer las competencias especializadas en materia de pensiones alimentarias, niñez y adolescencia, violencia intrafamiliar”.

## VI. Abordaje interdisciplinario

El Código Procesal de Familia, dentro del marco de los principios que lo informan, se decanta por el triple abordaje (comúnmente conocido como las tres ÍES), que son INTEGRALIDAD, INTERINSTITUCIONALIDAD e INTERDISCIPLINARIEDAD:

El primer principio el de **INTEGRALIDAD** significa que las partes, en la demanda y en la contestación, deben informar al juez de los procesos administrativos y judiciales pendientes, con el propósito de que juez los pueda abordar en la audiencia y proponer una solución integral o dictar una sentencia integral con el propósito de que no se produzcan resoluciones contradictorias en diferentes despachos y de que la familia encuentre la paz en una sola resolución. Este propósito abona, además, a la economía procesal. Es un fuero de atracción que como regla tiene excepciones, pues no se pueden atraer los procesos de protección cautelar como Violencia Doméstica, y procesos especiales como divorcio por mutuo acuerdo, adoptabilidad y restitución Internacional de menores.

La **INTERINSTITUCIONALIDAD** es el principio de que el juzgado tiene la potestad de recurrir a diferentes instituciones para lograr coordinar acciones y recursos. Se trata de un abordaje conjunto y coordinado entre el Poder Judicial (juzgados de familia) y otras instituciones como Patronato Nacional de la Infancia (PANI), el Instituto de la Mujer (INAMU), Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor (CONAPAM), Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS), la Defensoría de los Habitantes, entre otros) para resolver conflictos familiares, especialmente en temas de personas vulnerables, niñez, violencia doméstica y pensiones. Su objetivo es superar la insuficiencia del enfoque legal que venía prevaleciendo hasta el 30 de setiembre del 2024, a efecto de garantizar una protección integral de los diferentes actores de la familia. Se trata de buscar apoyo en equipos interdisciplinarios de trabajo social y psicología adaptados a los di-

ferentes actores del proceso, especialmente a los vulnerables, como lo niños que a veces requieren regímenes de interrelación familiar supervisados, o de personas con algún tipo de discapacidad o adultos mayores, o bien de mujeres que demandan apoyos en diferentes áreas, y no solo en el área de violencia doméstica. Las familias no solo requieren sentencias y acuerdos, a veces requieren terapias que el Poder Judicial no puede ni tiene competencia para dar, y ahí es donde se pueden entablar alianzas con diferentes instituciones. Se trata de construir diferentes alianzas estratégicas para coordinar recursos humanos y de otra índole.

Y la triada de las **ÍES** la coronamos con la **INTERDISCIPLINARIEDAD**, dado que es el objeto de este parágrafo. En desarrollo de los dos principios anteriores, y dada la insuficiencia del abordaje puramente legalista, por suerte superado por el CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA, se trata de implementar e integrar en un solo proceso diferentes disciplinas para que se enfoquen en los diferentes aspectos que demanda una familia. Además del legal, por supuesto, propio de la función jurisdiccional clásica, se requieren a menudo otro tipo de aproximaciones como son el enfoque psicológico, sociológico, contable, médico forense, sociológico, etc. El juez no tiene las experticias que estas diferentes disciplinas le pueden dar.

El artículo 6 del Código Procesal de Familia estipula que:

*“Las normas contenidas en la presente ley tienen como centro a la persona humana y deben interpretarse conforme a los principios de equilibrio entre las partes, tutela de la realidad, ausencia de contención, **solución integral, abordaje interdisciplinario**, búsqueda de equidad y equilibrio familiar, el mejor interés, protección integral, accesibilidad, igualdad procesal, **participación e intervenciones especiales** y progresivas, preclusión flexible e inestimabilidad de las pretensiones”*

De esta forma se establecen los parámetros

que van a servir de guía para la implementación del Código Procesal de Familia. Este abordaje interdisciplinario se puede aplicar a los diferentes procesos según las circunstancias lo demanden. Resolver conflictos como divorcios, custodia o depósito de menores o de personas con discapacidad, o violencia doméstica, requieren algo más que una solución legal. Se trata de atraer equipos técnicos, ya sean recurso del propio Poder Judicial o aportes interinstitucionales, que coadyuven a la solución de los conflictos desde una óptica multifactorial. Estos equipos técnicos pueden asesorar al juez, ampliar su visión hacia aspectos fácticos, como los emocionales, sociales, económicos, sociológicos que el juez no puede valorar por su experticia. Se trata que la solución jurisdiccional tome en cuenta no solo la norma a aplicar, sino la complejidad humana en sus diferentes ángulos, considerando que todas las familias tienen diferentes necesidades y características, al igual que los diferentes miembros de un núcleo familiar tienen sus propias necesidades, pues los conflictos suelen ser multifactoriales, y en consecuencia la solución debe adecuarse a esta complejidad.

Gabriela Salomone y Jorge Benavidez (2022) en su artículo "EL ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA MÁS AMABLE", lo dicen de la siguiente manera:

*"...la faz interdisciplinaria de profesionales del derecho, de la medicina, de la psicología, del trabajo social, orientada a la victimología, debe abreviar en todas las universidades, de manera que en la formación profesional se conozcan los abordajes y enfoques de las otras disciplinas, que permitan en el futuro describir en su complejidad las cuestiones que un juez o un tribunal deberá tener en cuenta al momento de impartir justicia en un expediente judicial. Esto significará la construcción de la verdad jurídica más fiel a la verdad fáctica, lo que redundará en que cada parte del conflicto se llevará consigo el valor jurídico de justicia más cercano a su propia realidad de justicia (Op Cit página 70)*

Esto significa que tanto el Poder Judicial como las universidades, deben adecuarse a los nuevos procedimientos judiciales. Precisamente una de las razones por las cuales el Código Procesal de Familia duró 5 años en entrar en vigencia después de su aprobación era el alegato presupuestario del Poder Judicial que consideraba que no tenía los recursos para el abordaje interdisciplinario, pues implicaba la contratación de personal especializado.

Agregan los autores citados, hablado de la necesidad de que las universidades se adecuen a estas nuevas demandas:

*"...se hace hincapié en el potencial de la interdisciplinaria para la lectura de la complejidad de la situación y en la necesidad de apuntar a una formación que tome en cuenta esta perspectiva, desde los estudios de grado y posgrado, de todos los operadores que desde distintas disciplinas intervienen en los procesos judiciales" (Op. Cit. página 68)*

El Juzgado de Familia Especializado en Apelaciones de Pensiones Alimentarias, Resolución N° 01255 – 2024, consciente de las nuevas realidades procesales hace un inventario de lo que se debe tomar en cuenta al momento de los diferentes actos procesales, especialmente para ser tomados en cuenta al momento de las sentencias:

*No obstante lo anterior y a la luz de la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia (CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA), Ley No. 9747, el cual tiene por principios medulares el acceso a la justicia, el impulso procesal de oficio, la celeridad procesal, la buena fe, la economía procesal, el equilibrio procesal, el equilibrio entre las partes, la tutela de la realidad, la ausencia de contención, la solución integral, **el abordaje interdisciplinario**, la búsqueda de equidad y el equilibrio familiar, el mejor interés, **la protección integral**, la accesibilidad, la igualdad procesal, **la participación e intervenciones especiales** y progresivas, la preclusión flexible y la inestimabilidad de las pretensiones, todo ello teniendo como*

*tema medular que para este nuevo CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA la persona humana es el centro y es vital la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad (Art. 5-6) es que el suscrito considera importante de conformidad con la tutela judicial efectiva entrar a conocer de lo expuesto por el señor [Nombre 001] en el escrito de apelación y dejar resuelto el tema entre este padre y su hija.*

Todo apunta, entonces, en una sola dirección: ver los problemas de familia desde la diversidad de sus facetas.

Para ampliar en esta perspectiva se aconseja consultar los siguientes artículos del código Procesal de Familia: 32-1, 135, 189, 290, 300.

Hemos analizado en esta primera parte de este artículo 6 principios procesales del Código Procesal de Familia.

Quedan pendientes de análisis para una segunda parte, los siguientes principios: Equidad y equilibrio familiar, interés superior del niño y del adolescente, protección integral, accesibilidad, intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible, inestimabilidad de las pretensiones y gratuidad o costo mínimo.

## **Conclusión**

A modo de adelanto de las conclusiones diremos que el Código Procesal de Familia constituye un adelanto al dotar al Código de Familia un instrumento procesal propio del que carecía. Si bien es cierto el Código de Familia tenía 4 principios hermenéuticos en su artículo 2 a saber la unidad de la familia, el interés de los hijos, el interés de los menores y la igualdad de derechos de los cónyuges, estos principios resultaron suficientes en 1973 cuando se promulgó el Código de Familia pues resultaron un avance con respecto al Código Civil de donde salió la materia de familia. Pero 50 años después ha corrido mucha agua debajo del puente: mucha jurisprudencia, nuevas figuras doctrinales, avances en

diferentes a campos sobre todo impulsados por movimientos feministas, muchos congresos y publicaciones que fueron demostrando el carácter resiliente de la materia de familia, su dinamismo y evolución. Así como la familia ha evolucionado en sus diferentes formas, se han requerido nuevos principios y procedimientos para atender a las nuevas necesidades y a las nuevas figuras que no existían en 1973 como la unión de hecho, la ley de paternidad responsable con su prueba de ADN, la fecundación in vitro, el matrimonio igualitario, entre otros. El Código Procesal de Familia responde a esas nuevas realidades que seguramente continuarán modificándose. Y esto se reflejará en continuas modificaciones a toda la normativa que regula la familia costarricense.

## **Bibliografía:**

Asamblea Legislativa. Código Procesal Civil. Recuperado de [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa. Ley Orgánica del Poder Judicial (1937). Recuperado de [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635)

Asamblea Legislativa. Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC N° 7727. Recuperado de [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26393](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26393)

BENAVIDES SANTOS, D. (2020). CURSO DE DERECHO PROCESAL DE FAMILIA (2 tomos). Editorial Jurídica Faro. San José.

BERTOLDI, A. y otra. (1999). Régimen Procesal del Fuero de Familia, ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.

COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA.

(s.f.). Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho. Recuperado de: <https://www.abogados.or.cr/wp-content/uploads/2025/11/Codigo-de-Deberes-Juridicos.pdf>

Colegio de Abogados y Abogadas Costa Rica. (2025). El CAM del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica anuncia nueva normativa para modernizar sus procesos y reforzar la seguridad jurídica. Recuperado de <https://www.abogados.or.cr/el-cam-del-colegio-de-abogados-y-abogadas-de-costa-rica-anuncia-nueva-normativa-para-modernizar-sus-procesos-y-reforzar-la-seguridad-juridica/>

Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949). Recuperado de [https://pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)

Juzgado de Familia Especializado en Apelaciones de Pensiones Alimentarias Resolución N° 01255-2024. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1259090>

Juzgado de Familia Especializado en Apelaciones de Pensiones Alimentarias Resolución N° 00021-2025. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1278110>

Mendoza, A. (2022). Cosa juzgada y preclusión flexible. *Tribuna Libre*, (9), <https://revista.uescuelalibre.cr/index.php/tribunalibre/article/view/14>,

Sala Constitucional Resolución N° 19275-2020. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1005250>

Salomone, G. Z. y Benavídez, J. (2022). El abordaje interdisciplinario hacia un sistema de justicia más amable. XIV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXIX Jornadas de Investigación. XVIII Encuentro de Investigadores

en Psicología del MERCOSUR. IV Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. IV Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Tribunal de Familia Resolución N° 00143 -2014. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-697727>

Tribunal de Familia Resolución N° 00318-2017. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-906570>

Tribunal de Familia Resolución N° 00460-2024. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1228760>

Tribunal de Familia Resolución N° 00503-2025. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1291392>

Tribunal de Familia Resolución N° 00562-2019. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-932577>

Tribunal de Familia Resolución N° 00974 - 2017. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-729040>

Tribunal de Familia, Resolución N° 578 - 2023. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/search?q=se%20brinde%20la%20respuesta%20judicial%20adecuada%20a%20las%20personas%20usuaris%20>

# LA NECESIDAD DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR EN COSTA RICA.

## *THE NEED FOR PEER MEDIATION IN COSTA RICA.*

### **MARIANA GASPAR-HULBERT**

- Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho, está esperando la graduación formal como Licenciada en Derecho. Cuenta con formación especializada en mediación y resolución alterna de conflictos, incluyendo certificación en mediación escolar y participación en programas del Singapore International Mediation Centre. Se desempeña como asistente legal en una firma especializada en resolución de disputas, y ha colaborado en iniciativas académicas y prácticas orientadas a la promoción de la cultura de paz y el fortalecimiento del diálogo en el ámbito jurídico y educativo.



# La Necesidad de la Mediación Escolar en Costa Rica.

## THE NEED FOR PEER MEDIATION IN COSTA RICA.

### Resumen.

La creciente incidencia de la violencia y el acoso escolar en Costa Rica evidencia la necesidad de replantear los mecanismos tradicionales de gestión de conflictos dentro del sistema educativo. En este artículo se analiza la mediación escolar como una herramienta jurídica y pedagógica orientada a la promoción de una cultura de paz, el fortalecimiento del acceso a la justicia y la mejora de la convivencia escolar.

### Palabras clave.

Mediación escolar, cultura de paz, resolución de conflictos, Derecho educativo, convivencia escolar, valores.

### Abstract.

The increasing incidence of school violence and bullying in Costa Rica highlights the need to reconsider traditional conflict management mechanisms within the educational system. This article analyzes school mediation as a legal and pedagogical tool aimed at promoting a culture of peace, strengthening access to justice, and improving school coexistence.

### Keywords.

Peer mediation, culture of peace, conflict resolution, educational law, school climate, values.

### Contenido / Sumario.

I. Introducción

- II. Educación, Derechos Humanos y Cultura de Paz
- III. El Conflicto Escolar
- IV. La Mediación como Herramienta de Acceso a la Justicia
- V. La Realidad Costarricense
- VI. La Mediación Escolar
- VII. Programa de Mediación Escolar para Costa Rica
- VIII. Conclusión

### Tabla de abreviaturas

DINARAC	Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos
Ley RAC	Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley N.º 7727)
MEP	Ministerio de Educación Pública
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PISA	Programa para la Evaluación Internacional de los Estudiantes
RAC	Resolución Alternativa de Conflictos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

### I. Introducción

Costa Rica es el país latinoamericano con más casos de conflictos a nivel escolar y con más casos de acoso escolar, el 44% de los estudiantes en el último estudio de la OCDE se

han sentido acosados en algún momento<sup>1</sup>. Si se analizan los casos de violencia escolar a partir de las estadísticas educativas que proporciona el Ministerio de Educación Pública, se observa un incremento sostenido, con la excepción de 2020 y 2021, años en los que se presume un subregistro atribuible a la pandemia de COVID-19<sup>2</sup>. Adicionalmente, Costa Rica registra más de 800 casos de bullying al año<sup>3</sup>.

Ante esta realidad, resulta necesario analizar cuáles son las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico costarricense para abordar los conflictos escolares desde una perspectiva preventiva y pacífica dentro del marco de la cultura de paz.

El marco normativo costarricense ya reconoce esta necesidad. La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley N.º 7727) establece en su artículo primero que “toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz”<sup>4</sup>. y que el Consejo Superior de Educación “procurará incluir, en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares”<sup>5</sup>. Sin embargo, pese a este manda-

to legal, no existe a la fecha un programa nacional de mediación escolar obligatorio y estructurado.

Este artículo examina el fundamento jurídico y pedagógico de la mediación escolar en Costa Rica, explora la necesidad a nivel país y propone los elementos esenciales para un programa nacional de mediación escolar obligatorio. La tesis central es que institucionalizar la mediación escolar es socialmente urgente y pedagógicamente indispensable.

## II. Educación, Derechos Humanos y Cultura de Paz

La educación es un derecho humano fundamental, reconocido como pilar esencial para el desarrollo integral de las personas y la construcción de sociedades más justas y equitativas<sup>6</sup>. La UNESCO ha subrayado que “la promoción y defensa del derecho a la educación abre las puertas a otros derechos, mientras que negarlo lleva a su vez a negar otros Derechos Humanos”<sup>7</sup>. Esta interdependencia entre la educación y los demás derechos fundamentales resulta determinante para entender por qué la violencia escolar no es solo un problema disciplinario, sino una vulneración de derechos.

En el ámbito costarricense, el artículo 78 de la Constitución Política consagra la educación preescolar, general básica y diversificada como obligatorias y gratuitas<sup>8</sup>. La Ley Fundamental de Educación complementa este mandato al establecer, entre los fines de la educación nacional, la formación de ciudadanos “con profundo sentido de responsabilidad y de respeto a la dignidad humana” y la preparación para una democracia en que se armonicen los intereses individuales y

1 PISA 2022 Results (Volume II): Learning During - and from - Disruption (2023) (Vol. II). OCDE. <https://www.oecd.org/publications/pisa-2022-results-volume-ii-6f5f41e3-en.htm>

2 Parra, M. C. (2024, 9 septiembre). Costa Rica es el país con mayor porcentaje de casos de bullying reportados en el mundo, según estudio. Semanario Universidad. [https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-es-el-pais-con-mayor-porcentaje-de-casos-de-bullying-reportados-en-el-mundo-segun-estudio-internacional/#:~:text=Foto%3A%20Miriet%20C3%81brego\)-,Costa%20Rica%20es%20el%20pa%C3%A4Ds%20con%20mayor%20porcentaje%20de%20casos,el%20mundo%2C%20seg%C3%BAAn%20estudio%20internacional&text=De%20acuerdo%20con%20el%20estudio,seguido%20de%20Marruecos%20con%2037%25](https://semanariouniversidad.com/pais/costa-rica-es-el-pais-con-mayor-porcentaje-de-casos-de-bullying-reportados-en-el-mundo-segun-estudio-internacional/#:~:text=Foto%3A%20Miriet%20C3%81brego)-,Costa%20Rica%20es%20el%20pa%C3%A4Ds%20con%20mayor%20porcentaje%20de%20casos,el%20mundo%2C%20seg%C3%BAAn%20estudio%20internacional&text=De%20acuerdo%20con%20el%20estudio,seguido%20de%20Marruecos%20con%2037%25)

3 Orozco, F. (2025, 3 mayo). Costa Rica registra más de 800 casos de bullying al año. Repretel. <https://www.repretel.com/noticia/costa-rica-registra-mas-de-800-casos-de-bullying-al-ano/>

4 Artículo 1, Ley N.º 7727. Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC (2022). Sistema Costarricense de Información Jurídica. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_t\\_exto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26393](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_t_exto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26393)

5 Artículo 1, Ley N.º 7727. Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC (2022). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

6 Artículo 26, La Declaración Universal de los Derechos Humanos | Naciones Unidas (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

7 Página 4, La educación como derecho humano (2005). Marta Urrutxi, UNESCO Etxea y Eusko Jaurilaritza Gobierno Vasco (2005).

8 Artículo 78, Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

colectivos<sup>9</sup>. El Código de la Niñez y la Adolescencia, por su parte, garantiza a los menores el derecho a una educación orientada a sus potencialidades, que les inculque “el respeto por los derechos humanos (...) en un marco de paz y solidaridad”<sup>10</sup>. La Sala Constitucional ha reafirmado en la Resolución N.º 17008-2005 que el Estado tiene la obligación de proveer, garantizar y fomentar el proceso educativo bajo estos principios<sup>11</sup>.

Todos estos instrumentos apuntan en una misma dirección: en Costa Rica, la educación para la paz no es una aspiración opcional sino un deber constitucional y legal. El artículo 1 de la Ley RAC lo recoge con especial claridad al declarar que “la educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos” y al encargar al Consejo Superior de Educación la inclusión de la mediación como herramienta pedagógica en los programas oficiales.<sup>12</sup> Sin embargo, no existe actualmente un programa obligatorio en Costa Rica que englobe estos principios para promover una cultura de paz.

El concepto de cultura de paz, impulsado por la UNESCO y recogido en la Ley N.º 9288 que proclama la paz como derecho humano y a Costa Rica como país neutral<sup>13</sup>, trasciende la mera ausencia de conflicto. Como señaló el sociólogo Johan Galtung, la paz positiva implica la creación de condiciones estructurales, sociales y culturales que permitan la convivencia. La escuela es, precisamente, el escenario más idóneo para sembrar esas condiciones: es el espacio donde niños y adolescentes pasan la mayor parte de su tiempo, forman su identidad y aprenden a relacionarse con otros. Sin instrumentos pedagógicos concretos para gestionar el con-

flicto de manera constructiva, la educación para la paz queda solo como un mandato, sin materializarse en una obligación efectiva en la práctica educativa.

### III. El Conflicto Escolar

El Diccionario Usual del Poder Judicial de Costa Rica define el conflicto como la “circunstancia y contexto en el que existen intereses contrapuestos”<sup>14</sup>. Esta definición refleja la visión tradicional del conflicto como fenómeno negativo e indeseable. Sin embargo, la perspectiva moderna, y la que inspira los mecanismos de resolución alterna de conflictos, reconoce que el conflicto es inherente a las relaciones humanas y puede convertirse, cuando se gestiona adecuadamente, en un motor de transformación y aprendizaje.

En el ámbito educativo, esta reconceptualización del conflicto es especialmente relevante. El conflicto escolar se define como “una situación de desacuerdo, confrontación o disputa que ocurre dentro del contexto educativo, afectando a estudiantes, docentes, personal administrativo y, en ocasiones, también a los padres o tutores”<sup>15</sup>. Lejos de ser un fenómeno excepcional, el conflicto escolar es parte natural del proceso de socialización y de la construcción de identidad de los estudiantes. El problema no es su existencia, sino la falta de herramientas para abordarlo de forma constructiva.

El sociólogo Johan Galtung identificó tres dimensiones interrelacionadas de la violencia que resultan especialmente iluminadoras para el ámbito escolar: la violencia directa (agresiones físicas y verbales visibles, como el *bullying*), la violencia estructural (desigualdades sistémicas en el acceso a oportunidades) y la violencia cultural (actitudes y creencias que normalizan o legitiman la agresión, como los prejuicios y estereotipos).

9 Ley Fundamental de Educación. (1957). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

10 Código de la Niñez y la Adolescencia. (1998). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

11 Sala Constitucional, Resolución N.º 17008 – 2005. (2005). Nexus Poder Judicial.

12 Artículo 1, Ley N.º 7727. Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC (2022).

13 Proclamación de la Paz como derecho humano y de Costa Rica como país neutral, Ley N.º 9288. (2014, 21 noviembre). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

14 Definición de Conflicto. Diccionario Usual del Poder Judicial (2024).

15 Universidad Europea. (2024, 27 junio). Guía completa para la resolución de conflictos en el aula: fases y estrategias efectivas.

En los centros educativos, con frecuencia se atienden únicamente los síntomas visibles: la pelea, el insulto, el incidente; sin abordar los factores culturales y estructurales que los generan y reproducen<sup>16</sup>. La mediación escolar ofrece una herramienta integral que incide en las tres dimensiones.

Desde una perspectiva tipológica, los conflictos escolares pueden clasificarse en tres niveles de gravedad: los conflictos comunes (malentendidos, insultos leves, incumplimiento de normas), que son los más frecuentes y susceptibles de ser resueltos mediante mediación entre pares; las conductas disruptivas persistentes, que requieren intervención más especializada; y las conductas antisociales graves (*bullying* sistemático, ciberacoso, agresiones físicas recurrentes), que exigen protocolos formales de protección<sup>17</sup>.

#### **IV. La Mediación como Herramienta de Acceso a la Justicia**

La Ley RAC establece en su artículo segundo que “toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias”<sup>18</sup>. La mediación es el mecanismo más relevante para el contexto escolar por su carácter no adversarial, voluntario y orientado al restablecimiento de las relaciones. Se trata de un proceso en el que un tercero imparcial, el mediador, facilita la comunicación entre las partes para que encuentren, por sí mismas, una solución mutuamente satisfactoria<sup>19</sup>.

Los principios que rigen la mediación bajo la Ley RAC son: la voluntariedad (las partes participan libremente), la confidencialidad (lo tratado en el proceso es reservado), la im-

parcialidad y neutralidad del mediador (no favorece a ninguna parte ni emite juicios), la autonomía de la voluntad (son las partes quienes construyen el acuerdo) y la igualdad (ambas tienen las mismas oportunidades de expresarse). Estos principios son plenamente compatibles con el entorno escolar y constituyen, al mismo tiempo, valores que el propio proceso de mediación contribuye a enseñar y ejercitar.

La mediación escolar, según la definición de María Milagros González, “se concibe como una herramienta que contribuye a prevenir la escalada hacia situaciones de violencia y, al mismo tiempo, constituye una oportunidad para formar a los jóvenes para la vida en democracia, la paz y los derechos humanos”<sup>20</sup>. Esta doble dimensión: resolver el conflicto inmediato y formar en valores, es lo que distingue a la mediación escolar de otros mecanismos disciplinarios.

El Dr. Miguel Ángel Clare González-Revilla identifica los elementos constitutivos de la mediación escolar como: la comunicación asertiva, la empatía, la tolerancia, la convivencia y la cultura de paz<sup>21</sup>. Estos no son solo componentes del proceso, sino habilidades socioemocionales que los estudiantes desarrollan mediante su participación en el programa de mediación escolar. En este sentido, la mediación escolar es pedagógica en su esencia: no solo gestiona el conflicto, sino que enseña a las personas a relacionarse de otra manera.

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, la mediación escolar constituye, además, una forma de democratizar la resolución de disputas. El artículo 41 de la Constitución Política garantiza a toda persona el derecho a una “justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las le-

16 Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*.

17 Mediación Escolar. (s. f.). Ejemplos de conflictos escolares: tipología y estrategias de resolución. <https://mediacionescolar.org/ejemplos-conflictos-escolares/>

18 Ley N° 7727, Artículo 2, Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC (2022).

19 Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC). (s. f.). RAC Mi filosofía de vida. Ministerio de Justicia y Paz, páginas 43-44.

20 María Milagros González, citado en Clare González-Revilla, M. Á. (2016). Educando para la paz: Una introducción a la mediación escolar en Panamá con ejercicios prácticos. Panamá.

21 Clare González-Revilla, M. Á. (2016). Educando para la paz: Una introducción a la mediación escolar en Panamá con ejercicios prácticos, p. 83-98. Panamá.

yes”<sup>22</sup>. Los mecanismos de resolución alterna de conflictos, incluida la mediación escolar, materializan este derecho en el cotidiano de la vida escolar, poniéndolo al alcance de niños y adolescentes que de otro modo quedarían sin acceso a ningún proceso equitativo de resolución de sus disputas.

## V. La Realidad Costarricense

La violencia a nivel país ha incrementado en los últimos años, especialmente en el entorno educativo. Muchas instituciones educativas no gestionan los conflictos internos lo que resulta en una judicialización de conflictos escolares. Saturando de esta forma el sistema judicial costarricense con problemas que podrían resolverse mediante mecanismos alternativos.

Costa Rica no ha permanecido inactiva frente a la problemática de la violencia escolar. Entre las iniciativas más relevantes destaca la creación, en 2006, de la Comisión Nacional para la Prevención de la Violencia y Promoción de la Paz Social<sup>23</sup>, que coordina políticas interinstitucionales de prevención. En 2011, el MEP instauró mediante Decreto N.º 36779-MEP el Programa Nacional de Convivencia (Programa CONVIVIR)<sup>24</sup>, que promueve las habilidades socioemocionales y los valores en los centros educativos. Ese mismo año, en colaboración con el Ministerio de Justicia y Paz, se diseñó el taller “Dialoguemos en el Cole”<sup>25</sup>, un programa de resolución alterna de conflictos para estudiantes de secundaria. En 2014, el Decreto Ejecutivo N.º 38170-MEP reconoció formalmente la mediación como herramienta válida para la convivencia pacífica y sugirió su integración en los reglamentos internos escolares<sup>26</sup>. Más reciente-

mente, en el 2018, el Viceministerio de Paz, el MEP y UNICEF publicaron la guía “Cole sin Bullying”<sup>27</sup>, con protocolos específicos de actuación ante situaciones de acoso escolar.

Estos esfuerzos son valiosos y demuestran voluntad institucional. Sin embargo, presentan limitaciones estructurales que impiden alcanzar el impacto requerido. En primer lugar, ninguno de ellos constituye un programa obligatorio, tampoco una obligación de incorporar la resolución alterna de conflictos en la malla curricular y tampoco explican cómo llevar a cabo una mediación escolar. Además, estos programas no son implementados de forma equitativa a nivel país, lo que causa una desigualdad y una dispersión de las iniciativas.

## VI. La Mediación Escolar

Como parte de mi tesis de licenciatura en Derecho se realizó un análisis de Derecho comparado de países como Chile, Colombia, Ecuador, España, Estados Unidos, Panamá y Uruguay. La idea central fue analizar, comparar y ver la adaptabilidad de los diversos programas, iniciativas y leyes para diseñar un programa de mediación escolar para Costa Rica.

Dentro de las lecciones de este análisis se evidenció la necesidad de un respaldo legal expreso que haga obligatoria la implementación del programa de mediación escolar. Continuamente, se destacó la importancia de la formación continua de mediadores y la relevancia de crear sistemas de seguimiento y evaluación que permitan medir el impacto y mejorar el programa de forma continua. Además, se ve la necesidad de un marco institucional sólido dentro de cada centro, dado que los esfuerzos individuales sin apoyo organizacional tienden a no prosperar.

Dentro de esos programas de mediación escolar el que considero que se alinea mejor

22 Artículo 41, Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949).

23 Crea Comisión Nacional para la Prevención de la Violencia y Promoción de la Paz Social Decreto Ejecutivo N.º 33149. (2006).

24 Decreto N.º 36779-MEP. Crea el Programa Nacional de Convivencia en Centros Educativos. (2011). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

25 Ministerio de Educación Pública. (2016). Dialoguemos en el cole. Manual del Facilitador (1.º ed.).

26 Decreto Ejecutivo N.º 38170-MEP (2014). Ministerio de Educación Pública.

27 Viceministerio de Paz, MEP y UNICEF. (2018). Cole sin bullying: Nuestro lugar de convivencia y cultura de paz. Guía de facilitación pedagógica.

con el contexto costarricense es el modelo español desarrollado por autores como Juan Carlos Torrego<sup>28</sup> y Jorge de Prada<sup>29</sup>.

España ofrece uno de los marcos normativos más consolidados en la materia. La Ley Orgánica 2/2006 de Educación establece en su artículo 1 la educación para la prevención de conflictos y su resolución pacífica como uno de los principios fundamentales del sistema educativo, y en el artículo 132 encarga expresamente al director de cada centro "garantizar la mediación en la resolución de los conflictos"<sup>30</sup>. El programa desarrollado por Juan Carlos Torrego en 24 centros de la Comunidad de Madrid entre 1998 y 2002, basado en un "modelo integrado de resolución de conflictos", demostró en una evaluación rigurosa que el 71% de los centros lo valoró como eficaz para el tratamiento de conflictos y que su implementación reduce los expedientes disciplinarios y mejora la percepción del clima escolar<sup>31</sup>. El estudio también identificó desafíos como la alta rotación docente y la desigual implicación de los equipos directivos, que resultan útiles para anticipar posibles obstáculos en el contexto costarricense.

El modelo español se caracteriza por su enfoque integral, en el cual la mediación no se concibe como una intervención aislada, sino como parte de un sistema de convivencia escolar estructurado. Se basa en la creación de equipos de mediación dentro de los centros educativos, integrados por estudiantes, docentes y personal administrativo, debidamente capacitados.

Uno de sus elementos centrales es la mediación entre pares, que promueve la participa-

ción activa de los estudiantes en la gestión de sus propios conflictos, fortaleciendo su autonomía y responsabilidad. Asimismo, el modelo incorpora la formación en habilidades socioemocionales como parte del currículo educativo.

El proceso de mediación se estructura en fases claramente definidas, el profesor Jorge de Prada, en su curso de mediación escolar nos enseña las fases de mediación escolar basadas principalmente en el modelo transformativo con elementos del lineal y circular. Las fases se derivan de los autores Jean Paul Lederach y Juan Carlos Torrego, las cuales son: premediación, entrada, cuéntame, situar el conflicto, vías de solución y el acuerdo. Esta sistematización permite garantizar la calidad del proceso y su replicabilidad. Una fase que agregaría al modelo español actual es la fase de seguimiento, con esto podemos ver que efectivamente se resolvió el conflicto.

La adopción de este modelo en Costa Rica permitiría superar la fragmentación actual y avanzar hacia la institucionalización de la mediación escolar como una política pública integral. Su implementación debe articularse con la educación en valores, de manera que ambos componentes se refuercen mutuamente porque la falta de valores (en especial del respeto y la inclusión) llevan a mayores conflictos en el entorno escolar.

## VII. Programa de Mediación Escolar para Costa Rica

La recomendación, y mi mayor deseo, es que en Costa Rica tengamos un programa de mediación escolar obligatorio para las instituciones educativas. El programa debe fundamentarse explícitamente en la Constitución Política (artículos 41 y 78), la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos (artículo 1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 26) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 28 y 29). Sus principios rectores deben recoger los establecidos en la Ley RAC: voluntariedad, con-

28 Torrego, J. C. (2005). Mediación de conflictos en instituciones educativas: Manual para la formación de mediadores. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=325116>

29 Jorge De Prada (2024). Guion para una Mediación Escolar. <https://mediacionescolar.org>

30 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España.

31 Torrego Seijo, J. C. y Galán González, A. (2008). Investigación evaluativa sobre el programa de mediación de conflictos en centros escolares. *Revista de Educación*, 347.

fidencialidad, imparcialidad, neutralidad, autonomía de la voluntad, igualdad y deber de información, complementados con los valores propios del contexto escolar: respeto, inclusión, empatía, responsabilidad y cultura de paz.

Cada institución educativa, pública o privada, deberá conformar un Comité de Convivencia Escolar y Mediación integrado por representantes del equipo directivo, docentes capacitados y un encargado de convivencia escolar. Este comité tendría la responsabilidad de coordinar, implementar, supervisar y evaluar el programa, garantizando su continuidad más allá de cambios de personal.

David W. Johnson y Roger T. Johnson, pioneros de la educación para la paz, subrayan que “la resolución constructiva del conflicto requiere que los participantes reconozcan que su relación a largo plazo es más importante que el resultado de cualquier conflicto a corto plazo”, y que el primer paso es crear un entorno cooperativo en el aula<sup>32</sup>. Sobre esta base, el programa debería incluir módulos curriculares obligatorios para todos los estudiantes, no solo para quienes se capacitan como mediadores, que aborden la naturaleza del conflicto, técnicas de negociación, comunicación asertiva y el proceso de mediación. Se recomiendan un mínimo de 20 horas iniciales de formación, complementadas con talleres de seguimiento a lo largo del año lectivo. La formación de mediadores estudiantiles debe incluir prácticas supervisadas mediante simulaciones de casos reales, esa es la mejor forma de aprender cómo mediar y ayuda al desarrollo de habilidades blandas que van a ser de mucha utilidad cuando se esté en una mediación real.

El programa debe contemplar indicadores de evaluación concretos: número de conflictos atendidos, porcentaje de acuerdos logrados, encuestas de satisfacción a estudiantes, docentes y familias, y evaluación semestral y

anual del programa. Sin mecanismos robustos de monitoreo, es imposible demostrar el impacto del programa ni introducir mejoras.

Para garantizar la obligatoriedad, equidad y sostenibilidad del programa, se recomienda promulgar una Ley de Mediación Escolar que establezca: su ámbito de aplicación en todos los centros públicos y privados del país tanto en primaria como en secundaria; la composición y funciones del Comité de Convivencia Escolar y Mediación en cada institución; los contenidos mínimos de formación; los principios rectores del proceso; las obligaciones de seguimiento y evaluación; y el financiamiento con cargo al presupuesto ordinario del MEP. Esta ley completaría el mandato del artículo 1 de la Ley RAC y colmaría el vacío normativo actualmente existente.

## VIII. Conclusión

El 44% de los estudiantes costarricenses que reportan haber sido víctimas de acoso escolar y haber estado involucrados en situaciones de conflicto no constituye una estadística abstracta: representa decenas de miles de niños y adolescentes cuya dignidad, derecho a la educación y desarrollo integral están siendo vulnerados cada día en las aulas. El marco normativo costarricense, desde la Constitución Política hasta la Ley RAC, pasando por la Convención sobre los Derechos del Niño, ya contiene el mandato de actuar. El desafío no es crear nuevas normas, sino cumplir las que existen.

La mediación escolar se configura como la herramienta jurídica y pedagógica más adecuada para responder a este desafío. No es simplemente un mecanismo para resolver disputas: es un proceso formativo que enseña a las personas a dialogar, a escuchar, a reconocer al otro y a construir acuerdos. En ese sentido, es educación para la paz en su expresión más concreta y cotidiana.

Las experiencias internacionales demuestran que es posible implementar programas de

32 Johnson, D. W. y Johnson, R. T. (2005). *Teaching Students To Be Peacemakers* (4.ª ed.). Interaction Book Company.

mediación escolar efectivos, que reducen la violencia, mejoran el clima escolar y forman ciudadanos más capaces de convivir en democracia. Costa Rica cuenta con la tradición jurídica en resolución alterna de conflictos, con instituciones comprometidas y con un mandato legal expreso. Lo que falta es la decisión política de convertir ese mandato en realidad.

La mediación escolar es un elemento esencial para el bienestar en los centros educativos, en la medida en que articula mecanismos eficaces para la gestión pacífica de los conflictos y contribuye a la construcción de una convivencia basada en el respeto y el diálogo. En este sentido, resulta imperativo que la educación para la paz sea reconocida como un principio fundamental del sistema educativo costarricense, no solo desde una perspectiva declarativa, sino también operativa. La educación para la paz implica, de manera integral, la prevención de conflictos, su resolución pacífica y la formación en valores tales como la igualdad, la tolerancia y el respeto. Bajo esta lógica, educar en valores no constituye un elemento accesorio, sino una condición necesaria para prevenir y gestionar adecuadamente los conflictos, consolidando así un modelo educativo orientado a la cultura de paz y al desarrollo integral de la persona.

En conclusión, resulta necesario adoptar medidas estructurales que permitan institucionalizar la mediación escolar dentro del sistema educativo costarricense. En primer lugar, la educación en valores debe incorporarse como un eje transversal en los planes de estudio de la educación primaria, secundaria y universitaria, orientado a la formación integral de la persona. En segundo lugar, debe establecerse un programa nacional de mediación escolar de carácter obligatorio en las instituciones educativas públicas y privadas, que permita a los estudiantes acceder, de manera voluntaria, a procedimientos de mediación para la resolución de sus conflictos.

Este artículo propone que esa decisión adopte la forma de una Ley de Mediación Escolar que establezca un programa nacional obligatorio, estructurado y evaluable, con formación continua, comités institucionales de convivencia y seguimiento riguroso. No puede haber educación sin paz, ni paz sin educación. La mediación escolar es el puente que une ambos imperativos, su implementación no solo responde a una necesidad social evidente, sino que constituye una obligación jurídica para el Estado costarricense.

## **Bibliografía**

Clare González-Revilla, M. Á. (2016). *Educando para la paz: Una introducción a la mediación escolar en Panamá con ejercicios prácticos*. Panamá.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (1998). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Crea Comisión Nacional para la Prevención de la Violencia y Promoción de la Paz Social Decreto Ejecutivo N.º 33149. (2006).

Decreto Ejecutivo N.º 38170-MEP (2014). Ministerio de Educación Pública.

Decreto N.º 36779-MEP. Crea el Programa Nacional de Convivencia en Centros Educativos. (2011). Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Definición de Conflicto. Diccionario Usual del Poder Judicial (2024).

Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos (DINARAC). (s. f.). *RAC Mi filosofía de vida*. Ministerio de Justicia y Paz.

Galtung, J. (1969). *Violence, Peace, and Peace Research*. Journal of Peace Research. Gaspar Hulbert, M. (2026). *La mediación es-*



cia y cultura de paz. Guía de facilitación pedagógica.

**PARTICULARIDADES DE LA TEORÍA DE LA  
CIUDADANÍA DE MICHAEL PAWLIK.**  
*PECULIARITIES OF MICHAEL PAWLIK'S THEORY  
OF CITIZENSHIP.*

**M.SC. LUIS ALONSO ROJAS RISHOR**

- Licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica.
- Máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de Las Américas.
- Doctorando en Derecho Penal en la Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - Juez de Juicio en el Tribunal Penal de Puntarenas, Costa Rica.

5

# PARTICULARIDADES DE LA TEORÍA DE LA CIUDADANÍA DE MICHAEL PAWLIK.

## PECULIARITIES OF MICHAEL PAWLIK'S THEORY OF CITIZENSHIP.

### Resumen.

La presente investigación es un análisis sobre la teoría de la ciudadanía y el Estado de Libertades desarrollado por Michael Pawlik. La investigación se centra en establecer conceptos generales sobre el desarrollo de la teoría del autor y sus principales características.

### Abstract.

This research is an analysis of Michael Pawlik's theory of citizenship and the State of Freedoms. The research focuses on establishing general concepts regarding the development of the author's theory and its main characteristics.

### Palabras clave.

Libertad, estado de libertades, competencias, incumbencias, injusto penal del ciudadano.

### Keywords.

Freedom, state of freedoms, competencies, responsibilities, criminal injustice of the citizen.

### Sumario.

- I. Planteamiento inicial.
- II. Concepto del Estado de Libertades.
- III. Mapa Conceptual del Estado de Libertades.
- IV. El deber ciudadano de cooperación.
- V. La lesión al deber ciudadano de cooperación.
- VI. Implicaciones prácticas del Estado de Li-

bertades y del deber de cooperación.  
VII. Conclusiones.

### I. Planteamiento Inicial

El presente trabajo, pretende recoger algunos aspectos generales sobre el desarrollo de la teoría del deber ciudadano de cooperación y el Estado de Libertades desarrollado por Michael Pawlik. La investigación se centró en establecer conceptos generales sobre el desarrollo de la teoría del Estado de Libertades del autor, como la libertad y la noción de Estado de Libertades.

Posteriormente se explican los presupuestos generales de la teoría del Estado de Libertades de forma tal que podríamos dividirlo en un presupuesto a. **antropológico** o del ser humano, que establece como fundamento que el individuo es libre y capaz de autodeterminación, b. **Normativo**, que establece que las normas permiten la libertad recíproca, c. **Social**, que establece que la sociedad es una empresa común que exige un deber de cooperación, d. **Jurídico** que establece que el Derecho penal protege las condiciones de esa libertad y e. Sobre la **función de la pena**, que establece restablecer la cooperación y reafirmar la norma.

Finalmente se pretende formular una respuesta a la pregunta de ¿cuándo nos encontramos en presencia de una *lesión al deber ciudadano de cooperación?*, lo cual se divide en cinco presupuestos 1. Su ubicación sistémica y axiológica, 2. Los límites de lo imputable, 3. La evitabilidad como concepto general del comportamiento imputable contrario a la competencia, 4. La medida de la

contrariedad al deber y 5. La normativización del dolo, y una posición sobre este tema del autor sobre la posibilidad de aplicarla en el ordenamiento jurídico costarricense.

## II. Conceptos básicos del Estado de Libertades

En este apartado se pretende verificar algunas definiciones sobre la teoría del estado de libertades desarrollado por Michael Pawlik, para ello debo iniciar estableciendo que esta concepción es la base del desarrollo doctrinario del autor, porque a partir de ello intenta explicar el Derecho penal, la autorresponsabilidad, el rol del ciudadano, el delito y a la función de la pena, desde una óptica que dista de las teorías modernamente aceptadas en distintos ordenamientos jurídicos penales alrededor del mundo, como lo son la postura sicologista del finalismo, del concepto de persona y Estado del funcionalismo radical de Günter Jakobs y por completo del teoría del riesgo y de la postura del bien jurídico del funcionalismo de Claus Roxin, para centrar su fundamento en la Libertad.

En los apartados posteriores se ahondará sobre sus componentes, pero de forma introductoria podríamos conceptualizarlo como un modelo normativo que concibe al Estado como la organización jurídica cuya misión es asegurar condiciones iguales de libertad para todas las personas, entendida la libertad no como una simple ausencia de coacción, sino como la posibilidad real de autodeterminarse dentro de un marco jurídico que garantice simultáneamente la libertad de los demás.

Al respecto dice M. Pawlik que: *“El Estado de libertades no es un Estado mínimo, sino un Estado que garantiza a cada individuo la posibilidad de ejercer su libertad sin que sea anulada por la conducta de otros”* (Pág. 55)<sup>1</sup> es decir, en el pensamiento de este autor, el Estado debe garantizar un ámbito de liber-

tad que debe permitirle guiar su vida con respecto a sus propios deseos, este espectro de libertad lleva al ciudadano a un deber de cooperación para ante la sociedad, con el fin de mantener un orden social y así gozar de una libertad real, este principio de cooperación es el estamento que sostiene el principio de imputación penal.

Dentro del esquema, se plantea que no es cualquier norma la que debe ser respetada en pro del deber de cooperación, sino solo las que garantizan la libertad, por ello no se trata un compromiso con el *status quo*, sino que con el marco legal que protege la relación entre el ejercicio de la libertad y el quebranto de la misma, el compromiso no es con la organización, con el régimen o el estado, sino con un *status libertatis*, al respecto el autor indica: *“La idea fundamental del planteamiento de este trabajo es de gran simplicidad: al autor le concierne una responsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades (freiheitlich) en el cual vive. En la pena se le sujeta a esta co-responsabilidad, confirmando a su costa la reciprocidad entre cumplimiento del deber de cooperación y disfrute de la libertad. El Derecho penal legítimo es, por definición, Derecho penal del ciudadano; no hay otro.”* (Pág.58)<sup>2</sup>. Así las cosas, podemos establecer a forma de conclusión preliminar, que el concepto de Estado de Libertades, puede ser definido como una propuesta de teoría general del Derecho, es decir, es un concepto filosófico que permea toda la doctrina jurídica penal, iniciando con una teoría general sobre la pena y cimentada sobre el concepto de libertad.

Lo anterior, tiene sentido desde la praxis jurídica, pues no es culpable quien actúe condicionado o coaccionado por otro, esto es un presupuesto básico en todas las propuestas sistematizadoras de la teoría del delito, pero en la propuesta de Pawlik no solo usa la libertad como de un presupuesto para va-

<sup>1</sup> Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

<sup>2</sup> Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

lorar la imputación de una conducta delictiva, sino que es el fundamento de toda su teoría, es lo que se tutela, es la finalidad del sistema, además se ejerce y desarrolla tanto en el momento en que se respeta una norma como cuando se incumple, ya quien delinque asume la consecuencia punitiva necesaria ante la comisión de un delito, así las cosas podemos definir la libertad como el principio, el fundamento y la razón de ser de la teoría del Derecho penal del autor.

En ese tanto, para continuar con el desarrollo de la teoría debemos partir de ¿cuál es la interpretación del autor de esta teoría sobre lo que es libertad? y esta contiene estricto apego al concepto de autodeterminación, al respecto indica: “...Por lo menos desde Rousseau y Kant se considera que el punto de partida de todas las discusiones sobre cuestiones de filosofía política que satisfagan los estándares filosóficos es la idea de que con una comunidad política de agentes solo es compatible un orden de libertad como autodeterminación. (...) Determinar a alguien significa dominarlo. La particularidad de la autodeterminación consiste en que los sujetos, el que domina y el que es dominado, son idénticos. Quien vive de manera autodeterminada no permite que otros le dicten el contenido de sus acciones, sino que los establece de acuerdo con sus convicciones valorativas y finalidades. La principal tarea del derecho, y en especial del derecho penal, consiste en asegurar la aspiración de cada uno de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios parámetros. Por supuesto que el Estado y el Derecho penal no pueden garantizarle a cada individuo una vida plena. No obstante, el derecho penal sí puede prestar una contribución que le posibilite a cada ciudadano una configuración de su propia existencia libre de un temor paralizante y una heterodeterminación abrumadora.”(Pág.19)<sup>3</sup>, podríamos esbozar una conclusión preliminar en este momento,

el estado de libertades es una garantía de la posibilidad de las personas de conducirse según sus deseos y decisiones, es una facultad de elección, la cual permite además dar legitimidad a la pena como retribución por la elección de transgredir ese **estado de existencia libre** de los ciudadanos.

### III. Presupuestos básicos de la Teoría del Estado de Libertades

La teoría del Estado de Libertades de Michael Pawlik podríamos catalogarla como una propuesta de interpretación de teoría general del Derecho, ya que se establece como una construcción sistemática de varios presupuestos conceptuales interrelacionados en todos los ámbitos, se ha descrito que la pretensión del autor es la de “...llevar a cabo una reconstrucción teleológica de la sistematización de la teoría del delito, orientándola a los fines de la pena, sin embargo, la peculiaridad radica en que su reconstrucción se orienta a las renacidas teorías retributivas. Al mismo tiempo, con esa reconstrucción pretende dinamizar la teoría del delito de cuño alemán en el ámbito de la competencia internacional entres sistemas del Derecho Penal, en lugar de mantenerla adormilada al templado sol de otoño de pasados días de gloria”(Pág.18)<sup>4</sup>, en otras palabras, la finalidad de la pena es la que define la teoría del delito, abandonando los constructos dogmáticos anteriores y separándose con una especie de concepto retribucionista de la pena.

Un primer postulado es que el **Derecho penal no es un medio de protección preventiva de bienes jurídicos**. Así ante la pregunta de ¿por qué sancionar?, el autor establece que la coerción es una medida estabilizadora ante una agresión contra un estado preexistente de libertades, de manera categórica rehúye a la idea de la protección de bienes jurídicos, de ahí se enlaza una idea de que el bien jurídico es un disfrute individual (y cuya

3 Pawlik, M. (2012). Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano, revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 44, N°. 117, 2023. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9037137>.

4 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

protección es accesoria) y no una finalidad del estado de libertades, al respecto se ha indicado: *“El Derecho penal, en efecto, no crea libertad, sino que se encuentra con un mundo ya configurado jurídicamente. Su papel es, entonces, el de un estabilizador o, en otras palabras, el de un Derecho accesorio de protección. El delito es la infracción del deber cívico de cooperar al mantenimiento de dicho estado de libertades. Los bienes jurídicos, por su parte, constituyen corporeizaciones concretas de libertad ajena.”*<sup>5</sup>, esto es un abandono al concepto material del delito, así como a la concepción constitucionalista en la cual cada norma o tipo penal tiene necesariamente que proteger un bien jurídico desarrollado constitucionalmente como un derecho de los seres humanos, esto relega el cuestionamiento de ¿si los límites de una criminalización resultan admisibles? a una tarea del Derecho constitucional, pero no una pregunta que sea parte de las funciones o labores del Derecho penal.

De este postulado anterior, dimana que **la protección de la libertad es la tarea del Derecho penal**, podría indicarse que de lo que hemos ido avanzando en el estudio de los postulados de Pawlik, encontramos la legitimidad del Estado en este presupuesto, al respecto el autor de forma clara lo establece diciendo: *“Así pues, la principal tarea del Derecho y, sobre todo, del “Derecho penal consiste en asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas. (Pág. 36)”*<sup>6</sup>, es este el concepto de libertad y el fundamento del Derecho penal.

Es importante plasmar que en esta teoría, el concepto de persona es preexistente al Derecho penal, no es una construcción dogmática, como por ejemplo el concepto de persona del funcionalismo radical, (lo cual tiene significancia por haber sido doctoran-

5 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

6 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

do, bajo la dirección del profesor Jakobs en la Universidad de Bonn y apartarse abiertamente de este concepto), sino que **la persona como parte del estado de libertades, tiene un deber de cooperación**, este es el tercer presupuesto aquí reseñado del planteamiento del autor. El Estado de libertades, no sólo se preserva mediante el castigo, es decir, las consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas como es la sanción no pueden garantizar la libertad de los ciudadanos, considera el autor, que es una utopía creer que el poder de sanción de las instituciones puede garantizar el Estado de Libertades, porque exigiría un nivel de vigilancia y control que sería contrario o contradictorio con lo que se pretende garantizar. Por consiguiente, la corresponsabilidad es la clave para el mantenimiento de un estado de libertades, lo cual implica que los sujetos de derecho, sean conscientes mediante una autodisciplina.

Esta corresponsabilidad aunque parece muy utópica, resulta que es la base de la responsabilidad subjetiva, por cuanto si no existe esta libertad de los ciudadanos a elegir, no serían responsables por sus actos, al respecto Pawlik (2012) refiere: *“Por consiguiente, la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades [Freiheitlichkeit] concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. El reconocimiento de esta corresponsabilidad es, al fin y al cabo, un mandato de fairness. «A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades”* (Pág. 43).<sup>7</sup> Ahora bien, esa corresponsabilidad no es extensible a la totalidad de las funciones de la sociedad, no le concierne el bien común, la seguridad, sino que esta corresponsabilidad es definida respecto a las **tareas concretas de sus roles sociales**. Así en resumen, el ataque al estado de libertades se da cuando el autor, quebranta su rol en cuanto representante de la comunidad

7 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

de Derecho en cuanto ciudadano. Lesiona su deber de cooperar con el mantenimiento del Estado jurídico existente.

El deber de cooperación se fundamenta en el *“El principio del fairness declara que es “inmoral disfrutar los beneficios de una empresa común, pero dejarle solamente a los demás las cargas o los pesos que están vinculados de forma necesaria con dicha empresa”.* Quien así actúe se comporta de forma contraria al principio de igualdad, pues no es posible esgrimir ningún argumento convincente de que alguien, solo porque casualmente es esa precisa persona, debe tener una posición diferente a la de todas las otras personas. Por consiguiente, a alguien que se beneficia de que el orden jurídico le posibilita una vida segura, lo cual es *conditio sine qua non* de la libertad real, se le puede imponer con buenas razones la exigencia de que también él mediante su comportamiento fiel al derecho realice un aporte al mantenimiento de la infraestructura de la seguridad. Esto, sin embargo, es una fundamentación que aplica no solo para los *“invitados”*, sino que rige de igual manera en relación con todos los habitantes de un Estado.” (Pág.16)<sup>8</sup>, Es así como haciendo entonces una interpretación de este presupuesto, podríamos establecer que el deber de cooperación es el precio del ciudadano por la existencia de un Estado que protege su derecho a elegir, es decir, por disfrutar de los beneficios de su condición de ciudadano.

Así las cosas podríamos esgrimir los elementos principales del Estado de Libertades de Pawlik de la siguiente forma:

- a. El primer presupuesto es **antropológico**, donde el ser humano es un sujeto capaz de autodeterminación y, por tanto, responsable de sus actos.
- b. El segundo presupuesto es de carácter normativo, en un estado de libertades,

la convivencia entre personas libres requiere normas que regulen las expectativas recíprocas de comportamiento. El Derecho penal como conjunto normativo no protege bienes jurídicos en sentido material, sino las condiciones en que se asegura la libertad de las personas.

c. Un tercer presupuesto es **social**: la sociedad se concibe como una *empresa común* en la que cada ciudadano participa en la preservación de las condiciones que permiten el ejercicio generalizado de la libertad. Este deber ciudadano de cooperación no es moral, sino jurídico y estructural; deriva del simple hecho de convivir en un orden social regido por normas que garantizan la libertad de todos.

d. El cuarto presupuesto es **jurídico**: el Derecho penal opera como *última ratio*, interviniendo únicamente para proteger las condiciones más básicas de libertad recíproca cuando estas se ven gravemente amenazadas. Esto implica que la pena no se justifica por motivos utilitaristas ni preventivos en sentido clásico, sino por su función de restablecimiento de la norma vulnerada y de la estructura cooperativa que ha sido dañada por el delito.

e. Finalmente, el quinto elemento es la **función de la pena**, entendida como la respuesta institucional que reafirma las normas quebrantadas y restituye la confianza en la cooperación social. La pena expresa simbólicamente la vigencia del orden de libertades.

#### IV. La teoría de las competencias del ciudadano

La *teoría de las competencias del ciudadano* sostiene que todo ordenamiento jurídico presupone un sujeto capaz de **autodeterminarse** y de orientar su conducta conforme a pautas normativas. Podríamos hablar de una teoría revolucionaria que pretende restar la importancia de la división de dogmática en las categorías sistémicas de la teoría del delito, entre acción y omisión, entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

El autor defiende su postura revolucionaria

<sup>8</sup> Pawlik, M. (2022). El deber de cooperación ciudadano en el derecho penal. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e69ccaef-370b-4103-b92d-7e8f7a965524/content>

con las denominadas competencias del ciudadano la cual se establece como una posición de garante, no obstante, no limitada únicamente a los delitos omisivos, sino extensiva hasta todos los delitos, esto hace según el autor, que lo esencial sea la determinación de la competencia del autor, y este ejercicio contiene una serie de estructuras normativas de carácter objetivo, que hacen que la distinción tradicional entre tipo y causas de justificación se tornen irrelevantes. Para ello subdivide los deberes de respeto y deberes de garantía.

Para imputar a una persona, se sostiene que el Derecho penal presupone a cada individuo como un ciudadano dotado de competencias normativas básicas, entre ellas las **competencias de respeto**, que constituyen *“La expectativa básica jurídico-penal que recae sobre cada ciudadano y, en general, la norma básica de comportamiento interpersonal obligaría, en la formulación de HEGEL, a dejar al otro como está, esto es, a no empeorar el nivel de integridad de la esfera jurídica que encuentra dada el obligado. Las responsabilidades de esta clase las denomino competencias de respeto (Respektierungszuständigkeiten); con matices, éstas se corresponden con las que la doctrina dominante denomina posiciones de garantía de vigilancia (Überwachergarantenstellungen).”*<sup>9</sup>, esto es entonces el deber mínimo de abstenerse de interferir en la libertad ajena y expresan el mínimo deber de no lesionar al otro.

En cuanto a las **competencias de respeto** se manifiesta en 1. Las prohibiciones de injerencia, que son deberes negativos, ya que ordenan un no hacer, y en términos generales prohíben interferir en la capacidad de autodeterminación y en los bienes necesarios para la libertad de los demás y 2. Los mandatos de neutralización, son por el contrario deberes positivos, de disminución de riesgos, como lo son la injerencia que ocurre cuan-

do una persona crea un riesgo para bienes jurídicos ajenos, el ordenamiento jurídico le impone la obligación de neutralizar el riesgo que ha generado. También se identifica dentro del marco del deber de neutralización los deberes de tráfico, son una categoría especial de los mandatos de neutralización y se aplican cuando alguien participa en actividades socialmente permitidas pero intrínsecamente peligrosas, como manejar un vehículo, operar maquinaria, manipular sustancias peligrosas o practicar ciertos deportes. Otra categoría corresponde a la asunción efectiva, esta puede surgir cuando alguien se auto involucra de modo voluntario en una posición que genera confianza y dependencia, una especie de posición de garante, pero asumida con consentimiento y pasa a ocupar una posición relevante en la estructura de cooperación, el autor, para ejemplificar esta competencia indica: *“Quien, por ejemplo, a través de su promesa de protegerlo, ha movido a un nadador inseguro a atreverse a abandonar la zona de no nadadores para adentrarse en la parte honda de la piscina, habrá de zambullirse hasta el fondo cuando al nadador le flaqueen las fuerzas. Es la prohibición de un comportamiento auto-contradictorio la que opera aquí gravando al autor.”* (Pág. 90)<sup>10</sup>.

En cuanto a las **competencias de fomento**, son una categoría que permite comprender la competencia activa del ciudadano en un rol particular, estas se corresponden con la posición de garante de protección tradicional. Se vincula con un acto de voluntad del obligado, ya que quien ha asumido su rol social no puede desvincularse de las exigencias de dicho rol. También se describe que es posible como una actividad en el marco de una organización social, que también es una asunción como en la competencia de respeto, pero en el marco de una organización como es el Estado, pero representado por sus funcionarios. Debe incluirse la relación paterno-filial, matrimonio, comunidad

<sup>9</sup> Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

<sup>10</sup> Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

de peligrosos y los deberes independientes de un comportamiento previo.

## V. El alcance sistemático de la teoría de la competencia

Una vez que analizamos los presupuestos de la teoría de la competencia, es claro que se propone un modelo nuevo de la teoría del delito, que se aparta radicalmente de la tradicional división entre acción, omisión, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, englobando todo en un solo paso analítico de imputación, fundado en los distintos aspectos de la competencia, en este sentido el autor indica: *“La teoría de la competencia que he esbozado no solo muestra como sistemáticamente secundaria la tradicional distinción entre acción y omisión, sino también la que existe entre el tipo y las causas de justificación. En la medida en que dicha teoría muestra que tras los distintos niveles del sistema del delito -dicho sea de paso, también en el nivel de las causas de exculpación\* se encuentran principios valorativos idénticos, esta concepción conduce a una notable simplificación de la teoría general del delito. Al mismo tiempo, pone en claro que la Parte general no constituye una creación autónoma de ningún legislador positivo, sino que se basa —en una parte notable— en fundamentos de competencia cultural-generales que anteceden a toda positivización. A este acervo común de convicciones sobre la imputación le adeudamos el poder discutir de manera fecunda sobre cuestiones jurídico-penales. A mi juicio, tener esto presente es precisamente la condicio sine qua non de un desarrollo vivo de nuestra ciencia.”* (Pág.106)<sup>11</sup>, es así como podemos hablar de una imputabilidad y no de la división de tripartita clásica de la teoría del delito (acción/omisión-tipicidad-antijuricidad-culpabilidad) y caer en el denominado injusto criminal.

## VI. El injusto penal del ciudadano:

11 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

El autor define el “kriminelles Unrecht” (injusto criminal), como la conducta contraria a la competencia, así lo sostiene el Dr. OSTIZ (2012), cuando indica: *“Se trata de otro de los conceptos claves en su propuesta (cap. 1, pp. 90-116; p. 302, en cap. 3). El “injusto criminal” es entendido como la conducta imputable contraria a la competencia (“Kriminalunrecht als zurechenbarzuständigkeitswidriges Verhalten”, p. 257). En su exposición se da entrada a tres categorías sucesivas: partiendo del deber de cooperación (infra, ll. 2. a), se pasa a la competencia y, de esta, a la concreta norma de comportamiento (infra, ll. 2. b); a su vez, ese proceso requiere contar con que el ciudadano interviene precisando su norma de comportamiento, y que la comunidad jurídica atribuya la infracción para poder responder con la pena; es decir, la operación de imputación (infra, ll. 2. c). “Su conducta [sc. del autor] es imputada entonces como lesión del deber de cooperación y así como injusto criminal” (p. 298)7”<sup>12</sup>, es decir, en un intento por sistematizar el proceso de imputación propuesto en la teoría de libertades de M. Pawlik, podríamos establecer que para imputar una conducta:*

1. Debe existir en el caso particular un deber de cooperación, esto sería identificar si en el caso particular existe para el agente.

Dice el autor que al ciudadano le corresponde una corresponsabilidad con el Estado en el mantenimiento no de un *status quo*, sino de un *status libertatis*, no es toda norma la que requiere obediencia y respeto, es la norma que configura una protección específica a ese estado de libertad.

Este podría ser un grado de mayor compromiso que la misma ciudadanía, es una cooperación que implica que en el ejercicio de la libertad, en el goce de ese estado de libertades, tengo que respetar la norma, lo

12 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_3\\_1096](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096)

cual implica no sólo no dañar o provocar un menoscabo a la libertad de terceros, sino también someterme a la pena. En ese mismo sentido en Dr. Ostiz (2012) indica: *“En tal sentido, cooperación es contribución, en cuanto atañe al ciudadano no sólo no desvincularse, sino también sumarse a configurar la comunidad y, llegado el caso, sufrir la pena. Podría afirmarse que dicho deber de cooperación es algo más intenso que la ciudadanía, si por esta se entiende la mera pertenencia del individuo a la sociedad: cooperación es co-pertenencia a una comunidad jurídica (“Rechtsgemeinschaft”, pp. 107, 118, entre otras), y por eso mismo co-responsabilidad en instaurar y mantener el status libertatis. De ahí, que la pena sea lo que corresponde al autor de la infracción, en cuanto él es parte de esa comunidad, y su delito contraviene la esencia de tal comunidad.”* (P.184)<sup>13</sup>. Este deber de cooperación es según la estructura indicada una simbiosis entre el Estado y el ciudadano, una especie de asociación en la cual ambos agentes se encuentran vinculados para el mantenimiento del estado de libertades, ahora bien el concepto requiere concretarse en una competencia que es la segunda fase que podría identificarse en el injusto penal del ciudadano.

Concretar si el agente se encontraba en una situación de competencia frente al hecho como tal y definir ¿qué tipo de competencia?, según las tipologías antes vistas.

Como se ha indicado en líneas atrás la competencia es la base de la imputación, si no existe en el agente esa condición no le sería atribuible determinado comportamiento, no debe confundirse esto con los elementos fácticos descritos en un tipo penal, no es un tema exclusivo de adecuación a la conducta, como se haría en el estrato de la tipicidad penal en la dogmática tradicional, sino que va más allá, es todo un ejercicio de inclusión y exclusión de elementos que permitan definir si el agente tenía o no en la compe-

tencia en el hecho particular. No se trata de un concepto general, debe deslindarse de cada caso, como se ha indicado se dividen en dos tipos de competencias las de respeto y las de fomento, al respecto el Dr. Ostiz (2012) indica: *“Pawlik se refiere a dos grupos de competencias: la “Respektierungszuständigkeit” y la “Ermöglichungszuständigkeit”. La primera, la competencia de respeto, acogería las prohibiciones de dañar a otros (neminem laedere), incluyendo casos de injerencia: podría hablarse de una competencia en sentido negativo (de una “negative Mitmenschlichkeit”, dirá citando a Kersting, en p. 179). La segunda, la competencia de posibilitar o de fomento, incluye tanto la responsabilidad basada en instituciones como la prestación de socorro. Ambas competencias dan cabida a formas comisivas (prohibiciones de dañar y comisión por omisión) y omisivas (injerencia y omisión pura de socorro). Aunque no emplea expresamente esa denominación (cfr. pp. 179-180), se podrían calificar también, brevemente, como competencias positivas y negativas.”* (p.185)<sup>14</sup>

Para unir la competencia con la norma de conducta particular, se utiliza el concepto de incumbencias al respecto Dr. Ostiz (2012) ha indicado: *“Este paso de la competencia a la norma de conducta que rige en concreto se lleva a cabo mediante una operación del sujeto competente gracias a las incumbencias (“Obliegenheiten”). Plantea dos formas básicas de incumbencia: la “Obliegenheit zur Irrtumsvermeidung” (p. 302, y que en ocasiones califica como “Bemühens-obliegenheit”, p. 375), y la “Obliegenheit zur Selbstmotivierung” (p. 345, o “Selbstmotivierungsobliegenheit”). De este modo, el sujeto singular procede en el caso particular, desde su posición y respecto a los restantes intervinientes, a concretar la norma de comportamiento. A su vez, el recurso a ambas incumbencias (como “Bemühensobliegenheit” y “Selbstmotivierungsobliegenheit”) sirve también para descargar al ciudadano en casos de*

13 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_3\\_1096](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096)

14 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_3\\_1096](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096)

desconocimiento de la norma (“Entlastung” por error de prohibición o “Verbots-irrtum”, p. 318), o de dificultades considerables de motivación (“Erschwerung der Motivierung”, p. 345), respectivamente. Del ciudadano espera la comunidad jurídica que ponga suficiente esfuerzo en el momento para dar con la concreta norma de conducta (p. 256). El lector se pregunta si ambas incumbencias intervienen por igual para determinar la norma de conducta en concreto (p. 354). “Puesto que la carga efectiva de un obligado por el deber solo deriva de la acción conjunta de norma de conducta e incumbencia de esforzarse, la figura de la fundamentación de la competencia codetermina también en el destinatario de la norma el ámbito de la incumbencia por esforzarse en colmar la obligación a él referida” (p. 354)<sup>15</sup>, se trata entonces de dos tipos de incumbencias **1. “Obliegenheit zur Irrtumsvermeidung”**, que significa **el deber de evitar errores** y **2. “Obliegenheit zur Selbst- motivierung”** que significa **la obligación de automotivarse**, estas tipologías, pueden establecerse como deberes normativos que funcionan no solo como una obligación del agente sino también que funcionan como un filtro de exclusión de la competencia, de forma tal que cuando dicha situación fáctica concreta se encuentra fuera del ámbito de la incumbencia se desvincula al sujeto, por ausencia de competencia.

Al respecto, indica Pawlik (2016) lo siguiente: “Una teoría funcional de la imputación jurídico-penal a la libertad debe, por tanto, complementar el mandato a los ciudadanos de omitir las acciones contrarias a las competencias con una expectativa de segundo orden: «¡Preocupaos, en el marco de lo exigible, de poder cumplir aquel mandato de forma suficientemente fiables. Solamente cuando se produce el establecimiento social de esta expectativa complementaria se da el paso definitivo de un mero ordenamiento jurídico sobre el papel a un estado de libertades real. En contra de la famosa sentencia

15 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_3\\_1096](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096)

del Tribunal Federal sobre el error de prohibición” y de la terminología instalada en la dogmática de la imprudencia al referirse al «deber de cuidado», esta expectativa no conforma un deber, sino una incumbencia [Obliegenheit]” (Pág. 132)<sup>16</sup>, en el caso de la incumbencia por error, es un error entendido como sobre la prohibición, es ahora un supuesto de desconocimiento del concreto contenido de la conducta exigida de acuerdo con la competencia: abarca los casos de desconocimiento tanto de datos fácticos, como también de la prohibición.

Así mismo, el autor indica que en la incumbencia correspondiente al deber de motivarse de una conducta conforme a la norma, es donde se analizarían las causas de exclusión de antijuricidad y culpabilidad, en ese tanto se indica por parte del autor Pawlik (2016), lo siguiente: “La distinción entre causas de justificación y de exculpación se contempla como una de las más importantes manifestaciones de la separación entre injusto y culpabilidad A mi parecer, la fertilidad sistemática de esta distinción es, el término generales, altamente dudosa. En el presente contexto induce, además, a perder de vista las características comunes-tanto sistemáticas como de teoría de la legitimación— ambos grupos de institutos jurídicos. Estoy convencido, sin embargo, de que el conocimiento de estas similitudes es irrenunciable para una adecuada comprensión de las causas de culpación (mejor: causas de exclusión de la imputación. (Zurechnungsausschlussgründel).” (P.135)<sup>17</sup>, incluiría entonces en este caso los supuestos excesos en legítima defensa, estado de necesidad y demás circunstancias que se resuelven en la teoría dogmática tradicional como causas de exclusión de culpabilidad y antijuricidad.

3. Un ejercicio de atribución y que la comunidad jurídica atribuya la infracción para po-

16 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

17 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

der responder con la pena; es decir, la operación de imputación

El tercer paso, que es posible identificar es “Zurechnung” la imputación, debe indicarse que en este caso es como el ejercicio relacional entre la norma de conducta con el agente, pero no puede delimitarse como un ejercicio análogo a la adecuación típica en la dogmática clásica, ya que podría más bien caracterizarse como se ha indicado líneas atrás como un procedimiento monista.

En este sentido Dr. Ostiz (2012) ha indicado: *“La imputación cuenta entonces con lo que al ciudadano incumbe en cada caso: tanto de concretar la competencia (cfr. supra, ll. 2. b), es decir, llegar a la precisa norma de comportamiento y sus circunstancias (la “Bemühens- obliegenheit”, p. 375), como de motivarse a actuar conforme a lo que le compete (la “Obliegenheit zur Selbstmotivierung”, p. 345, o “Selbstmotivierungso- bliegenheit”). La medida de la infracción del deber se puede graduar en función de la evitabilidad, supraconcepto que viene a cumplir la función que desempeñaban los de dolo e imprudencia (pp. 367-374). Al final, la esencia del injusto criminal se expresa en la enemistad hacia el Derecho (p. 375), en una línea ya apuntada por Grolmann, que se concreta en la voluntad defectuosa de no omitir infracciones de la norma a pesar de su carácter nocivo (p. 375).”*<sup>18</sup>, esto nos lleva entonces a dos conceptos más el de evitabilidad que es un concepto que viene a suplir a la función del dolo y la culpa.

## VII. La evitabilidad como concepto general del comportamiento imputable contrario a la competencia

Una vez delimitados los presupuestos anteriores lo que corresponde es a la determinación del dolo, pero en este caso Pawlik (2016) propone que: *“una teoría de la imputación subjetiva orientada a la teoría de la libertad no*

*puede por menos que sentar como punto de partida la noción del insuficiente cumplimiento de la incumbencia de esforzarse. Por consiguiente, un actuar contrario a la norma es imputable al autor como lesión del deber cuando habría podido evitar su conducta errónea si hubiera cumplido ordenadamente con su incumbencia de esforzarse por ser fiel al Derecho. De este modo, la estructura fundamental de la imputación subjetiva se determina por medio de un criterio que procede de la dogmática de la imprudencia.”*(P.139). El autor abandona el concepto de dolo en el finalismo, pretende un concepto normativizado el cual defiende, al respecto indica: *“Acertadamente, cada vez más se está subrayando que los requisitos de la infracción de la norma de conducta así como de la evitabilidad rigen en igual medida tanto para el dolo como para la imprudencia, por lo que el injusto doloso no se manifiesta como un alud con respecto al imprudente, sino como un incremento de éste. (...). El autor doloso manifiesta una actitud de « enemistad»: el culposo, por el contrario, solamente expresa una falta de amistad ante la ley.”*<sup>19</sup>De lo anterior, se extrae que el dolo y la imprudencia son definidos de forma distinta, el dolo una enemistad y la culpa una falta de amistad ante la ley, lo cual es una graduación entre una y otra en el tema de la intensidad, esto lleva a otro cuestionamiento ¿existe una medida o diferencia entre una y otra?

## VIII. La medida de la contrariedad al deber

Para responder al cuestionamiento de si existe, una intensidad o grado entre dolo y culpa definido como enemistad o ausencia de amistad respectivamente, Pawlik (2016) indica lo siguiente: *“(...) el dolo se invierte. No es la circunstancia positiva de que haya querido la producción del resultado lo que caracteriza la enemistad del Derecho del autor según el planteamiento aquí seguido, sino un componente negativo: **la ausencia de la vo-***

18 Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017\\_3\\_1096](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1096)

19 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

**luntad de omitir la infracción de la norma de conducta pese a su extrema peligrosidad.** El autor enemigo del Derecho no se distingue, por tanto, **por haber querido el resultado, sino por no haberse motivado al cumplimiento de la norma cuestionada por su conducta pese a que debía racional y exigiblemente reconocer que con ella creaba un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por aquella norma.**" (Pág. 142)<sup>20</sup>, en otras palabras, la incumbencia de esforzarse, correlaciona todos los elementos de la contrariedad al deber antes referidos y se erige como un concepto que engloba como aspectos un deber generalizado de motivarse al cumplimiento de la norma.

### **IX. La normativización del dolo:**

La postura del autor tiene relación con la visión de Jakobs en cuanto a la normativización de dolo, la intención es eliminar las teorías sicologistas, no interesa cual era la intención del autor, ni el estado mental interno, sino que se estima es una categoría normativa vinculada a la competencia del ciudadano, surge cuando la infracción al deber jurídico se explica por la propia y libre decisión del sujeto dentro de su marco de competencias, por este medio Pawlik (2016) indica: "El reconocimiento de un componente voluntario independiente, incluso en la teoría suavizada del «tomar en serio» que sigue la doctrina," termina privilegiando la negación de la realidad y la desconsideración." Un autor irreflexivo que, actuando en las «fronteras de elasticidad de la conciencia» reconoce ciertamente el peligro de producción del resultado pero no lo toma en serio, se queda al margen del castigo por un delito doloso. En cambio, se grava con dolo al autor que, ante el mismo peligro y siendo su capacidad para la contención del riesgo menos significativa, cuenta seriamente con un desenlace desafortunado. De este modo, una teoría de la representación concebida psicológicamente no puede combatir las incorreccio-

20 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

nes de la teoría de la voluntad que resultan de la ausencia de un correctivo normativo, sino que simplemente las extiende del componente volitivo al componente intelectual." (Pág. 143)<sup>21</sup>

Entonces, por dolo que podría entenderse, no hay otra respuesta más que una supresión absoluta de la parte volitiva contenida en la dogmática tradicional y en segundo lugar la determinación de ese conocimiento, pero un conocimiento que es una *representación* del deber o competencia particular, es una representación de esa posibilidad, así el autor Pawlik (2016) indica lo siguiente: "Por consiguiente, la cuestión no puede depender de la valoración del riesgo efectuada por el propio autor. Una representación de posibilidades suficientemente substanciada no puede operar en descargo del autor por el hecho de que éste, o bien no reflexione en absoluto sobre la magnitud del riesgo, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. **Lo decisivo es solo si su conducta, interpretada como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o incluso puede ser.**" (Pág. 144)<sup>22</sup> lo cual trata de eliminar esa posibilidad de negarle la atribución del hecho, por no poder extraer la finalidad del autor.

Sobre esta base, el dolo deja de ser una introspección subjetiva sobre lo que el autor "realmente sabía o quería" y pasa a ser la **imputación de una decisión contraria a Derecho**, atribuida a un ciudadano competente que podía y debía motivarse según las razones jurídicas aplicables.

### **X. Compatibilidad de la Teoría del Estado de Libertades con el sistema penal costarricense**

Como se puede desprender de lo que se ha

21 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

22 Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

plasmado en las líneas anteriores, la teoría de Michael Pawlik establece una concepción completamente distinta a los postulados tradicionales de la teoría del delito.

Dentro de sus posturas más innovadoras está la teoría monista o unitaria de la teoría del delito, en la que se analiza de manera conglobada la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, donde dejan de tener relevancia la acción, la omisión, así como las formas de comisión de los tipos delictivos como culpa, dolo y preterintención, para dar paso a una imputación de una decisión contraria a derecho por la violación al deber de competencia.

De igual forma la pena a primeras luces pareciera absolutamente retribucionista, y aunque Pawlik defiende su postura por una razón conceptual, ya que lo que busca es la estabilidad, pero no del Estado como en la prevención general positiva, sino de la relación entre la libertad y los deberes del ciudadano, al final el rehúye a la resocialización como una función de la pena.

Ahora bien, pareciera que la aplicación de la teoría del delito de Pawlik, desde el punto de vista meramente normativo, no sería imposible en su aplicación, pues todas las categorías de la teoría del delito son de análisis del autor, pero en un solo estrato como es el injusto penal del ciudadano. No obstante, si tiene roces desde el punto del fin de la pena, que haría imposible o inaplicable las consecuencias jurídicas del delito. Lo anterior, porque Costa Rica ha suscrito tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual establece en su artículo 5.6 el derecho a la Integridad Personal y propiamente indica: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (CIDH), los cuales es-

tablecen una legitimación resocializadora a la pena y que al ser de carácter supra constitucional al tutelar de una mayor forma los derechos humanos tienen rango supra constitucional, por lo cual sería absolutamente incongruente con un fin de la pena utilitarista-preventivo como lo es el de la teoría del estado de libertades de Michael Pawlik, quien niega que este fundamento sea legitimador de la pena.

## Conclusiones

A raíz de este trabajo, es posible establecer que la postura es una teoría general del Derecho, porque redefine los fundamentos normativos que permiten comprender la validez, la estructura y la legitimidad de todo el orden jurídico. Su punto de partida es que el Derecho moderno presupone un tipo particular de sujeto: el ciudadano libre, entendido no en un sentido psicológico, sino como titular de una competencia jurídico-normativa para actuar, es decir, como alguien capaz de orientarse por razones jurídicas.

El estado de libertades es una garantía de la posibilidad de las personas de conducirse según sus deseos y decisiones, es una facultad de elección, la cual permite además dar legitimidad a la pena como retribución por la elección de transgredir ese **estado existencia libre** de los ciudadanos.

Los elementos principales del Estado de Libertades de Pawlik son uno **antropológico**, donde el ser humano es un sujeto capaz de autodeterminación, uno de carácter **normativo**, en un estado de libertades, la convivencia entre personas libres requiere normas que regulen las expectativas recíprocas de comportamiento, uno **social** donde la sociedad se concibe como una empresa común en la que cada ciudadano participa en la preservación de las condiciones que permiten el ejercicio generalizado de la libertad. Otro de carácter **jurídico**, donde el Derecho penal interviene únicamente para proteger las condiciones más básicas de libertad recíproca cuando estas se ven gravemente ame-

nazadas. Y un quinto elemento es la **función de la pena**, entendida como la respuesta institucional que reafirma las normas quebrantadas y restituye la confianza en la cooperación social.

La teoría de la competencia, propone un modelo nuevo de la teoría del delito, que se aparta radicalmente de la tradicional división entre acción, omisión, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, englobando todo en un solo paso analítico de imputación, fundado en los distintos aspectos de la competencia. El autor define el "kriminelles Unrecht" (injusto criminal), como la conducta contraria a la competencia, la cual requiere que en el caso particular se identifique un deber de cooperación, en segundo término concretar si el agente se encontraba en una situación de competencia frente al hecho como tal y definir ¿qué tipo de competencia?, según las tipologías de competencia y las incumbencias, en tercer lugar un ejercicio de atribución y que la comunidad jurídica atribuya la infracción para poder responder con la pena; es decir, la operación de imputación.

En cuanto a la forma de comisión de los hechos delictivos, existe una clara diferenciación entre el dolo y la imprudencia, pero son definidos de forma distinta, propiamente de forma normativa y se excluye en este análisis cualquier elemento subjetivo, el dolo se define como una enemistad y la culpa una falta de amistad ante la ley, lo cual es una graduación entre una y otra en el tema de la intensidad, es decir se trata de grados en la forma de comisión del injusto penal del ciudadano.

Finalmente, se estima en este caso, que la teoría de estado de Libertades de Michael Pawlik no es aplicable a nuestro país, principalmente por el roce del fundamento retribucionista y que niega la resocialización como fin de la pena. Ya que sin entrar en una polémica sobre la posibilidad empírica de alcanzar dicho fin con la prisión o las diferentes sanciones, lo cierto es que su exis-

tencia está garantizada en nuestro ordenamiento por instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter supra constitucional que impide la aparición de una teoría de la pena que niegue precisamente lo que dichas normativas tutelan.

## Bibliografía

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996, 10 de mayo). Ley N° 7594. Código Procesal Penal. Diario Oficial La Gaceta N° 109, Alcance 28. [https://www.oas.org/ext/Portals/33/Files/Member-States/Texto%20Completo%20acta\\_%2035909%20Codigo%20Procesal%20Penal.pdf](https://www.oas.org/ext/Portals/33/Files/Member-States/Texto%20Completo%20acta_%2035909%20Codigo%20Procesal%20Penal.pdf)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970, 4 de mayo). Código Penal. Ley N° 4573. La Gaceta N°100. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=927](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=927).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2015, 17 de diciembre). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) (A/RES/70/175). [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Organización de los Estados Americanos (OEA). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/23.PRINCIPIOS%20Y%20BUENAS%20PRACTICAS.pdf>

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Ostiz, P. (2012). Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. <https://www.zis-onli->

ne.com/dat/artikel/2017\_3\_1096

Pawlik, M. (2016). Ciudadanía y Derecho Penal, Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades.

Pawlik, M. (2012). Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano, revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 44, N°. 117, 2023. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9037137>.

Pawlik, M. (2022). El deber de cooperación ciudadano en el derecho penal. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e69ccaef-370b-4103-b92d-7e8f7965524/content>

# **RIESGO PERMITIDO.** *PERMITTED RISK.*

## **M.SC. UBALDO CHAVES PÉREZ**

- Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Máster en Derecho Penal, Universidad Internacional de la Américas.
- Estudiante del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - Fiscal Auxiliar del Ministerio Público.



# RIESGO PERMITIDO.

## PERMITTED RISK.

### Resumen.

La imputación objetiva como criterio para establecer la responsabilidad penal, de un sujeto presenta una serie de limitaciones, reconocidas de esta forma, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, entre estas limitaciones se encuentra la figura del riesgo permitido. El riesgo permitido, como figura jurídica limita la responsabilidad penal, al establecer que existen ciertos comportamientos, que aunque son riesgosos, son necesarios para el desarrollo y avance de la sociedad. El riesgo permitido es analizado al momento de verificar la tipicidad de una conducta, en la mayoría de las ocasiones, de igual manera, para su verificación existen elementos legales, como supra legales que permiten establecer si efectivamente la configuración del riesgo encaja en este riesgo permitido. La jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense ha reconocido la existencia del riesgo permitido como elemento de la imputación objetiva y su aplicación en casos, propiamente en delitos culposos.

### Palabras clave.

Imputación objetiva, responsabilidad penal, riesgo permitido, sociedad del riesgo, rol social.

### Abstract

Objective imputation as a criterion to establish criminal responsibility, of a subject presents a series of limitations, recognized in this way, both by doctrine and by case law; among these limitations is the figure of permitted risk. Permitted risk, as a legal figure, limits criminal responsibility by establishing that there are certain behaviors which, although risky, are

necessary for the development and advancement of society. Permitted risk is analyzed at the moment of verifying the typicality of a conduct in most cases; similarly, for its verification there are legal, as well as supra-legal, elements that allow establishing whether the configuration of the risk effectively fits within this permitted risk. The case law of the Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia of Costa Rica has recognized the existence of permitted risk as an element of objective imputation and its application in cases, properly, in culpable (negligent) offenses.

### Keywords.

Objective imputation, Criminal liability, Permitted risk, Social role

### Sumario.

Introducción.

I. La imputación objetiva.

a. La imputación objetiva para Günter Jakobs.

b. La imputación objetiva como elemento del Derecho penal.

II. Riesgo permitido.

a. Aspectos generales.

1. Definición y relación con la sociedad del riesgo.

2. Fundamentos de la doctrina del riesgo permitido.

3. Ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito.

4. Causales normativa y extra normativas.

b. Revisión jurisprudencial.

c. Sección: Análisis de caso práctico.

III. Conclusión

Introducción.

En la presente investigación, se analizará el tema de imputación objetiva, propiamente el riesgo permitido sus alcances y elementos esenciales, así como criterios de aplicación en la teoría del delito.

La imputación objetiva, sin lugar a dudas, es un elemento esencial en el Derecho penal y cuenta con una evolución de larga data, desde su concepción en Alemania, estableciéndose su génesis por gran parte de los estudiosos en lo desarrollado por Richard Honing aproximadamente en el año 1930, pasando por reconocidos juristas como Claus Roxin, Günter Jakobs, hasta la actualidad, donde sigue siendo un tema que presenta un importante desarrollo doctrinario.

En relación con estos criterios de imputación objetiva y su establecimiento, la doctrina resalta el riesgo permitido, como una casual que delimita estos criterios de imputación en las acciones humanas. Con respecto al riesgo permitido, tal como se abarcará en la presente investigación existen muchas aristas, así como temas de discusión que se mantienen aún vigentes relacionados a cuál es el límite de este riesgo permitido.

En el presente trabajo de investigación se analizará en el primer capítulo el tema de la imputación objetiva, con el fin de delimitar el riesgo permitido dentro de esta teoría, estableciendo sus elementos esenciales y reconocidos por la doctrina. Posteriormente, en el segundo capítulo se desarrollará ampliamente el tema del riesgo permitido, estableciendo cuales son los fundamentos para su existencia, en la sociedad actual, de igual manera se verificará un tema que se discute actualmente como es la ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito, para finalizar analizando cómo se ha tratado el tema del riesgo permitido en la jurisprudencia costarricense y resolviendo un caso clásico relacionado con la materia.

## I. La imputación objetiva

Para el jurista Günter Jakobs (1996): “*la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta*” (p.18), frase que resume gran parte de su pensamiento, y como la evolución de la sociedad se encuentra sumamente arraigada con los criterios de imputación que se utilizan para establecer los criterios de responsabilidad, sea de índole civil, administrativo y como se verificará en esta esta investigación, la responsabilidad penal.

En el presente capítulo se analizará la posición del jurista Günter Jakobs, esto por ser uno de los principales juristas que han abordado la imputación objetiva como instituto jurídico y posteriormente, se analizará la imputación objetiva como instituto jurídico en general.

### a. La imputación objetiva para Günter Jakobs

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso; es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de algo meritorio, como para mal, en la imputación a título de reproche. En este sentido, a quien dispara sobre otra persona hasta causarle la muerte, el homicidio se le imputa como un hecho meritorio si se trata de eliminar un peligroso enemigo, y como obra reprochable si se mató sin razón alguna. (Günter Jakobs, 1996, p.19)

En relación con esto, Jakobs continúa tratando el problema del reproche y hasta donde se puede extender, y como este fue causado por un “círculo interminable de personas”, cuya contribución fue necesaria para el hecho, dando como ejemplo el constructor del arma y como a pesar de que este constructor tuviera claro y toda la intención de que dicha arma confeccionada causara una muerte, no se puede establecer una

responsabilidad penal, por ser una relación meramente causal. *“Por tanto, la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación”* (Günter Jakobs, 1996, p.19).

Jakobs refiere como, si en todo contacto social todos tuvieran que considerar todas las posibles consecuencias de sus actos, la sociedad quedaría paralizada. No se producirían carros para evitar accidentes, no se producirían bebidas alcohólicas para evitar peleas entre personas ebrias y un sin número de ejemplos producto de esta circunstancia. Para Jakobs, la responsabilidad recae en personas específicas en situaciones específicas, producto de roles y expectativas sociales que les generan esta responsabilidad y su incumplimiento les es imputable; *“se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas”*. (p.21)

Esta figura del rol y su portador, es explicada por el jurista como:

(...) sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas. Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales. (p.22)

Con respecto a este tema del rol, que se abordará más ampliamente en el siguiente capítulo, Jakobs lo determina como las responsabilidades del individuo dentro de su posición social, que son variables según el momento preciso en el que se encuentre. Por un ejemplo, el padre tiene el rol de proteger

a su hijo por su propia condición de padre, sin embargo, este mismo sujeto en caso de que ejerza o sea profesional en medicina, no se le podría responsabilizar por todas las personas que se cruza, cuando no se encuentra en cumplimiento de funciones propias de su cargo.

De igual manera, es importante tener claro, como el mismo Jakobs deja claro que la imputación objetiva, desde el punto de vista práctico tiene especial implicación en los delitos culposos (un claro ejemplo la jurisprudencia costarricense), no así en delito dolosos.

El carácter drástico del quebrantamiento del rol que es propio de muchos hechos dolosos ha conducido a que en este ámbito la imputación objetiva del comportamiento haya permanecido durante mucho tiempo oculta y aletargada, mientras qué, en el ámbito de los riesgos más próximos al riesgo general de la vida, campo en el que tienen lugar sobre todo hechos imprudentes, ha sido necesario desarrollar límites muy precisos para determinar si el significado de un comportamiento es o no delictivo. Dicho con un ejemplo: no hay duda de que disparar sobre un ser humano no está permitido, sin embargo, puede ser discutible cuáles han de ser las medidas de precaución a adoptar a la hora de circular marcha atrás con un automóvil. (p.23)

En relación con la responsabilidad como tal, Jakobs realiza una clara diferenciación entre las conductas producidas por omisión y lo que llama “comisión”. En relación con la omisión, Jakobs lo relaciona directamente con “la posición de garante”. *“En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía”*. (p.26)

La posición de garante, referente a la obligación de velar por el cuidado del bien jurídico, puede ser ejemplificado por la posición de los padres, de velar por el bienestar de los

menores, o el doctor al momento de realizar una intervención médica.

Ahora bien, desde el punto de vista de la comisión, para Jakobs existen límites fijados para estos roles que se cumplen en la sociedad y con esto eliminar la responsabilidad penal que podría imputarse por un resultado dañoso al sujeto que mantiene el rol. Estos cuatro institutos son los siguientes:

#### 1) Riesgo permitido:

Tema eje de esta investigación, que se analizará ampliamente en el siguiente capítulo. Para Jakobs, son necesarios ciertos riesgos en una sociedad, basada en la tecnología y producción. Por lo que si bien, existe un riesgo que efectivamente tiene implicaciones para el Derecho penal, existen comportamientos que deben ser tolerados para el correcto funcionamiento social. *“(...) esto significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en los casos normales”* (p.29)

#### 2) Principio de confianza:

Para Jakobs, *(...) el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo* (p.29) Bajo este principio, los seres humanos parten de la confianza en el comportamiento de sus semejantes para poder desarrollar su vida en comunidad, esto por medio de la división de funciones.

#### 3) Prohibición de regreso

La prohibición de regreso, refleja un límite a la imputación como tal, donde no se pueden generar responsabilidades ilimitadas para los sujetos. *“Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida”* (p.31). Un claro ejemplo es la limitación de la

responsabilidad del sujeto que creó un arma de fuego, en la muerte de un sujeto al que le dispararon con dicha arma.

#### 4) Competencia de la víctima

Refiere a cómo la propia víctima también puede tener responsabilidad en la creación del riesgo en su contra. *“(...) puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio”* (p.34). Esta figura en la mayoría de las ocasiones es agrupada bajo el término del “consentimiento”, que tiene claras implicaciones tanto en la causalidad como el resultado.

### **b. La imputación objetiva como elemento del Derecho penal**

La imputación objetiva, como teoría para determinar la existencia de un resultado y la responsabilidad a un sujeto determinado, no fue la primera teoría que buscó explicar estas relaciones causales, no obstante, posterior a su concepción se constituyó como la tesis más aceptada por la doctrina, situación que se mantiene hasta la actualidad.

Bustos Ramírez (1998) referente con este punto indica como: *“De esta manera entonces la teoría de la imputación objetiva se desprendía totalmente de la teoría de la causalidad tanto en su versión primitiva como revisada y se erigía en una teoría propia al sistema penal, una alternativa plenamente sustentable frente a la teoría de la causalidad”* (p.212).

Rojas Chacón y Sánchez Romero (2009) en una investigación para el Ministerio Público de Costa Rica, refieren como el eje central de la imputación objetiva *“reside en determinar cuándo un resultado puede atribuirse a una persona como obra suya”* (p. 97)

Esta frase resume en gran parte todo lo referido con Jakobs, desde un punto de vista

práctico, la imputación objetiva es una teoría de imputación, cuya principal función reside en establecer cuáles son los parámetros para establecer la responsabilidad de un resultado a un sujeto específico. Sin embargo, esta imputación de resultado, más que determinarse por medio de causales naturales o físicas, desde un punto de vista jurídico “Se trata entonces, como bien lo señala el profesor Javier Llobet, de una teoría de causalidad jurídica y no sobre la causalidad física que resulta aplicable para los delitos de resultado y los delitos de peligro concreto”. (Rojas Chacón, 2009, p.97)

Por su parte González Castro (2008), utilizando como parámetro al jurista Muñoz Conde, determina lo siguiente en relación con la imputación objetiva: “Por tanto, debe establecerse entre la acción ejecutada y el resultado generado, una relación directa que permita afirmar que una es consecuencia de la otra. Esta relación es la única que permite la imputación del resultado producido por el autor de la conducta y, por ende la responsabilidad penal”. (p.197)

Por lo anterior, es claro como a pesar de existir distintas concepciones relacionadas con la imputación objetiva y su definición, existe cierta unanimidad por parte de la doctrina en que, consiste en una teoría jurídica que vincula una acción y un resultado y busca determinar si efectivamente existe un vínculo relevante para el Derecho penal.

Criterios tradicionales de imputación objetiva.

Rojas Chacón y Sánchez Romero (2009) elaboran tres criterios para establecer la existencia de causalidad jurídicamente relevante:

1) La creación de un riesgo no permitido: Bajo este criterio: “(...) no hay creación ni incremento del riesgo, porque el resultado se hubiera producido de igual forma, aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.” (p.99) Por lo anterior, para establecer la existencia de dicha imputación se debe

crear un riesgo no permitido que efectivamente generará el resultado dañoso.

2) La realización de ese peligro o riesgo no aceptado en un resultado: “(...) permite excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos”. (p.99) Bajo dicho criterio solamente el riesgo en el que se acepta el resultado tendría relevancia jurídico penal.

3) La producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida: Bajo dicho criterio: “(...) nos permite solucionar casos en donde, aunque el autor ha creado o incrementado el riesgo que produce un resultado lesivo, este no se le imputa, porque no se produjo dentro del ámbito de protección de la norma”. (p.100) Este criterio también encuentra fundamento en la teoría del bien jurídico, donde solamente tiene relevancia las acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos.

Una vez analizados los principales aspectos de la teoría de la imputación objetiva, en el próximo capítulo se abordará el riesgo permitido como límite para la existencia de un criterio de imputación.

## II. Riesgo permitido

Tal como se indicó anteriormente, el riesgo permitido constituye uno de los principales límites a la aplicación de la imputación objetiva. En el presente capítulo, propiamente en la primera sección, se analizarán los aspectos generales del riesgo permitido, propiamente su definición, fundamentos doctrinarios, así como ubicación dentro de la teoría del delito para finalizar en las causas normativas y extra normativas que permiten su aplicación.

Finalmente, con el fin de analizar el tema desde un punto de vista práctico se analizarán resoluciones jurisprudenciales de tribunales costarricenses y se dará resolución a un caso específico.

### a. Aspectos generales.

## 1. Definición y relación con la sociedad del riesgo.

Continuando con la línea argumentativa de Jakobs, en relación con el riesgo permitido indica lo siguiente:

En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la que resulta más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa. A través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro -que cuando menos es de carácter abstracto-, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce. (p.51)

Con respecto al riesgo permitido, bajo la tesis anterior, es claro que se configura como un instituto doctrinario que nace de la vida social. No puede el Derecho o el legislador establecer como punible toda situación que genere algún tipo de riesgo social. Jakobs comparte esta posición indicando como: *"(...) una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entraña la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado, como riesgo permitido."* (p.44)

La creación del riesgo como tal, dentro de la sociedad, es un aspecto vital para su avance, esto propiamente en áreas como lo son en el comercio y el desarrollo de tecnologías. Sumamente relacionado con este aspecto el autor Ulrich Beck acuñó el término "sociedad del riesgo".

No queda nada que añadir al terrorífico pa-

norama (desplegado suficientemente en todas las partes del mercado de opinión) de una civilización que se pone en peligro a sí misma; tampoco a las manifestaciones de un Nuevo Desconcierto que ha perdido las dicotomías ordenadoras de un mundo del industrialismo «sano» pese a todos sus contrastes. (Beck, 1998, p.17)

A pesar de la existencia de dicho riesgo, es necesario para el avance de la sociedad que sean permitidos, tal como indica el autor Cruz Ártico (2014): *"si cada exposición a peligro estuviese receptada por el poder punitivo, los seres humanos cesarían sus actividades ante la amenaza de pena con la consecuente erosión de la dinámica social"* (p. 7), siendo que la doctrina fundamenta el motivo de esta circunstancia, como se verá a continuación.

## 2. Fundamentos de la doctrina del riesgo permitido

El autor Allen Martí Flores Zerpa (2024), realiza un interesante análisis de los fundamentos de la aceptación del riesgo en las sociedades actuales, resumiéndolos en los siguientes:

### 1) Utilidad social

El primer criterio para determinar si una acción debe ser tolerada como parte del riesgo propio de la sociedad es su utilidad social.

*"(...) solamente las acciones que contradicen el fin fijado en una norma pueden ser antijurídicas, de modo que, en un caso particular, se ponderaría el fin de la norma y la utilidad social de la conducta particularmente realizada; de lo cual se obtiene que cuanto más importante sea el fin establecido en una norma y menos útil sea el fin perseguido por la acción a juzgar, menor debe ser el grado de peligrosidad, por ello la acción es antijurídica de cara a la norma"* (p.258)

Este criterio sin lugar a dudas genera una serie de discusiones tanto a nivel moral como jurídico, ya que del mismo argumento es cla-

ro como existe una ponderación de bienes, donde el avance tecnológico de la sociedad se superpone a otros bienes jurídicos, como lo podría ser la vida, la integridad o el derecho a un ambiente sano. El auto refiere en relación con dicho criterio como:

“Resulta evidente que aludir a la utilidad social implica comprometerse con una perspectiva utilitarista de la creación y justificación de la norma, en el entendido de que toda norma implica una valoración de utilidad hecha por el legislador; este punto de vista ha sido objeto de crítica por Schürer-Möhr, según quien la libertad del individuo no puede verse limitada por el bienestar de la mayoría, en este sentido, se instrumentaliza al individuo ilícitamente”. (p.258)

Si bien, ese argumento en contra parece ser totalmente atendible, lo cierto del caso, es que en la práctica las sociedades actuales que se encuentran alienadas a un consumismo excesivo así requerido por la mayoría de personas y comprometido por “un avance social”, no parece ser una opción detener esta productividad por existir otras personas que no se encuentren de acuerdo con estos riesgos.

## 2) Ponderación de intereses

Este principio se encuentra sumamente entrelazado con el criterio anteriormente indicado como se puede concluir de la siguiente afirmación: “(...) *acepta un riesgo en tanto que amplía la propia libertad de acción con el fin de que se posibilite el contacto social. Vale decir que esta idea tiene origen en su concepción de las normas penales, que, al ser sancionadas, regulan el comportamiento humano para possibilitar la vida en sociedad*” (p 259). Efectivamente, permitir ciertos riesgos es inherente al contacto social, esto sumado a la globalización que genera una interacción entre los individuos, donde la necesidad de contacto e interacción social con fines comerciales entre las sociedades se volvió prácticamente una necesidad.

## 3) Legitimación histórica

Finalmente, para el autor, existe una legitimación histórica en ciertos comportamientos riesgosos, han perdurado tanto en la historia de la humanidad o de ciertos lugares en específico, que se volvieron parte de la habitualidad, “*no se trata de que la historia sea la que lo legitima, sino que el consenso sobre la permisión de un riesgo ya se ha realizado con anterioridad, de modo que determinadas formas de actividad permitida se han transmitido históricamente (...) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas*” (p 259).

## 3.Ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito

Para Jakobs (1996), aceptar que una acción se encuentra dentro del riesgo permitido excluye su tipicidad.

Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal no porque en el caso concreto esté tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. (p. 49)

Sin embargo, el autor admite que, en algunos momentos, existen riesgos permitidos que, si bien pueden crear situaciones típicas, también pueden contar con causas de justificación. Lo anterior lo ejemplifica de la siguiente manera: un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora no defrauda ninguna expectativa, con independencia de la finalidad que persiga con su viaje, pero el conductor de una ambulancia que circula por el mismo sitio a una velocidad de 75 kilómetros por hora para dirigirse al lugar en el que debe prestar su servicio, precisa de la situación de necesidad como

contexto para que, de modo excepcional, su comportamiento sea tolerado (precisamente, debido al contexto) (p. 50)

Esta posición también en relación con la ubicación del sustento del riesgo permitido es tratada por la jurista de la Paz López, quien determina como se puede establecer tanto como causa de justificación legal, como un elemento que no genera un daño al bien jurídico tutelado.

Otra corriente doctrinal ubica el riesgo permitido en el ámbito de las causas de justificación, diferenciándose tres sentidos. En primer lugar, puede considerarse que todas las conductas susceptibles de ampararse bajo el riesgo permitido son reconducibles a una específica causa de justificación supralegal. En segundo lugar, que todos los supuestos de riesgo permitido pueden solventarse mediante las causas de justificación legalmente previstas en el Código Penal. Y, por último, que el riesgo permitido opera en la misma forma que las causas de justificación legalmente previstas, excluyendo la antijuricidad del hecho. (de la Paz López, p. 16)

La misma autora hace referencia a otras posiciones doctrinarias que lo determinan como un eximente de la acción jurídicamente relevante. *“Una primera posición doctrinal sitúa a la figura del riesgo permitido en el primer elemento del delito, entendiéndola como una causa de exclusión de la acción. Esta interpretación considera que en los supuestos de riesgo permitido falta el objeto de la valoración jurídico penal, es decir, un comportamiento humano dotado de relevancia jurídica”*.

De las posiciones referidas, parece que efectivamente estamos ante un supuesto que excluye la tipicidad de la acción, ya que, en la mayoría de los casos, no tendría que analizarse la antijuricidad del comportamiento, al no cumplirse con los elementos del tipo. Si efectivamente estamos ante una situación de un riesgo que se permitió por el legislador, no podría tipificarse como un delito. En caso

de que el comportamiento sea tipificado en la norma penal como delito, entonces ya no estaríamos ante un riesgo permitido. No obstante, autores como Jakobs y Paz López sostienen que, en escenarios específicos, el comportamiento podría resultar típico, pero el riesgo permitido actuaría como una causa de exclusión de la antijuricidad.

Las causas de justificación constituyen normas de permisión para realizar una conducta que, en otras circunstancias, no estaría permitida. Por tanto, si bien es necesario, por obvias razones procesales, examinar caso por caso todos los supuestos en los que se produce una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a efectos de determinar si se ha actuado dentro del ámbito del riesgo permitido, esta institución es una tolerancia normativa de carácter general, no excepcional. (de la Paz López, p. 17)

#### **4.Causales normativas y extra normativas**

En relación con el riesgo permitido, la doctrina ha determinado que existen dos criterios para establecer su aceptación, propiamente los legales y extra legales. Cruz Ártico (2014) los define como normativos y extra normativos de la siguiente manera:

##### 1) Normativo

Para la determinación de si un riesgo es jurídicamente desaprobado lo importante no es lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino lo que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio subjetivo como el hombre prudente para adoptar uno objetivo fundamentado en la existencia de una posición de garante. Ello presupone la confrontación de la acción desarrollada con una conducta hipotética que es la que debió haberse desarrollado. (p.12)

Este criterio, vincula la responsabilidad del sujeto directamente con su posición de garante frente al evento específico. Bajo este supuesto, el agente asume la obligación

legal de velar por la tutela del bien jurídico protegido.

## 2) Extra normativo.

Se propone hacer un balance comparando las desventajas y ventajas de un comportamiento y si son límites socialmente tolerables. Este balance no obstante, por su propia estructura debería hacerse de forma independiente en relación con cada tipo penal y dependería en buena parte de si el autor ha actuado dolosa o imprudentemente. (p. 11)

El criterio extra normativo, más que limitarse a un sustento legal estricto para determinar si la acción del sujeto se mantuvo entre los márgenes de exigibilidad normativa; evalúa si al agente le era exigible actuar de cierta forma bajo parámetros socialmente tolerables.

Ante esta falencia se recurrió al hombre prudente -análogo al buen padre de familia del derecho civil-, una figura imaginaria cuyo comportamiento diligente, reflexivo y cuidadoso debería ser tenido como punto de comparación con la conducta llevada a cabo para así establecer si el peligro que ésta crea es desaprobado o no. Sin embargo, la alusión genérica a este arquetipo carece de precisión y exhibe una innegable falta de realismo, dado que esta persona modelo desarrolla sus actividades bajo unas condiciones ideales con las que casi nunca se cuenta en la vida real, sobre todo en los casos en los que se presenta una situación riesgosa. (p. 11)

Tal como lo indica el autor, se recurre entonces a la figura de un hombre prudente y cómo actuaría en el momento específico, esto con el fin de establecer si efectivamente la acción se le puede imputar o por el contrario se encontraba ante la existencia de un riesgo permitido.

El autor resume la deposición de la siguiente forma:

Las reglas de conducta social se pueden manifestar de varias maneras.

1- Mediante las normas: existen oportunidades en las cuales pese a un estricto cumplimiento de la reglamentación se genera un riesgo jurídicamente desaprobado.

2- Mediante el análisis de la situación concreta: como se dijo, las normas constituyen un indicador respecto de la permisión de los riesgos, al que debe sumarse el análisis de la exigibilidad personal y temporal de las mencionadas reglamentaciones, esto es, de la situación concreta en que al autor se hallaba al producir riesgo analizado. (p. 12 y 13).

Una vez definidos los principios doctrinarios que determinan la existencia del riesgo permitido y si es aplicable a un caso concreto o no, se realizará un análisis jurisprudencial, con el fin de establecer el tratamiento brindado por la jurisprudencia costarricense al tema.

## **b. Revisión jurisprudencial**

El riesgo permitido se ha valorado ampliamente por parte de la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, es importante indicar que se ha utilizado para la resolución de casos principalmente culposos. De igual manera, es importante delimitar que se valorará solamente jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema Justicia, esto como tribunal máximo costarricense en materia penal.

Mediante la resolución del año 1993, se determinó lo siguiente:

De consiguiente, si hay un riesgo permitido, dentro de lo que se denomina acción socialmente adecuada, es claro que la culpa penal es una acción que excede la permisión del riesgo, por lo que se trata de una acción socialmente inadecuada. En el caso de autos, se describe la acción del imputado García Vargas quien, por conducir un vehículo a «exceso de velocidad» por una vía debidamente demarcada, no pudo evitar la in-

vasión del carril contrario a aquel por donde circulaba, chocando de frente contra una motocicleta que estaba detenida cediéndole el paso y produciendo las lesiones a Beita Altamirano y Jiménez Gómez (v. fl. 162 ff. y vt.). La permisión de transitar por las vías públicas a velocidades que hacen posible la causación de resultados lesivos a bienes jurídicos no es ilimitada, y llega no solo a las autorizaciones que la ley o los dispositivos fijos de tránsito establecen, sino que se reduce (el permiso) de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar como por ejemplo un accidente en carretera, la presencia de operarios en la vía o de niños atravesando la calzada, lluvia, neblina, derrumbes, etc. En el presente caso, tiene acreditado el a quo la conducción de un automotor a una velocidad tal que hizo imposible su maniobrabilidad, lo que se constituyó en causa directa de las lesiones de los ofendidos. Es muy claro que se excedió el riesgo permitido y, en términos generales, la falta al deber de mantenerse dentro de los límites de la permisión es configurativa de la culpa penal. (Resolución N.º 00511 – 1993)

En esta primera resolución, se determina como la aplicación o vigencia de vieja data en la jurisprudencia de la figura del riesgo permitido y la culpa como un exceso para este riesgo, lo que genera es que sea jurídicamente relevante, así como reprochable al encartado.

Por su parte, la resolución número 00510 – 1996 incorpora un elemento sumamente relevante, ya que realiza una valoración referente a la actuación de un hombre prudente, aspecto relacionado a un criterio extra normativo como se analizó anteriormente, no obstante, el caso se analiza por medio de la existencia de culpa en un accidente de tránsito.

El Tribunal de mérito aplicó incorrectamente -se alega- el artículo 79 de la Ley de Tránsito al “decir que el imputado violó el deber de cuidado (al extremo que el tribunal sostiene la tesis de que podría hablarse de un dolo eventual y recalificar el hecho como homici-

dio simple), **porque si bien es cierto el artículo 79 prevé la conducción defensiva pero ésta no puede ser excesiva, es decir, el conductor tiene que tener la prudencia de un buen padre de familia pudiendo prever situaciones normales pero nunca las anormales porque sería pedirle una diligencia que no podríamos exigirle a un hombre medio” ( sic, folio 157 vltº y 158 fte)**. El punto central que se alega se sustenta en que los jueces se equivocaron al aplicar ese artículo por cuanto lo que se exigió al encartado va más allá de lo que se puede pedir a un “hombre medio”. Este aspecto quedó en parte explicado en los dos considerandos anteriores por cuanto la conclusión a que llegaron los jueces fue el resultado de la evaluación de todos los elementos de juicio. En ningún momento exigieron una conducta anormal, pues de los hechos acreditados quedó claramente establecido que Z.H. tuvo el tiempo y la distancia necesarios para tomar medidas de precaución con las cuales pudo evitar el lamentable resultado.” (Resaltado no es del original)

Finalmente, la resolución número 01118 – 2021, que es relativamente actual, analiza de forma amplia el riesgo permitido, definiendo tal como se concluyó anteriormente, que el riesgo permitido excluye la tipicidad de la conducta. De igual manera, define el riesgo permitido como “un límite” donde posterior a que se traspasa es que nace la responsabilidad penal.

Dentro de la conceptualización de la tipicidad culposa, el riesgo constituye un insumo de importancia para el análisis, toda vez que no todo riesgo resulta relevante para el derecho penal, debido a que la cotidianidad del ser humano transcurre de forma paralela con el desarrollo de actividades riesgosas, siendo uno de los ejemplos clásicos la conducción de vehículos. Algunas conductas riesgosas son toleradas socialmente, por lo que se les denomina “riesgos permitidos”, lo que implica que, a pesar de crear peligro para uno o varios bienes jurídicos, es reconocida por el ordenamiento jurídico dentro de ciertos márgenes de acción. Al respecto Roxin indi-

ca que el riesgo permitido se refiere a “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.” (Roxin, Claus. “Derecho Penal Parte General”. Editorial Civitas. Madrid, España, 1997. Pág. 371). Las actuaciones que se realizan dentro del riesgo permitido impiden la imputación del tipo objetivo, por cuanto se entiende que no existe una infracción al deber de cuidado, mientras que el incremento del riesgo posibilita la imputación. Sin embargo, tomando en consideración que el resultado no puede considerarse como una simple constatación de un proceso causal, es necesario que se efectúe un análisis con una perspectiva *ex ante*, en el que se determine si, con la eliminación de la conducta riesgosa, el resultado se habría evitado. Es decir, el resultado debe ser objetivamente imputable a la acción efectuada con infracción al deber de cuidado o, dicho de otra manera, el peligro creado por la acción debe haberse concretado en el resultado dañoso. En aquellos casos en que el resultado se habría generado a pesar de que el autor hubiese actuado cumpliendo el deber objetivo de cuidado, la tipicidad se excluye. Al respecto la doctrina refiere que para efectuar una imputación justa “ha de comprobarse, como una posibilidad rayana en la certeza, que el resultado se ha producido a causa de la lesión del cuidado, en otro caso hay que absolver”. (Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. Editorial Jurídica. Chile, 2004. Pág. 194). El cuidado debido requiere la previsión de los riesgos y la toma de medidas adecuadas para evitar el peligro, por lo que existirá una infracción a este, tanto por quien no previó el riesgo, como por el que no tomó las medidas que le eran exigibles para evitar el daño. El riesgo permitido entonces se convierte en una suerte de límite, a partir del cual inicia la responsabilidad penal por imprudencia. En consecuencia, existirá una acción imprudente con relevancia jurídica, cuando el agente rebase el riesgo permitido y ocasione el resultado típico. Para determi-

nar los parámetros del riesgo permitido, el juez se podrá guiar con lineamientos derivados de la legislación, reglamentos, los usos sociales e incluso la experiencia en el desarrollo de ciertas actividades. Sin embargo, será las circunstancias del caso concreto las que determinen si existió o no una infracción al deber de cuidado.

Finalmente se analizará un caso en específico, con el fin de abordar la aplicación práctica de la imputación objetiva, propiamente el riesgo permitido.

### **c. Análisis de caso práctico**

#### **Exposición del caso**

Un sujeto es acusado porque derribó una estructura de caza de tres metros de altura, sobre la cual se encontraba sentado su tío (adulto mayor). Si bien se acreditó que el encartado quiso lesionarlo corporalmente, no se logró probar la existencia de dolo de muerte. La caída fue relativamente leve, dado que la víctima sufrió en un primer momento, sólo una grave fractura de tobillo.

Cuando luego de su tratamiento fue dado de alta, no se le advirtió de la necesidad de hacer ejercicios diarios de movimiento, ni se le prescribió un medicamento anticoagulante para prevenir el riesgo de una embolia.

El paciente estuvo en cama varias semanas hasta que finalmente enfermó de una pulmonía y de una embolia que ya no pudieron controlarse, muriendo a causa de esto.

Sin embargo, resulta ya problemático determinar si el resultado de muerte es imputable al autor por imprudencia, ya que por la omisión de una disposición médica relativamente sencilla y siempre indicada habría podido impedirse.

Aquí se cumple con el requisito de la causalidad y también de la causalidad de la infracción del deber de cuidado, pues no cabe duda de que el tío estuvo obligado a

permanecer en cama durante varias semanas por el padecimiento en su pie. Que es contrario al deber de cuidado derribar a otro que está a tres metros de altura en un puesto de caza, que precisamente estas características descuidadas de la conducta del autor han condicionado la fractura del tobillo, son cuestiones que no necesitan discutirse.

Una interrupción de la imputación podría fundamentarse en el requisito de continuidad, pues el estado del paciente después de la asistencia médica por la fractura y el riesgo unido a ella de una embolia y de una pulmonía por falta de movimiento, deberían considerarse permitidos. Esto podría fundamentarse en que el riesgo se habría eliminado simplemente con el comportamiento adecuado del médico y del paciente. Sin embargo, fue el sobrino el que puso al médico y al paciente en situación de tener que observar cierto cuidado para minimizar el riesgo de una pulmonía o embolia mortales.

Además, en tanto pueden presentarse graves errores en el servicio masivo de una clínica moderna, incluso los más graves, especialmente omisiones, no existe razón lógica para eximir al autor inicial por haber expuesto a la víctima a tal riesgo médico, incluso si esto deviene en un error grave. Esto rige con independencia de si este error consiste en una omisión o en una acción.

Si el primer autor se queja de que el segundo autor lo ha comprometido en la responsabilidad por el segundo resultado mediante su conducta negligente, el segundo autor puede señalar que el primer autor lo ha puesto en situación de tener que observar cierto cuidado para prevenir el riesgo del segundo daño.

**Cuestionamiento:** ¿Es posible establecer la existencia de un riesgo permitido de error médico en este asunto que agrave la conducta delictiva del primer autor?

Con respecto al sobrino, no existe una conducta que le pueda ser achacable al resul-

tado muerte. Nótese como hubo una interrupción en la línea causal de la acción que realizó. Si bien, realizó la acción que provocó la lesión de su tío, no podría acreditarse una relación causal entre dicha lesión, que fue debidamente tratada, por profesionales, con el resultado muerte, producto de la "mala praxis" médica.

Si se refiere como primer autor, al doctor que atendió y "no advirtió de la necesidad de hacer ejercicios diarios de movimiento, ni prescribió un medicamento para licuar la sangre y prevenir, así, el riesgo de una embolia", efectivamente estamos ante la existencia de un error médico que sobre pasa la existencia de un riesgo permitido.

Con respecto a la medicina su práctica profesional por medio de profesionales en la salud, efectivamente, existe una aceptación social con respecto a los riesgos de su aplicación.

En el presente caso, existía por parte de los médicos tratantes, un "rol social" del médico, donde debe aplicar sus conocimientos especializados, lo que le otorga una posición de garante con respecto al ofendido y al omitir indicar la información correspondiente a los ejercicios que debía realizar y no prescribir el medicamento necesario, incurrió en una falta al deber objetivo, por lo que su accionar efectivamente es típico (acción por omisión) en el delito de homicidio culposo.

### III. Conclusión

Finalizada la presente investigación se logró abarcar el tema de la imputación objetiva y sus dimensiones, así como limitaciones como figura en el Derecho penal; específicamente el riesgo permitido como parte de dicha teoría.

El riesgo permitido, como figura jurídica limita la responsabilidad penal de los individuos que forman parte de la sociedad, sociedad que como se determinó en la investigación, es una sociedad del riesgo. Y es que, si bien

existen distintos riesgos propios, en actividades que se volvieron rutinarias, como el transporte tanto vehicular como en otros medios, como barcos o aviones, así como en el uso de las tecnologías, se puede concluir que estos riesgos son necesarios para el desarrollo y avance de la sociedad como un todo.

De igual manera, se lograron verificar cuáles son los prepuestos que permiten determinar que efectivamente el riesgo permitido es necesario en la sociedad actual, así como la ubicación de este riesgo permitido como componente en la teoría del delito. Se concluyó que el riesgo permitido si bien es analizado en la tipicidad de la conducta, existen casos específicos donde algunas conductas típicas se encuentran amparadas en causas de justificación, como podría ser el caso de un conductor de una ambulancia que conduce en exceso de velocidad por una emergencia.

Finalmente, se analizó la jurisprudencia de la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia, que permitió delimitar como efectivamente en casos de delitos culposos, la jurisprudencia ha reconocido desde vieja data la aplicación del riesgo permitido, así como su análisis en el tipo penal y necesidad de permitirse ciertos riesgos por ser necesarios para la sociedad.

## **Bibliografía**

Beck, U. (1998) La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Editorial Paidós Ibérica. España.

Cruz Artico, J. (2014) El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación. Tesis de grado. Universidad Nacional del Noroeste. Argentina.

De la Paz López, M. (2018) Riesgo Permitido y Responsabilidad Penal. Universidad de la Laguna, España.

Flores Zerpa, A. (2024) Miranda Díaz D. (2017). Observaciones al fundamento del riesgo per-

mitido. Tesis de grado. Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 46, N.º 120. Consultado en <https://share.google/vMBt8rIXfDA5FS5JE>

González Castro. J. (2008) Teoría del Delito. Programa de Formación inicial de la Defensa Pública de Costa Rica. Poder Judicial. Costa Rica.

Jakobs, G. (1996) La imputación objetiva en el derecho penal. Editorial AD-HOC. Argentina.

Rojas Chacón, J. (2009) Teoría del Delito. Aspectos teóricos y prácticos. Tomo I. Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica.

Villela, R. Compilador. (1998) Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Argentina.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución número: 00511 – 1993.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución número: 00510 – 1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución número: 01118 – 2021.



**PRESENTACIÓN DEL LIBRO  
“PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO”  
DR. RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE**

**7**

[Volver a Contenidos](#)

# PRESENTACIÓN DEL LIBRO “PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO” DR. RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE

La Universidad Escuela Libre de Derecho y su Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Carlos Gómez Rodas, presentaron el libro “**Principios de Derecho Público**”, dirigido por el jurista Dr. Rubén Hernández Valle.

Este acto se realizó el lunes 09 de febrero de 2026 en las instalaciones de la Universidad, y contó con la participación del Vicerrector Académico Dr. Sergio Donato Calderón quien ofreció la bienvenida y con este acto dio apertura al nuevo año académico, en la mesa principal estuvieron los profesores Lic. Ramón Badilla y M.Sc. Luis Ortiz, quienes brindaron sus comentarios de la obra; así mismo, se contó con la distinguida asistencia de la señora Magistrada Suplente del TSE y docente la M.Sc. Wendy González Araya, los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, su presidente el Lic. Miguel Arias Maduro, la pro secretaria la Dra. Angie Arce Acuña y la vocal I la Licda. Ana Lorena Mendoza Carrera, los profesores M.Sc. Andrés Fernández Alpízar, Dr. Eric Briones Briones y el M.Sc. Huberth May Cantillano, y las autoridades administrativas el Dr. Javier Quirós Quirós, la M.Sc. Magally Pochet Meléndez, la M.Sc. Marjorie Alpízar Román.

Este nuevo logro representa un gran paso dentro de las labores de investigación científica que desarrolla el Instituto y que se suma a proyectos previos como la revista *Tribuna Libre*, el podcast *Ayer y Hoy La Libre* y el libro *La Constitución 75 años después*.

En el libro se hace referencia a los principios del Derecho Público que constituyen los fundamentos, pilares y estructura del sistema jurídico que regula las relaciones entre el Estado y las personas, así como entre los propios órganos estatales, refrescando y fortaleciendo el manejo básico conceptual de estos institutos jurídicos para el buen aprender y entender nuestro Estado de Derecho. Su estudio y comprensión resultan imprescindibles para toda persona interesada en el quehacer jurídico, por lo que se constituye en una obra de consulta obligatoria.





A continuación, el enlace para acceder a la presentación del libro Principios de Derecho Público disponible en nuestro canal oficial de YouTube.

Este recurso complementa el contenido académico y ofrece una visión general de los principales aportes de la obra.

[VER VIDEO](#)

**DISPONIBLES EN LA**

Universidad Escuela Libre de Derecho



2283-5533



8672-6331



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES  
**JURÍDICAS**  
DR. CARLOS GÓMEZ RODAS



ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD

# **ANECDOTARIO EN MEMORIA DEL PROF. DR. ROLANDO SOTO CASTRO**



[Volver a Contenidos](#)



# POR: WALTER ALVARADO

---

## Hace 42 años en la entrada de la Escuela Libre de Derecho

El primer lunes del mes de Febrero, me dirigía a la Escuela Libre de Derecho, era un estudiante de 17 años recién cumplidos (hacia 15 días había dejado de ser un adolescente de 16 años) y me dirigía a la Lección de Historia del Derecho con el Doctor Marco Antonio Fallas, la Escuela Libre se ubicaba, entre avenida 8 y avenida 10, y calle 13, la cuestión es que iba feliz a mi primer día de lecciones de Derecho, gracias al Licenciado Santiago Mora Suarez (de la primera generación de graduados de la Escuela Libre de Derecho) quien convenció a mi padre, que la mejor herencia que podía dejarme, era matricularme en la Libre, para abreviar diré que ese día me levante de madrugada, porque quería ser el primero en llegar a la Escuela Libre, por eso antes de las 7 de la mañana (diría madrugada) iba a mi destino, para ratificar que sería el primero en llegar, no importaba que la lección fuera a las 8 de la mañana, cuando llegue a la Libre, me desilusione, no era el primer alumno, era el segundo en llegar, el primero, un joven mucho más alto que yo, con una buena melena, fornido y con pinta de rockero indomable pero de 16 años de edad, cumplía los 17 años, hasta el 18 de febrero de 1984, sea yo era mayor que él por escaso un mes y seis días, ahí entablamos conversación de inmediato, cabe decir que el resto del año y de toda la carrera, continuamos siendo los primeros en llegar, temas que nos unían, muchos la música, la literatura, el cine, y la amistad nos permitió a lo largo de los años, compartir aproximadamente 175 conciertos con artistas internacionales, en México, Panamá y Costa Rica, anecdótico es que como teníamos 17 años y el carné de la Escuela Libre nos los dieron como hasta mayo, y considerando que la Biblioteca de la Libre era más pequeña que mi biblioteca actual, (y básicamente su contenido eran las leyes en vigencia) decidimos ir a la Biblioteca de la Corte Suprema, al pedir libros, la bibliotecaria nos pidió identificación y como éramos menores y no teníamos, me preguntó "que lo identifica entonces" yo le dije "mi mamá y está en mi casa", cabe decir que bastante molesta, (pensaba que estábamos bromeando) no nos volvió a prestar libros hasta que la Libre nos dio el carné, (sea como unos tres meses después), nos hicimos asiduos asistentes entonces a diversas bibliotecas, era común toparme con Rolando en la Biblioteca Nacional, la de la UACA, la del Colegio de Abogados, de la Biblioteca Nacional una vez casi nos corren por hablar mucho. Nuestra materia favorita además de las que cursábamos, era sin duda alguna la tertulia, formamos grupo de estudio con otros compañeros, (que nos llevaban 2 o más años) éramos cuasi adolescentes, dedicados casi por completo al estudio del derecho, llevamos incluso cursos de italiano y francés para realizar las pruebas de grado de bachillerato y licenciatura en ambos idiomas, nuestra profesora era una italiana muy agradable de nombre Nadia, que daba lecciones en su apartamento a la vuelta de la Biblioteca Nacional, por esos mismos años, en un Diciembre, después de una noche estudiando para pruebas de grado, en nuestro grupo de estudio, cerca de las diez de la noche, fuimos al campo ferial de Zapote y vimos en un bar (chinamo) un televisor de espectacular pantalla de 14 pulgadas (faltaban muchos años para que se inventaran las pantallas planas) y pasaban la película The Wall de Pink Floyd, (imaginen a 20 rockeros de pie alrededor del minúsculo televisor y cantando a más no poder) ¿Qué puedo decir? me siento agradecido con la vida por haberme permitido vivir los años ochenta en la Libre de Derecho, y haberme hecho amigo de Rolando (aunque la vida es tan justa que nos regala hermanos de vida, (así sentía a Rolo), para hacer

más pasable este pequeño y breve momento que se llama vida). Se que su paso hizo feliz a muchos (amigos, familiares, extraños, desconocidos) siempre fue muy generoso con su buena voluntad de ayudar. San José, 7 de abril de 2026, a un año de su partida, sigue viviendo en nuestro recuerdo.



*1986 en la UELD, estudiantes Walter Alvarado, Álvaro Cascante y Rolando Soto.*

## **POR: ERIC BRIONES BRIONES**

---

Tuve el honor de haber conocido al Dr. Rolando Soto Castro (Q.E.P.D.), precisamente un día 29 de octubre del año 2013 y fue cuando juntos nos sentamos en el Teatro Melico Salazar, uno al lado del otro, para recibir nuestro título de Doctorado en Derecho, cada quien dentro de su especialidad. El como un gran experto en Derecho de Familia, con cuadro de honor y el suscrito, como laboralista.

Las 2 horas que estuvimos juntos, vino a significar que, de ahí en adelante, nos hiciéramos

buenos amigos, nos consultáramos y que nos viniéramos a encontrar nuevamente en el Colegio de Abogados y Abogadas, dentro de las distintas comisiones y también como docentes, en esta excelentísima casa de enseñanza, como lo es nuestra Universidad Escuela Libre de Derecho.

Amigo, sé que estas gozando en el más allá con plenitud y abundancia. Algún día nos volveremos a reencontrar, fue un honor haberte conocido, con tu gran don de gentes y tu humildad, que te caracterizó para compartir el abundante conocimiento, que ostentaste y lo entregaste en pro del país, desde la judicatura, las aulas universitarias y las diversas trincheras en las que contribuiste, dentro de este mundo terrenal. Bendiciones y un abrazo en tu grato recuerdo.

Dr, Eric Briones Briones  
Profesor de derecho laboral UELD.  
Sábado 21 de feb. de 2026

## **POR: RONALD RUIZ HIDALGO**

---

Lo recuerdo muy serio y disgustado defendiendo su rock and roll, casi como único género musical válido. En mi caso se ponía rojo del enojo una vez que le dije "que qué buenos los mariachis". Vieran que bravo...

También lo recuerdo en aquellos momentos cuando había que referirse a algún criterio erróneo de alguna resolución judicial de un Juzgado de Familia del país; muy resignado y parsimoniosamente decía "Esque con este chiquito o chiquita, vieras como cuesta..." "

## **POR: EFRÉN RIVERA**

---

Hace 25 años, en el 2001; Don Rolando me dio la oportunidad de brindar lecciones. Me instruyó, me guió y me dijo "hacia adelante". Son varias las etiquetas que Don Rolando cargó en su vida, posiblemente "Amigo", "Profesor", "Señor Juez" entre muchas otras... Yo lo recuerdo con un "Subdirector"; y agregó: "Gracias Señor SubDirector".

Efrén Rivera

# POR: ALEJANDRA GÓMEZ FONSECA

---

En memoria

Es un privilegio poder dedicarle unas palabras a un profesor que, con su inteligencia, conocimiento y pasión por el derecho, inspiró a tantas personas, incluyéndome. Aunque muchas veces las palabras quedan cortas, agradezco mucho tener un espacio para hacerle honor a uno de los mejores profesores que he tenido, el Profesor Rolando Soto Castro.

La clase de derecho de familia con el profe Rolando, nunca fue una clase ordinaria. Guardo con mucho cariño el recuerdo de los inicios de cada clase con sus repasos de grandes músicos del rock (un poco de cultura muy necesaria), continuando su lección conversando sobre temáticas de la realidad nacional o internacional, siempre con un hilo conductor que finalizaba con la importancia del derecho como herramienta de justicia social ¡qué maravilla de clase! Logró enseñarnos los principios del derecho de familia de la manera más humana, empática y con la seriedad que la temática requería, nos permitió en cada espacio desarrollar una perspectiva crítica de la teoría y, sobre todo, nos enseñó que las leyes deben de estar en función del bienestar de las personas y que esa debe de ser siempre nuestra guía en el ejercicio de la profesión.

El profe demostró en las aulas y fuera de ellas, como juez, que no hay nada más importante en la enseñanza que predicar con el ejemplo. Sin duda alguna, para mi se convirtió en un referente, como profesional y como persona, alguien a quien pude recurrir muchísimas veces para ayudar a personas que lo necesitaban; nunca recibí un no, una excusa, algo de displi-cencia o una respuesta tardía, su disposición para ayudar y hacer este mundo un poco más justo, fue infalible.

Hay personas que dejan el mundo un poco mejor de lo que lo encontraron, personas que inspiran, que trazan camino y dejan huella, que trascienden en los cambios que generan en los demás; el profe Rolando fue una de ellas. Gracias profe por enseñarme una manera diferente de entender y practicar el derecho, y gracias a ustedes por leerme y permitirme contarles sobre un profesor excepcional que recordaré toda la vida.

Con mucho cariño,

Alejandra Gómez Fonseca



*Foto superior: 2014, Grupo de excompañeros de la UELD celebrando los 25 años de incorporados. Foto de abajo: 1988, Grupo de compañeros en su último día de clases en la UELD.*

# POR: ANA SANZ

---

Siempre recordaremos a Rolando Soto, nuestro querido amigo y compañero de Comisión Académica del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Junto a él, como Presidente de comisión, hicimos equipo en jornadas de trabajo con compromiso. Y fuera de trabajo, nos acostumbramos a hacer de nuestras conversaciones una tertulia amena.

Su vida estaba llena de contrastes. En tono serio podía contar los chistes más hilarantes, y en son de broma podía sinterizar las obras literarias y jurídicas.

Su amor por la justicia sólo era superado por el amor a su padre, también jurista, a quien admiró y siguió ejemplo.

Su pasión era el Rock (“decir ‘heavy’ era innecesario para mí”) y la trova.

Decía que era “abogado de profesión y rockero de corazón - ¡y al revés!”

Así lo recuerdo: su energía inagotable, su pasión por el rock y su dedicación a sus estudios y a su trabajo impecable.

Se debatía entre Derecho de Familia y Derecho Comercial, ambos ámbitos en los cuales hizo importantes aportes. Era un abogado humanista y también apasionado por el deber ser y la lógica jurídica.

Siempre dispuesto a aprender humildemente y a compartir su conocimiento con los demás.

Recordamos cuando nos anunció la publicación de uno de sus libros, por el que lo vimos trabajar y nos dijo: “Puedo decirles ahora que he plantado un árbol, he tenido un hijo y ahora me complace decirles que publicaré un libro”. Cuando decidimos participar de la presentación de ese libro, se sorprendió mucho vernos. “Me siento como rockero, dando autógrafos” al firmar mi ejemplar. Por supuesto. Así era Rolando.

No olvidaré también mi impresión al encontrarme con él (y varios de sus amigos) en un concierto de rock. Difícil reconocerlo con camiseta, anteojos y pañuelo en la cabeza. Le hizo gracia que no me diera cuenta y con la voz potente que lo caracterizaba gritó: “¡Que viva el Rock y el Derecho, Sanz!”

Su partida fue muy pronta, pero su huella es viva. ¡Que viva el Rock! ¿Verdad, Rolo?

Su amor por la justicia y la ley era evidente en todo lo que hacía. Era un jurista joven destacado, pero sobre todo, era un amigo leal y sencillo.

Su legado vivirá en nuestros corazones.

Ana Sanz, graduada de la UELD y compañera en Comisión Académica del CA

# POR: ERIKA HERNÁNDEZ

---

## ANÉCDOTAS CON ROLANDO SOTO POR ERIKA HERNÁNDEZ

Hay personas que llegan a la vida y se quedan para siempre, aun cuando ya no estén. Así era Rolando Soto. Lo conocí en 1991, cuando éramos jóvenes, yo todavía estudiante de Derecho y él ya Abogado, hace casi 35 años de aquellas noches en que, con un grupo de amigos, salíamos casi todos los fines de semana a escuchar al grupo de rock nacional 7,5 Richter. Rolando esperaba con especial emoción las presentaciones donde cantaba Rafita “Queen”; se sabía las canciones, cerraba los ojos y movía la cabeza con esa mezcla de pasión y análisis que solo él sabía tener. También coincidíamos cuando varios músicos se reunían a tocar rock; entre ellos, el guitarrista y Juez Juan Carlos Granados, eran encuentros llenos de risas, acordes y conversaciones interminables. Rolando disfrutaba cada minuto y cuando los chivos eran en mi casa, días antes me preguntaba, casi con formalidad académica y sonrisa cómplice, si habría picadillo de mi mamá y aquellos tamalitos de frijol que siempre me gustaba dar. Para él, esos detalles eran parte esencial de la actividad.

Siempre lo recuerdo con un libro debajo del brazo. Era un lector voraz, un hombre profundamente inteligente. Tenía una especie de alergia elegante a la superficialidad; se le notaba cuando alguien decía “tonterías”, no necesitaba levantar la voz, bastaba su expresión, esa mezcla de ironía y pensamiento crítico que lo caracterizaba. Compartimos también, casi cinco años en la Comisión Académica del Colegio de Abogados y Abogadas, él coordinaba, era un espacio de debate, ideas firmes y convicciones profundas en mejora de la parte académica del gremio. Almuerzos de amigos y las saliditas al pub Irlandés en las cercanías del Colegio.

También hubo noches que todavía suenan en mi memoria: El concierto Iron Maiden, Black Sabbath, etc., y cuando lo vi “bailando” en el concierto de Slayer, cantaba con el alma, siempre en compañía de su entrañable amigo Walter.

Mirando en perspectiva, ahora puedo intuir que él entendía algo que muchos tardamos en comprender, que la vida no se mide solo en años, sino en instantes intensos. Y que esas noches de música, risas y complicidad son las que, con el tiempo, se convierten en los recuerdos que nos abrigan cuando el silencio llega. Hay frases que en el momento parecen simples, casi ligeras, y que con los años se transforman en profecías suaves que nos acompañan para siempre. Hace unos quince años, en una conversación cualquiera —de esas que uno cree cotidianas y después descubre que eran extraordinarias— Rolando me dijo con su serenidad habitual: “Erika, hay que disfrutar mucho la vida, porque en un abrir y cerrar de ojos tendremos 60 años”. No lo dijo con nostalgia ni con temor, lo dijo sonriendo, con esa mezcla suya de lucidez y calma, como quien observa el paso del tiempo sin dramatismo, pero con plena conciencia de que no se detiene por nadie. En aquel instante la frase fue apenas un comentario más, hoy es un eco, es una frase que regresa a mí con una fuerza distinta, duele recordarla, porque la vida, caprichosa e impredecible, no le concedió llegar a esas seis décadas que imaginó con naturalidad.

Hay partidas que el calendario no logra volver lejanas; sin embargo, cuando pienso en Rolando, lo hago desde la gratitud, porque dejó conversaciones inteligentes, noches de música y amistades verdaderas, me quedo con los buenos recuerdos y sé que vivió sus 57 años con intensidad y significado. Y mientras lo recordemos así seguirá apareciendo en cada acorde de rock, en cada debate inteligente y en cada instante que decidamos disfrutar, tal como él nos enseñó.

## **POR: PEDRO BRENES.**

---

### ANÉCDOTA CON ROLANDO SOTO

Las personas nos distinguimos y definimos frente a los demás por nuestras convicciones, personalidad y carácter. Quienes tuvimos el honor de conocer a Rolando Soto sabemos que él era un rockero de férrea convicción, que tenía como hobby ser abogado. Su sentimiento por el rock era diametralmente opuesto al que tuvo por un artista guatemalteco cuyo apellido comienza por “A” y termina por “rjona”, y sabemos los epítetos que hacía sobre este personaje -poco menos que soeces-; realmente daba gusto escuchar a Rolando pues su humor seco y negro era preciso para describir sus sentimientos de la mejor forma.

En cierta ocasión estamos en algún lugar -no sé si bar o restaurante o ambos-; y cometí el error de decirle -solo por picar-; que me gustaba Arjona, con su habitual respeto profirió algunas palabras dedicadas al intelecto, creatividad y arte del “cantante”; claramente nos reímos y un rato después -ya entrados en un tema sobre el romance-; le pregunté su opinión sobre las siguientes frases que busqué en internet: “(...) o aprendes a querer la espina o no aceptes rosas (...)” y; “(...) las nubes grises también forman parte del paisaje (...)”; me dijo que estaban bien, le hacían sentido..., le revelé de inmediato que eran parte de una canción de este artista y bueno, se podrán imaginar la reacción y la cara que puso, yo le sonreí y no dije nada más, la situación pasó desapercibida hasta el día de hoy. Ese día, como era habitual, nos reímos y pasamos un buen rato.



2015, Presentación del libro "Levantamiento del velo social", del Dr. Rolando Soto Castro. Amigos y excompañeros de la UELD, Cristina Gómez, Ana Sanz, Rolando Soto, Erika Hernández y Pedro Brenes (De izquierda a derecha)

# POR: CRISTINA GÓMEZ.

---

En Memoria de una de las personas que más ha impactado mi vida.

Conocí a Rolando en la Comisión Académica del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, que él coordinaba, desde las primeras sesiones pude ver su determinación, cultura, conocimiento, lealtad y justicia social.

Aprendí mucho de Derecho con él y sobre todo sobre justicia social, nunca olvidaré que, como juez enfatizaba en que no era nombrado para opinar, sino para hacer cumplir la ley. Siempre orgulloso graduado y profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

Nos hicimos amigos un día en una actividad del Colegio en la que nos encontramos leyendo el mismo libro y con la misma actitud hacia la persona que era homenajeada en ese momento. Después de eso coincidimos en un grupo de amigos y colegas con el que asistíamos a conciertos de rock, compartimos nuestros libros y música preferida, aunque nunca pudimos armonizar nuestro gusto futbolístico.

Fue un amigo leal y siempre estuvo dispuesto a demostrarlo, nunca recibí un no, o un tal vez, cuando solicité su ayuda o su apoyo. Era de las pocas personas con las que, en un debate de ideas o creencias, yo realmente me preparaba para sostener las mías y refutarle sus argumentos, si no estaba segura ni siquiera entraba en la discusión. Una de esas discusiones se daba porque los dos habíamos experimentado pérdidas familiares muy dolorosas, pero de manera distinta, él por la muerte repentina de su hermano y yo por la pérdida de mis padres tras largas enfermedades. Siempre argumentó que el no poder despedirse de alguien querido era lo más difícil de afrontar y que por eso había que vivir la vida al máximo, pero como yo no coincidía me decía: "...hágame caso que cuando usted estaba naciendo yo ya estaba en primer año del colegio..." yo ante tal falacia terminaba enrojecida, pero sintiéndome victoriosa, porque se le acababan los argumentos y las palabras a una persona a la que eso no le pasaba. Muy a mi pesar y de la manera más triste, su partida repentina me demostró que tenía razón. Hay que vivir la vida al máximo, disfrutar con los seres queridos y nunca postergar el encuentro o la conversación con las personas que hacen que la vida sea plena, importante y tenga sentido. ¡Nunca dejen un almuerzo, un cafecito o un traguito para después!

En lo personal, recordaré y trataré de honrar su deseo de vivir plenamente y como me decía siempre: "qué no le pase yogurt por las venas".

**Cristina Gómez**



Prof. Dr. Rolando Soto Castro.

# DOCUMENTOS DIGITALES

# 9

[Volver a Contenidos](#)



# PODCAST

Temporada 11 ▶

Invitado:  
**M.Sc. Luis Alonso Rojas Rishor**

**EPISODIO 7:**  
**TENDENCIAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**  
EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 11 ▶

Invitado:  
**Dr. Carlos Picado**

**EPISODIO 8:**  
REFORMAS AL  
**CÓDIGO PROCESAL AGRARIO**

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 12 ▶

Invitado  
**Rafael Dickson**

*Episodio #1*

**Geoestrategia**  
y contratación pública ▶

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD Sintonizanos en:    

Temporada 12 ▶

Invitada  
**Dra. Analía Antik**

*Episodio #2*

**El liderazgo jurídico**  
en la era de la disrupción tecnológica ▶

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD Sintonizanos en:    



Temporada 12 ▶

Invitada  
**Miriam Ivanega**

Episodio #3

# Transparencia

e integridad en las contrataciones públicas ▶

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

Sintonizanos en:    



Temporada 12 ▶

Invitado  
**M.Sc. Ricardo Nassar**

Episodio #4

# Beneficiarios finales en Costa Rica:

lo que toda empresa debe saber para evitar problemas ▶

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

Sintonizanos en:    



Temporada 12 ▶

Invitado  
**M.Sc. Juan Carlos Hidalgo**

Bienvenido

Episodio #5

# EE.UU. vs Irán:

del conflicto global a tu bolsillo ▶

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

Sintonizanos en:    

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 20 / 1, Abril 2026

Costa Rica