

# DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
LATINOAMERICANA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

VOLUMEN 17. NO. 2. SETIEMBRE 2023  
PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN 2215-2490



# DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA ELECTRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE ULACIT  
VOLUMEN 17. NO. 2. SETIEMBRE 2023. PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN 2215-2490

Directora  
**MA. Luana Valeria Nieto Méndez**

Editor en jefe  
**Lic. Vicente Calatayud Ponce de León**

Diseñador Gráfico  
**Carlos Eduardo Fonseca Hidalgo**

## 1. EDITORIAL

**Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, Editor en jefe.**

## 2. DOCTRINA

**La Ley Marco de Empleo Público, Ley n.º 10159, y su relación desigual en el congelamiento de salarios de los empleados públicos contratados antes de su entrada en vigor**  
Andy Flores Castro  
Página 1

**Niños y niñas migrantes no acompañados a Estados Unidos y los derechos humanos**  
Joselyn Fabiola Gamboa Jiménez  
Página 30

**Análisis de la primera propuesta legislativa para crear el delito de remoción no consensual del condón en Costa Rica: problemas jurídicos y probatorios**  
Álvaro Armando Pérez Roda  
Página 58

**Uniones civiles entre personas del mismo sexo y sus implicaciones ante la reforma procesal del derecho de familia en Costa Rica**  
Nicole Ramírez Monge  
Página 82

**El derecho a la desconexión digital de los trabajadores**  
Andrea Priscilla Urtecho Ávalos  
Página 104

## 3. ENSAYO

**La separación de poderes costarricense. Divide y sobrevivirás: una evaluación de la resiliencia de la democracia costarricense**  
Dennis P. Petri  
Página 133

Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología  
Barrio Tournón, San José, Costa Rica  
Teléfono: 506 - 2523-4000



Copyrights ©

Derechos reservados. La presente publicación pertenece a la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, con sede en Costa Rica y está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento - No comercial 4.0 Internacional. Por ello se permite libremente copiar, distribuir y comunicar públicamente esta revista siempre y cuando se reconozca la autoría y no se use para fines comerciales.

ISSN: 2215-2490

La Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, Costa Rica, no se hace responsable de la opinión vertida por las personas autoras en los distintos artículos.

Hecho el depósito legal.

## EDITORIAL

**Por: Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, editor en jefe**

Las publicaciones académicas son un componente esencial para la difusión de los resultados de las investigaciones, y constituyen la culminación de un sistema global de transmisión del conocimiento, mucho más desde la desmaterialización de las revistas científicas, debido a los medios digitales, a través de internet. Siendo la comunicación un elemento fundamental para la práctica de la ciencia, con la conjunción del uso de dispositivos electrónicos y las redes, se ha desarrollado exponencialmente el acceso al resultado de los procesos de investigación en todas las áreas del conocimiento, la tecnología, la innovación y la educación.

Dentro de esa perspectiva, ahora tenemos el placer de presentar a la comunidad universitaria el número 2 del volumen 17 de la revista electrónica *Derecho en Sociedad*, correspondiente al mes de setiembre del 2023, con lo que se cumplen más de 12 años de publicación ininterrumpida, como fruto del esfuerzo investigativo de estudiantes, docentes y profesionales.

La publicación incluye varias contribuciones, las más en la sección de “Doctrina”, y una en la de “Ensayos”. En la primera, son cinco investigaciones realizadas por estudiantes del curso Experiencia Profesional III, de la carrera de Derecho, como trabajo final de graduación, ya egresados; y también un estudio elaborado por un docente de esa Facultad. En la sección “Ensayos”, figura el aporte de un docente de la Facultad de Relaciones Internacionales de ULACIT.

En la primera contribución, el estudiante Andy Flores Castro pretende brindar elementos objetivos de análisis para aportar al necesario diálogo nacional de las autoridades o la opinión pública, en relación con la Ley Marco de Empleo Público N.º 10.159, y la importancia de establecer las mismas condiciones para los trabajadores que realizan igual trabajo.

La segunda contribución, de la estudiante Joselyn Fabiola Gamboa Jiménez, tiene como finalidad determinar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto a los niños migrantes no acompañados de sus familias, asumidas por los Estados Unidos de América, con la conclusión de que se requiere contar con un marco normativo adecuado cuidadosamente diseñado para que los derechos de los niños y adolescentes sean exigibles y se puedan hacer efectivos como personas migrantes.

Seguidamente, la persona lectora encontrará el estudio del profesor Álvaro Armando Pérez Roda, en relación con el proyecto de ley presentado en la Asamblea Legislativa en julio del 2019, en el que se propuso la creación de un nuevo tipo delictivo que sancionara con severas penas de prisión la práctica sexual conocida como *stealthing*, es decir, delito de remoción no consensual del condón. Tal iniciativa legislativa no prosperó por distintas causas, que el autor de la investigación analiza en profundidad.

En el cuarto artículo, la estudiante Nicole Ramírez Monge aborda las implicaciones procesales de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y la utilización de instrumentos legales que apoyan la erradicación de su discriminación, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual busca garantizar el respeto de estos derechos dentro de un Estado, a fin de lograr de esta forma una mayor igualdad dentro de la sociedad.

En el quinto artículo de investigación, Andrea Priscilla Urtecho Ávalos presenta un tema de singular trascendencia: el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. El estudio analiza aspectos generales de las relaciones laborales en el país y los efectos que tiene la hiperconectividad en la salud de los trabajadores; así como otros relacionados con la desconexión, como lo son las horas extras y la figura de la disponibilidad de los trabajadores.

En la sección de “Ensayos”, se presenta un trabajo elaborado por el profesor Dennis P. Petri, de la Facultad de Relaciones Internacionales, en el cual, a través de un cuidadoso estudio del desarrollo constitucional de Costa Rica desde 1949, analiza el tema de la separación de poderes en el país y la resiliencia de la democracia costarricense, su diseño institucional y las críticas a la calidad de la democracia costarricense, para concluir que el sistema –siendo perfectible– goza de buena salud democrática.

Ahora, solo queda esperar la opinión de quienes tengan la curiosidad y la amabilidad de leer los trabajos que se presentan, los cuales, como ya he escrito en alguna ocasión, son el resultado del interés y esfuerzo demostrado por las personas que han querido colaborar en el objetivo de aprender investigando, y de comunicar conocimiento.

Muchas gracias a todos.

# La Ley Marco de Empleo Público, N.º 10159, y su relación desigual en el congelamiento de salarios de los empleados públicos contratados antes de su entrada en vigencia

*The Public Employment Framework Law, n. ° 10159, and its unequal relationship in the freezing of salaries of public employees hired prior to its entry into force*

Andy Flores Castro<sup>1</sup>

## Resumen

La reciente entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público (Ley n.º 10159), complementa las medidas excepcionales de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, que determinó por medio de las disposiciones atinentes a la regla fiscal un parámetro relacionado con el nivel de endeudamiento que sea igual o mayor al 60 % del producto interno bruto (PIB). El principal propósito de esta norma con entrada en vigor desde el 10 de marzo del presente año se relaciona con aspectos vinculados a la igualdad de condiciones de los trabajadores que desempeñan las mismas funciones en el ámbito profesional y así procurar el bienestar a través de la igualdad de salario. Esto necesariamente debe generar un proceso de transición que respete las condiciones laborales establecidas de los colaboradores que, a la entrada en vigor de esta ley, cuenten con una situación jurídica consolidada. Entre los cambios de mayor discusión se encuentra el congelamiento de la remuneración que han venido recibiendo las personas funcionarias que, a la entrada en rigor de la Ley Marco de Empleo Público, cuentan con un salario compuesto superior al salario global de la categoría a la que corresponden, así como la restricción de pago de aumento salarial a la base por concepto de costo de vida, como respuesta a los niveles de endeudamiento fijados por la regla fiscal. El presente estudio pretende brindar elementos objetivos de análisis para aportar al necesario diálogo nacional de las autoridades o la opinión pública y así garantizar una transición de normas, respetuosa de los derechos fundamentales, y con un camino llano que le permita equilibrar la remuneración salarial de las personas funcionarias, como parte de un procedimiento paulatino y razonado que garantice certeza jurídica y, al mismo tiempo, equidad de las circunstancias laborales sin producir un empobrecimiento de plazo indeterminado a la capacidad adquisitiva de las personas trabajadoras del sector público.

---

1 El autor es egresado de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Latino Americana de Ciencia y Tecnología. (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo: afloresc177@ulacit.ed.cr

## **Palabras clave**

Salario global, salario compuesto, incentivo de anualidad, aumento anual por costo de vida, situación jurídica consolidada e igualdad.

## **Abstract**

**Summary** The recent entry into force of Framework Law n.º 10,159 on Public Employment complements the exceptional measures of the Law for the Strengthening of Public Finances, which determined, through the provisions relating to the fiscal rule, a parameter related to the level of indebtedness equal to or greater than sixty per cent of the Gross Domestic Product (GDP). The main purpose of this norm, which entered into force on March 10 of this year, is related to aspects related to the equality of conditions of workers who perform the same functions at the professional level, and thus seek welfare through equal pay. This must necessarily generate a transition process that respects the previously established working conditions of workers who, at the entry into force of this law, have a consolidated legal situation. Among the changes of greater discussion is the freezing of the remuneration that has been receiving civil servants who, at the entry into force of the Framework Law on Public Employment, have a compound salary higher than the overall salary of the category to which they correspond, as well as the restriction of payment of salary increase to the base for cost of living. in response to the levels of indebtedness set by the fiscal rule. This study aims to provide objective elements of analysis to contribute to the necessary national dialogue of the authorities or public opinion, and thus guarantee a transition of norms, respectful of fundamental rights, in addition, with a flat path that allows it, to balance the salary remuneration of public officials, as part of a gradual and reasoned process that guarantees legal certainty and at the same time equity of working conditions without generate an indefinite impoverishment of the purchasing power of public sector workers.

## **Keywords**

Global salary, compound salary, annuity incentive, annual cost-of-living increase, consolidated legal status and equality.

## Introducción

El ingreso salarial de cada persona trabajadora representa, al mismo tiempo, su capacidad adquisitiva frente a las necesidades básicas como persona, en algunos casos con familia. De aquí la importancia de conocer los alcances de la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público de la Asamblea Legislativa (2021), en combinación con la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (2018) y el Título III denominado Modificación de La Ley n.º 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, de 9 de octubre de 1957 art. 3. Se adicionan los siguientes capítulos y disposiciones transitorias a la Ley n.º 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley n.º 9635, de 9 de octubre de 1957, por parte de la Asamblea Legislativa de Costa Rica (2018). Es de necesario análisis el numeral 13 de la Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (2018), este hace referencia al ordinal 11 del mismo cuerpo normativo, que se refiere a los rangos de deuda que deben considerarse para determinar el crecimiento del gasto corriente y determina:

c) No se realizarán incrementos por costo de vida en el salario base, ni en los demás incentivos salariales, los cuales no podrán ser reconocidos durante la duración de la medida o de forma retroactiva, salvo para lo relacionado con el cálculo para determinar las prestaciones legales, jubilaciones y la anualidad del funcionario (párr. 4).

Lo anterior representa un *empobrecimiento de la clase trabajadora*, al menos así lo considera Hernández (2022), cuando expone: “En términos técnicos, es una pérdida de poder adquisitivo. En términos sociales, eso se llama empobrecimiento de la clase trabajadora” (párr. 23). Lo anterior está relacionado con el congelamiento de los aumentos salariales según el ordinal arriba citado. A partir de esto último cobra especial relevancia el reporte presentado por la Unidad de Índices de Precios del Instituto Nacional de Estadística y Censos (2022), que detalla la inflación al cierre del año 2022 y Hernández (citado por Rivero, 2022), expresa que:

El índice de Instituto Nacional de Estadística y Censos precios al consumidor (IPC) aumentó en diciembre un 7,88% frente al registro acumulado de diciembre del año anterior, lo que representa un encarecimiento del costo de vida a pesar de las menores alzas registradas en el último trimestre del 2022 (párr. 1).

Este dato de inflación, al compararlo con el resultado interanual del mes de agosto de 2022 representa una importante mejoría. A pesar de esto, la combinación de este indicador con la realidad de estancamiento de las anualidades para los trabajadores públicos, en virtud de la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público, puede representar un factor lesivo para la capacidad adquisitiva de las personas funcionarias. Así lo expone Hernández (2022), al manifestar lo siguiente:

El salario global es el producto estrella de esta ley, pero a su vez es el producto más lesivo porque tiende a precarizar lo que son las condiciones laborales y, además de esto, el producto más inacabado y el producto más opaco de la ley (párr. 13).

La referencia a las condiciones laborales de los trabajadores representa un punto de especial interés, por motivo de que aunque el propósito de la Ley Marco de Empleo Público, consiste en articular los alcances del otro cuerpo normativo denominado Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y sus modificaciones a otras leyes, requiere de especial atención en lo que se relaciona con los derechos laborales adquiridos. Esto especialmente para quienes fueron contratados antes de la entrada en vigor de la ley, ante la eventual disminución de la capacidad adquisitiva y como resultado del aumento en el costo de la vida, que puede traducirse precisamente en *un empobrecimiento de las condiciones laborales*.

Debido a lo anterior, se genera la necesidad de profundizar en esta temática. Lo anterior tiene el fin de estudiar los factores determinantes que impulsen espacios de discusión nacional informada como elemento de relevancia, ante la importancia para los trabajadores públicos de mantener sus condiciones laborales y, al mismo tiempo, proteger su estabilidad laboral ante efectos negativos omitidos en los alcances que se generan en la implementación de la Ley Marco de Empleo Público.

## Metodología

En el presente estudio se procuró realizar un análisis comprensivo de la realidad social generada a partir de la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público. Este se relaciona con un estudio cualitativo que según Weber (2005, citado por Díaz, 2017) consiste en la capacidad de quien realiza el estudio, para interpretar por medio de la comprensión del



accionar social en medio del contexto de revisión en el que se pretende profundizar y así aportar una cualificación y descripción del fenómeno de estudio a partir de lo percibido. Esto tiene especial relación con la opinión de Hernández *et al.* (2014), cuando al referirse a la investigación cualitativa afirma:

El proceso de indagación es más flexible y se mueve entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en *reconstruir* la realidad, tal como la observan los actores de un sistema social definido previamente. Es holístico, porque se precia de considerar el *todo* sin reducirlo al estudio de sus partes (p. 9).

Se deduce de lo anterior que al hablar de investigación cualitativa corresponde a un estudio con la finalidad de describir, comprender e interpretar, por medio de percepciones y significados a partir de las experiencias de quienes participan y, de esta forma, genera en el investigador su propia creencia. En la misma línea de pensamiento y considerando que la investigación cualitativa se enfoca principalmente en la figura del análisis de contenido, a esta figura se refirió Marradi (2007) de la siguiente manera:

Una técnica de interpretación de textos [...] que se basan en procedimientos de descomposición y clasificación de éstos (Losito, 1993) [...] los textos de interés pueden ser diversos: transcripciones de entrevistas, protocolos de observación, notas de campos, fotografías, publicidades televisivas, artículos de diarios y revistas, discursos políticos, etcétera (p. 290).

En el presente estudio se realiza un análisis documental de los principales textos jurídicos que se relacionan con la operacionalización de la Ley Marco de Empleo Público y su vínculo con el congelamiento del salario de las personas funcionarias que cuentan con una remuneración compuesta superior al salario global emitido por la autoridad competente representada por el Ministerio de Planificación (Mideplan). Lo anterior con la finalidad de crear discusión informada en relación con los primordiales elementos determinantes que puedan generar un espacio de reflexión en la ciudadanía y autoridades, de forma que se valoren los ajustes necesarios, precisamente para lograr una armonía social relacionada con la productividad, respetuosa de los derechos adquiridos previos a la actualización de la norma que regula la relación de empleo público entre el Estado y sus trabajadores.

## Propósito de la Ley Marco de Empleo Público

Cuando se habla del propósito de esta ley, necesariamente se remite al artículo primero y para efectos de este estudio, se extrae el segundo de dos objetivos para la Ley Marco de Empleo Público que consiste, según se establece en la citada Ley n.º 9635, en lo siguiente: “Establecer, para igual trabajo, idénticas condiciones de eficiencia, puesto, jornada y condiciones, igual salario, que les procure bienestar y existencia digna a las personas servidoras públicas” (párr. 2, art. 1).

Nótese que se enfoca en las *condiciones*, así como la igualdad en lo que se relaciona con el salario. Sin embargo, esta tesis pierde impulso cuando se analiza la concordancia del art. 13 de la Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en su relación al transitorio XI del mismo cuerpo normativo de la Ley n.º 9635, para los casos de personas servidoras que a la entrada en vigor de esta última norma que posean un salario compuesto superior al salario global según su categoría, a partir del inciso *b*, donde se dispone lo siguiente:

b) Quienes devenguen un salario compuesto mayor al que le correspondería a su categoría bajo la modalidad de salario global serán excluidos de cualquier incremento salarial producto de aumentos a la base o bien reconocimiento de incentivos, hasta que el monto por concepto de salario global sea igual al salario compuesto que recibía, y en el mes siguiente se trasladarán al salario global (párr. 3, transitorio XI).

Se tiene entonces una Ley Marco de Empleo Público con el objetivo de generar igualdad de condiciones y salarios a personas que realicen las mismas funciones y, al mismo tiempo, una ley de la república (Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas) con la que debe articularse. Sin embargo, parece dejar de lado los presupuestos establecidos en el transitorio XI, texto dirigido a trabajadores públicos con salario compuesto superior al global según su categoría que aunque están en las mismas condiciones de salario compuesto, la transición y la familia de salarios en la que vayan a ser ubicados genera una diferencia, alejada de ser poco relevante, porque las condiciones laborales serían modificadas en uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, es decir, el salario y los derechos adquiridos a partir de este, en su relación laboral establecida con el patrono.

Cobra relevancia repasar que la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley n.º 2166, antes del inicio de los efectos de la Ley Marco de Empleo Público, articula entre los numerales 49 de esta última y 12 de los primeros aspectos que se relacionan con el pago de anualidad, como mecanismo de incentivo salarial. Además, lo vincula o regula después de la vigencia de la Ley Para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, afirmando lo siguiente:

El incentivo por anualidad se reconocerá el mes inmediato siguiente al aniversario del ingreso o reingreso de la persona servidora pública que labore bajo el esquema de salario compuesto y de acuerdo con las siguientes normas:

c) A las personas servidoras públicas, en propiedad o interinos, se les computará, para efectos de reconocimiento del incentivo por anualidad, el tiempo de servicio prestado en otras entidades del sector público (párr. 4, art. 12).

Se deduce de lo anterior la ausencia del motivo de distinción en lo que corresponde al incentivo salarial de *anualidad* entre funcionarios de salario compuesto y trabajadores públicos que cuenten con salario global, lo que se identifica en la actualización de esta norma. Esto obedece a la vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y sus respectivas modificaciones a otros cuerpos normativos. Descrito de otra manera, la Ley Marco de Empleo Público, en su transitorio XI, determinó que las personas funcionarias con salario compuesto superior al salario global según su categoría a la entrada en vigor de esta ley no recibirán el incentivo salarial de anualidad y esto en combinación con la regla fiscal que limita el aumento a la base por costo de vida, genera una situación que no se puede descartar que represente un acto en el que el Estado se extralimita, al variar una situación jurídica establecida.

En la misma línea de ideas, nótese que la Asamblea Legislativa por medio de la Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas adicionó a la Ley de Salarios de la Administración Pública (2018, párr. 3 del art. 48) que previó relacionar el incentivo salarial de anualidad, con la evaluación del desempeño y determinó que esta remuneración se concedería únicamente a los trabajadores con esquema de salario compuesto, siempre y cuando hayan obtenido la calificación mínima de ochenta por ciento (80 %) en función con las metas anuales definidas a cada funcionario. En este escenario y considerando el transitorio XI, se tiene que las personas funcionarias con salario compuesto inferior a la categoría de salarios de salario global, a la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público, verán su aumento salarial congelado indiferentemente si logran o no los objetivos propuestos por la administración.

Sin embargo, aquellos funcionarios con salario compuesto superior a la base de su categoría profesional según la familia de salarios globales están excluidos de recibir el incentivo por anualidad, de lo cual se desprende que a pesar de cumplir con los presupuestos del numeral 48 arriba descrito, se encuentra fuera de esa posibilidad de incentivo.

### **Porcentaje de endeudamiento en Costa Rica y proyecciones**

Tomando en cuenta los reportes del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), en Costa Rica, se registra aumento de la inflación que asciende 7.88 % y según Castillo (citado por Murillo, 2023), representa el dato más alto desde el año 2008. Este factor cobra especial relevancia si se considera que, de acuerdo con lo expuesto por la Ley Marco de Empleo Público, en su transitorio XI, aquellas personas funcionarias que tengan un salario compuesto superior al establecido en el salario global de la respectiva familia de salarios a la que le corresponda no recibirán pago de incentivo por anualidad y, en razón de la regla fiscal, tampoco incremento de salario anualmente debido al costo de vida. Esto al vincularlo con el índice de precios al consumidor, generaría un desequilibrio en el poder adquisitivo de aquellos.

Al hablar de las posibilidades de mejora en el endeudamiento de Costa Rica, como punto de referencia para determinar si habrá o no aumento salarial para quienes luego del inicio en la aplicación de la Ley de Marco Empleo Público puedan reactivar los aumentos salariales, cobra interés el conocer las proyecciones de deuda costarricense. A este tema se refiere el Ministerio de Hacienda (2022) y explica:

La deuda del Gobierno Central al primer trimestre del 2022 asciende a ₡28.443.392 millones, equivalente a 66,46% del PIB. A marzo, la deuda aumentó nominalmente en ₡1.171.404 millones respecto a diciembre de 2021, cuando esta era ₡27.271.988 millones. Uno de los principales causantes de esta variación es la depreciación del tipo de cambio, el cual pasó de ₡642,66 en diciembre del 2021 a ₡667,37 hacia finales de marzo del 2022 (cerca del 40% de la deuda del Gobierno Central está denominada en moneda extranjera) (p. 10).

Ante la afirmación arriba descrita, se requiere de la vinculación con el art. 13 de Ley Para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, que estableció como punto de referencia para determinar la activación o no de incrementos por costo de vida, así como los incentivos salariales, para las personas funcionarias. De esta forma y considerando el histórico de endeudamiento que según el Ministerio de Hacienda registra datos que desde el año 2010 han aumentado a partir de un 28.43 % hasta un 66.46 %. Complementarias a lo anterior, se encuentran las proyecciones de endeudamiento al mediano plazo que se pretende atender por medio de una estrategia denominada por aquella dependencia *estrategia 3*:

La estrategia S3, es la que, ante diversos choques de tasas de interés y tipo de cambio, presenta un mejor equilibrio entre el costo y el riesgo. Adicionalmente, cumple con los objetivos que persigue la EDMP, en cuanto a solventar de necesidades de financiamiento del gobierno a un costo y riesgo equilibrados, con una mejor composición del portafolio de deuda y mayor contribución al desarrollo de mercado de valores (Ministerio de Hacienda, 2022, p. 27).

Cabe mencionar que la proyección de esta estrategia se realiza en un plazo de al menos 5 años y, según el Ministerio de Hacienda, a pesar de que la estrategia S3 representa la mejor opción para los analistas de esa dependencia, también es cierto que es la mejor alternativa teniendo en cuenta una proyección de endeudamiento superior al 60 % en miras al año 2027. Lo que de ser así, se traduce en al menos 5 años de no aumentos salariales a la base por costo de vida para las personas funcionarias con salario compuesto a partir del momento en que entre en vigor la Ley Marco de Empleo Público.

Al proyectar el aumento de costo de vida, este se realiza según la canasta básica y tiene como último dato un incremento de 7.38 %, valor que de mantenerse en un periodo de 5 años representaría al menos un 36 % de aumento acumulado en el costo de vida. Esta situación está necesariamente relacionada con una disminución del poder adquisitivo de las personas funcionarias que cuentan con salario compuesto.

Asimismo, adquiere mucha importancia la proyección de la Contraloría General de la República (2021), cuando determina el año 2030 como una fecha probable de estabilización y dice: “Se regresará a niveles más prudentes de deuda del Sector Público/PIB hasta alrededor del año 2030, sin embargo, durante dicho período existirá una alta vulnerabilidad” (p. 17). Como puede observarse, de trascender la proyección determinada por la misma Contraloría

la capacidad adquisitiva de las personas funcionarias puede tener un congelamiento de al menos 7 años, lo que naturalmente impacta la condición laboral al traducirse en una disminución de la capacidad adquisitiva del trabajador público contratado.

A pesar de que la nueva Ley Marco de Empleo Público pretende en sus transitorios generar la progresividad de la norma que regula precisamente el empleo público, cobra interés analizar el propósito de esta parte de los cuerpos normativos, para mejor comprensión de las intenciones del legislador en materia de orden y cambio en las regulaciones. En la misma línea de ideas, la Procuraduría General de la República (1999) determinó:

Las disposiciones transitorias forman parte del Derecho Intertemporal en cuanto tienden a solucionar conflictos de leyes. Ante los problemas de transitoriedad que la ley nueva produce, el legislador establece un régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes. En ese sentido, la función de las llamadas disposiciones transitorias es la de regular en forma temporal determinadas situaciones, con el fin de ajustar o acomodar la normativa nueva o la de dar un tratamiento jurídico distinto y temporal, de carácter excepcional, a ciertas situaciones. Hechos que no se pretende comprender dentro de esas nuevas regulaciones generales (párr. 6).

Se desprende de la cita anterior la especial intención del legislador para armonizar las situaciones jurídicas existentes en combinación con las nuevas relaciones que se generan entre el Estado y los administrados, precisamente para en el caso que nos ocupa, los empleados públicos con un vínculo laboral antes de la vigencia de la Ley Marco de Empleo Público. Se encuentra concordancia en lo determinado por la Procuraduría General de la República y la definición que brinda la Enciclopedia Jurídica (2014), cuando al referirse a término *transitorio* cita: “Conjunto de reglas que determinan la norma o disposición aplicable a una determinada situación o relación jurídica al producirse un cambio legislativo, esto es, cuando una norma anterior es derogada por otra posterior” (párr. 1).

Cabe señalar aquí la intención del legislador en articular el orden jurídico a partir de presupuestos que se generan por una normativa previa, que de forma progresiva ha tenido un cambio, por así establecerlo los legisladores y ante la importancia de generar un orden en las necesarias modificaciones que se realizan a una norma y con mayor relevancia cuando se trata de regular el empleo público. La acepción anterior se complementa con la opinión de

Cabanellas (2014, citado por la Procuraduría General de la República, 2014), dictamen 023 del 24/01/2014, al desarrollar el concepto de derecho transitorio así:

El establecido por un código o ley para amoldar la situación jurídica precedente a las nuevas normas, para respetar derechos adquiridos, no declarar la retroactividad absoluta de los preceptos innovadores y causar los menores trastornos en la vida jurídica y en la general (párr. 5).

Con esta opinión, se logra profundizar en la idea del legislador de respetar los derechos adquiridos y, de esta forma, evitar la perturbación mínima de la esfera jurídica en las personas que recaigan principalmente los efectos de cambios en la normativa ajustada. Es necesario examinar si efectivamente los alcances en la implementación de una nueva norma evaden el deber de mantener las condiciones favorables adquiridas previamente, por medio de otra norma y así obtener como resultado una mínima modificación de la vida jurídica y en términos generales las condiciones del trabajador contratado y que cuenta con un salario integrado por diferentes componentes salariales, que lo hacen de todas formas un salario compuesto en el que necesariamente se ha incluido históricamente un incremento salarial producto de aumentos a la base, o bien reconocimiento por incentivos como en el caso de los aumentos de incentivos por anualidades, así como el ajuste a la base por costo de vida. Estar frente a un panorama distinto evitaría afirmar que se han respetado los derechos adquiridos.

## Endeudamiento de Costa Rica y proyecciones

Como en cualquier otro país, los niveles de endeudamiento generan presiones a la economía y esto finalmente impacta el costo de vida de los habitantes. Esta razón hace de suficiente interés conocer los niveles de deuda con los que actualmente cuenta el Estado costarricense. Según el Ministerio de Hacienda (2022), esto alcanzó niveles de al menos un 66 % del producto interno bruto (PIB).

De lo anterior se desprende un estado de compromiso financiero, que al vincularlo con la medida restrictiva establecida por la legislación costarricense, específicamente en la Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, genera un *congelamiento de los aumentos salariales* para las personas funcionarias que a la entrada de vigencia de la Ley Marco de Empleo Público reciban un salario *compuesto* superior al establecido como salario global según



su categoría. Esto se traduce en una situación actual de aplicación para la medida restrictiva, de acuerdo con el escenario de las finanzas del Estado.

Luego de conocer desde una fuente primaria el estado actual de las finanzas adquiere especial importancia la opinión de la Contraloría General de la República (2021), que se ha pronunciado en relación con los niveles de deuda que se proyectan al menos hasta el 2030. Este órgano contralor afirma: “Se regresará a niveles más prudentes de deuda del Sector Público/PIB hasta alrededor del año 2030, sin embargo, durante dicho período existirá una alta vulnerabilidad” (p. 4).

En la aseveración anterior y como resultado de relacionar los niveles de endeudamiento actual que según se describió líneas atrás, asciende al menos al 66 % del producto interno bruto, con las proyecciones realizadas por la Contraloría General de la República, se genera como resultado al menos 7 años de no aumentos salariales para las personas funcionarias que cuenten con salario compuesto. A este tema se refirió Hernández (citado por Rivero, 2022), cuando manifestó lo siguiente:

En todo caso, el economista señala que la preocupación más grande debe ser la regla fiscal, ya que el congelamiento que se produce hoy, con los niveles de inflación que también se están dando, da como resultado que *la pérdida de poder adquisitivo va a ser muy grande* (párr. 8).

Esto adquiere mayor relevancia cuando se considera el paralelo aumento en el costo de vida, combinado con la ausencia de incentivo por anualidad junto con la falencia de incremento de salario a la base debido al costo de vida. Esto por la restricción de regla fiscal, por el hecho de ser funcionarios con salario compuesto superior al salario global de la familia de salario que corresponda y desde allí la eventual medida que puede estar alejada de la razonabilidad, porque representa una disminución del poder adquisitivo, ante la antagónica relación de congelamiento de los aumentos salariales y el insoslayable aumento del costo de vida, factor determinante en la esfera jurídica de la persona, justamente para dar mayor certeza.

### **Aumento de costo de vida**

Los datos suministrados por el Estado Nación (2022) mencionan a la situación de la economía costarricense como sigue:



En el año 2022 la economía costarricense experimentó un fuerte aumento en el costo de vida y del consumo que afecta los hogares, especialmente los más vulnerables. Este año se caracteriza por uno de los entornos internacionales más retadores en materia de estabilidad macroeconómica: debido a la invasión de Rusia a Ucrania, los altos costos de transporte y los fuertes aumentos en las materias primas presionan el tipo de cambio, las tasas de interés y la inflación al alza (p. 161).

De la idea que antecede, se identifica una inminente presión a la estabilidad económica del país, sumado a las proyecciones realizadas por la Contraloría General de la República cuando afirma posibles niveles prudentes de deuda aproximadamente para el año 2030. Situación que como bien lo identificaron, genera una vulnerabilidad en el costo de vida, sin que exista algún tipo de trato diferenciado para quienes trabajan en el sector público. Dicho de otra forma, en los casos de congelamiento de aumentos salariales se extraña una excepción que impida el impacto del costo de vida, realidad que se traduce en una disminución de la capacidad adquisitiva y aumento del gasto de las personas trabajadoras.

### **Derechos adquiridos y situación jurídica consolidada**

Al hablar de las condiciones laborales de los trabajadores y para el presente estudio, lo que corresponde a los empleados públicos con salario compuesto superior al salario global, según la familia de salarios de esta categoría, necesariamente amerita hablar en relación con los derechos adquiridos de estas personas trabajadoras. Esta figura aparece definida por el Diccionario Jurídico del Poder Judicial (2023) como: “Estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos” (párr. 1). De esta forma, el incentivo de anualidad, así como el aumento anual a la base por costo de vida que ha venido a consolidarse como una realidad jurídica cuyos efectos se traducen en una remuneración durante su relación laboral.

Lo anterior guarda estrecha relación con lo que indica Gabba (citado por Castro García y Suárez Jiménez, 2022):

Las consecuencias de un acto o hecho idóneo para producir bajo el imperio de la ley vigente al momento de su realización y que, si bien no se hicieron valer bajo ella, entraron, sin embargo, durante ese tiempo a formar parte del patrimonio de la persona (p. 5).

En la idea arriba descrita, toma fuerza un asunto vinculado a la temporalidad y es que, al tratarse del tema de aumentos salariales, además de su discusión, previo y después de una nueva regulación establecida por los legisladores hace de este elemento salarial un factor que integra el patrimonio de la persona trabajadora, lo que se torna en un escenario que permite aceptarlo como algo invariable consolidado para el trabajador. Bajo esta tesitura, cabe abordar lo establecido en la Constitución Política de Costa Rica (Asamblea Nacional Constituyente, 1949) que se refiere a *los derechos adquiridos* en el art. 34 de la siguiente manera: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas” (párr. 1).

La idea anterior se complementa al tema de derechos adquiridos, específicamente en lo que se relaciona con la figura *situación jurídica consolidada*, representada aquí por el incentivo de anualidad y los aumentos anuales a la base debido al costo de vida que ha venido recibiendo la persona trabajadora del sector público y que en caso de verse modificada esa condición se aleja con una conservación en la situación jurídica definida por una norma anterior. La situación jurídica consolidada ya ha sido sujeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional (1998, citado por el Dictamen: 348 del 25/11/2004 de la Procuraduría General de la República) que la describió de la siguiente manera.

Lo relevante en cuanto a la situación jurídica consolidada, precisamente, no es que esos efectos todavía perduren o no, sino que -por virtud de mandato legal o de una sentencia que así lo haya declarado- haya surgido ya a la vida jurídica una regla, clara y definida, que conecta a un presupuesto fáctico (hecho condicionante) con una consecuencia dada (efecto condicionado) (párr. 17).

Desde esta óptica se tiene por entendido que al hablar del aumento salarial que año a año se ha venido aplicando a las personas trabajadoras del sector público y tienen un salario conformado por diferentes componentes (salario compuesto), representa precisamente una regla definida que ha venido siendo aceptada por la administración en beneficio de las personas trabajadoras. Lo anterior a partir de un hecho condicionante, que en este caso es lo que representa por el incremento en el costo de vida, cuya consecuencia se determinó en el aumento salarial.

## Ius variandi abusivo

En ausencia de la garantía por una situación jurídica consolidada, se puede invocar la figura del *ius variandi*. A partir de lo descrito por el Diccionario Jurídico del Poder Judicial (2023), se entiende por lo siguiente:

Facultad patronal para efectuar cambios relativos a la forma y modalidad de la prestación laboral, en tanto las variaciones no conlleven alteración esencial del contrato de trabajo o no causen perjuicio material ni moral al trabajador. || Potestad del empleador —en virtud del poder de mando, dirección, organización, fiscalización y disciplina— de modificar unilateralmente las condiciones de la relación laboral. || Locución latina que se refiere al derecho potestativo del empleador para modificar algunas condiciones, por lo general no esenciales, del contrato de trabajo, en cuanto a la forma y modalidades de la prestación (párr. 1).

Aquí, toma mucha relevancia la dimensión que se le brinde a *una alteración esencial del contrato de trabajo* y es que el salario necesariamente representa un elemento, precisamente esencial. La modificación unilateral de este componente podría desvirtuar la estabilidad laboral de la persona trabajadora y con esto generar una situación jurídica frágil, al no tener la certeza del equilibrio financiero entre su ingreso y la capacidad adquisitiva en el corto y mediano plazo.

La duda relacionada con la facultad o no de suspender temporalmente el derecho al aumento de salario establecido en el transitorio XI de la Ley Marco de Empleo Público, puede tener vínculo con lo que se conoce en la doctrina jurídica como *ius variandi* abusivo. A esta locución se refiere el Diccionario Jurídico del Poder Judicial (2023) y explica:

Conducta del patrono consistente en efectuar variaciones o cambios excesivos o desmedidos que provocan una alteración esencial del contrato de trabajo de manera que causa perjuicio material o moral al trabajador. Abuso patronal de la potestad de modificar unilateralmente las condiciones de la relación laboral. El *ius variandi* abusivo es una conducta ilegal (párr. 1).

En la descripción que antecede se invoca la figura relacionada con la *alteración esencial del contrato de trabajo* y se vincula además con un eventual perjuicio de la persona trabajadora, ante los inminentes ajustes unilaterales que pueda realizar el patrono, que trasciendan en elementos básicos de la relación laboral, como el salario y, necesariamente, los aspectos que se desprenden de este. Entre estos figura el aumento salarial como un componente complementario y requerido en la intención de garantizar la capacidad adquisitiva de las personas funcionarias.

Existe total concordancia entre la definición del Diccionario Jurídico del Poder Judicial y lo analizado por la Sala Constitucional (2020), al declarar que: “En otras palabras, las Sala reservó para su conocimiento aquellos asuntos en los que se discute la posibilidad de *ius variandi* abusivo, es decir, variaciones en las condiciones laborales abierta y claramente arbitrarias” (Considerando III). Es justamente esa eventual arbitrariedad la que genera un interés actual en determinar si los alcances del poder de dirección, fiscalización y control que puede ejercer el patrono, en este caso el Estado, pueden estarse extralimitando en sus facultades y más bien trascendiendo en un detrimento de las circunstancias laborales de las personas trabajadoras públicas, que por haber sido contratados previamente, entran en la clasificación de funcionarios con *salario compuesto mayor al salario global* y, desde allí, la nueva e inesperada situación laboral que se torna muy diferente a la probabilidad de aumento salarial según los transitorios arriba citados.

Para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2013), al realizar el abordaje de la figura *ius variandi* abusivo se generan acepciones de interés para el presente estudio en las que puede observarse algunas coincidencias con las opiniones anteriores al hacer de su opinión técnica lo siguiente: “Es una grave falta patronal a los deberes y obligaciones laborales” (p. 4). De aquí se logra desprender un acuerdo en que las variaciones más allá de elementos no sustanciales de la relación laboral es, según los expertos, una forma de provocar afectación a la persona trabajadora, haciendo un uso arbitrario de las facultades de patrono, lo que se generaliza como una acción grave de aquel.

La progresividad del derecho efectivamente implica una adaptación a las nuevas necesidades que se pretenden solventar en el ordenamiento jurídico y también es cierto que en este tipo de escenarios requiere un equilibrio con los derechos fundamentales, de los cuales el derecho al trabajo, seguridad jurídica, así como una vida digna integran un grupo indispensable de expectativas. Estas expectativas no pueden obviarse con la intención de modernizar el derecho, aunque este tenga como finalidad un bienestar común, según el objetivo principal

de los cuerpos normativos aquí analizados, ante su vínculo con la economía nacional y también la empleabilidad y estabilidad laboral de los trabajadores del Estado que brindan servicio público.

## Principio de juridicidad y el límite de actuación del Estado

Al pretender hablar de las actuaciones del Estado es inseparable abordar lo relativo al principio de *juridicidad*, precisamente a este se ha referido la Procuraduría General de la República (2004), por medio de dictamen 373 del 10/12/2004, en el que ampliaron esta figura de la siguiente manera:

Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídicos [sic] - reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; O [sic] sea, en última instancia, a lo que se conoce como el *principio de juridicidad de la Administración*. En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración [sic] tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación (p. 15).

De la cita anterior, se logra resaltar lo indispensable de profundizar en el deber de la administración, que consiste en un accionar responsable, cuando aquellos actos tendientes a regular su relación con los administrados, en este caso lo relacionado con el salario de las personas funcionarias que cuentan con un salario compuesto superior al salario global, y por añadidura les corresponderá paralizar las posibilidades de aumento y equilibrio financiero en el costo de vida, ante lo estipulado en el transitorio XI de la Ley de Empleo Público. Este escenario, al considerar la situación jurídica consolidada abordada previamente en el presente análisis, implica la efectiva participación de las autoridades para *enderezar* la situación jurídica generada ante el congelamiento de salarios.

A este principio se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al citar el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2012), abordando el tema de la discrecionalidad así:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados (p. 44).

Según la opinión supracitada, una de las consideraciones por atender de parte de la administración es el respeto por el principio de legalidad, también el equilibrio entre los nuevos propósitos normativos, en combinación con una realidad que para el tema de estudio representa una situación jurídica definida como el aumento salarial para solventar los cambios en el costo de vida. Hacerlo de forma distinta puede coincidir justamente con la acción de invocar el orden público para reducir las garantías o derechos adquiridos de las personas administradas con las que se tiene una relación de empleo público. Esto en el entendido de que la creación del ordenamiento jurídico tiene entre sus principales propósitos el orden y equilibrio social para el bienestar de la ciudadanía.

En la misma línea de pensamiento, Londoño (citado por Revista Jurídica Unam, 2009), hace referencia a la necesaria noción del bien común y manifestó la siguiente opinión en torno al escenario social que debe ser promovido por parte del Estado:

El Estado debe promover para el mejor desarrollo de cada uno de sus miembros y de la sociedad en su conjunto, *circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad*; 22 de manera que una ley que contiene restricciones a ciertos derechos individuales sólo será legítima cuando se ha concebido para la búsqueda de ese mayor bien social, y los medios que ha previsto para lograrlo son necesarios y adecuados, como se verá adelante (párr. 24).

Según esta afirmación, parecer ser que la intención de desarrollo corresponde al propósito principal que debe promover el Estado, por la relevancia de progreso requerido en la construcción de un bienestar común. Cobra mucha lógica que el autor se refiera a la excepción por considerar cuando de restricciones de derechos individuales se trata, escenario en el que precisamente valida, siempre que pretenda un mayor bienestar social. El hecho de interés

colectivo parece no estar claro cuando a un trabajador contratado recibe un cambio en sus condiciones laborales, como resultado de la entrada en vigor de una norma, en la que trasciende con la generación de un congelamiento de los salarios para quienes cuenten con un salario compuesto mayor al salario global establecido en el puesto que desempeñen.

En este escenario al realizar un ajuste en las expectativas de derecho de las personas trabajadoras para mantener su capacidad adquisitiva en relación con el ingreso *versus* costo de vida, está lejos de generar un trato sinónimo de igualdad, porque a pesar de tratarse de trabajadores en las mismas condiciones (salario compuesto, por haber sido contratados antes de la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público), el trato es diferenciado al producir una afectación en un grupo por el hecho de coincidir con una nueva regulación salarial. Es decir, genera una afectación por tener una realidad construida y autorizada en una norma anterior, hecho que parece estar distante de la promoción de un mayor bienestar social.

Al hablar del principio de juridicidad es difícil apartarse del vínculo que se genera entre este precepto jurídico y el derecho de igualdad, establecido en la Constitución Política de Costa Rica, por la Asamblea Constituyente (1949) que expone: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana” (párr. 1, art. 33). Es de interés para el presente análisis dilucidar los elementos de discusión que conforman esta temática, por un lado, se encuentra la necesidad de una normativa que equipara salarialmente las remuneraciones de los empleados públicos según el puesto que desempeñen y los requisitos operativos o técnicos que se requiera. Además, se necesita una transición entre las normas que regulaban el empleo público y la entrada en vigor de la nueva normativa. Como punto en común se tiene que tanto la persona que ingresó antes de la entrada en vigor de la ley, que debe ostentar un salario global, como la persona colaboradora, que ya contaba con un vínculo laboral y por añadidura salario compuesto, a pesar de tener condiciones de ingreso diferentes, ambos son funcionarios.

La interrogante que se debe solventar por parte del Estado consiste en: ¿Puede justificarse el pago de incentivo por anualidad a las personas que tengan salario global y también aquellos funcionarios con un salario compuesto inferior al monto establecido en la familia de salarios, en relación con las personas funcionarias que tienen salario compuesto superior al salario global, sin caer en un trato desigual, al no recibir estos últimos dicha remuneración? La respuesta puede encontrarse como resultado de analizar el principio de igualdad, que ha sido ampliamente desarrollado en la doctrina costarricense y así aparece descrito por el Tribunal Constitucional (2014), que explicó lo siguiente:



El principio de igualdad tal y como ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. el principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución no tiene un carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que no se haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, por lo que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales (p. 46).

Trasciende de lo anterior el determinar las circunstancias de análisis entre dos grupos de personas funcionarias. En este caso, aunque una persona puede llamarse de nuevo ingreso y la otra de ingreso antes de la vigencia de la Ley Marco de Empleo Público, con la condición en común que consiste en que ambos son funcionarios, aunque solamente el primero requiera o amerite el incentivo salarial de anualidad, justificando que al tener el funcionario de salario compuesto mejores condiciones salariales se sustenta la afectación de congelamiento y con esto una disminución en la capacidad adquisitiva para, según el Estado, atender las necesidades transitorias del gobierno que como ya se indicó puede alargarse al menos por 7 años. Esto se puede traducir en una afectación desigual que trasciende a las personas funcionarias que ya contaban con una situación jurídica consolidada, como el salario compuesto conformado también por el incentivo de anualidad y por añadidura el incentivo de aumento salarial que equilibra el incremento en el costo de vida.

La operacionalización del tránsito entre una normativa y otra, confirmada por medio del Plan Reglamento a la Ley Marco de Empleo Público, Poder Ejecutivo n.º 43952 (2023), en art. 36, en su inciso d para la implementación del nuevo esquema salario global y reglas de transición, se aparta de precisar los vacíos que se generan en lo que se relaciona con el pago de incentivo por anualidades y solamente se incluyó lo siguiente:

Salario compuesto alcanzado por salario global: Se deberá aplicar el salario global en los casos de personas contratadas, previo a la vigencia de la Ley Marco de



Empleo Público, en un puesto con una relación de empleo estatutaria, pública o mixta, siempre y cuando el salario global asociado a la clasificación del puesto ocupada por la persona, alcance al salario compuesto bruto nominal que la persona devenga, en virtud de que al momento de entrar en vigencia la Ley, este fuese superior al salario global de referencia para la misma clasificación y, además, quedase excluido por circunstancia, de cualquier incremento en el salario base o en los montos y composición de los complementos salariales inherentes (p. 39).

Se colige de lo anterior una somera mención de la realidad que enfrentan todos los trabajadores públicos que, a la entrada en rigor de la Ley Marco de Empleo Público, cuenten con salario nominal compuesto superior al salario global del puesto y clase que ostente. Impresiona ser un factor ya definido y sin más discusión que la determinada en el inciso b del transitorio XI, de la ley aquí citada. En este se explica en el numeral 36 del reglamento arriba indicado, que obedece a una exclusión por *circunstancia*, que se traduce en una pausa de temporalidad indeterminada del incentivo salarial de anualidad, así como el aumento por costo de vida que depende del nivel de endeudamiento a partir de lo establecido en la regla fiscal, variable necesariamente vinculada con el costo de vida y capacidad adquisitiva.

En la misma línea de ideas se toma el ejemplo que ofrece Hernández (citado por Rivero, 2022).

Un funcionario público que actualmente gana un salario compuesto de ₡920 mil y el salario global (Empleo Público) se fija para ese puesto en ₡800 mil. Ese salario de ₡920 mil quedaría congelado hasta que el global lo alcance. No obstante, mientras las condiciones actuales de la regla fiscal se sigan aplicando, ese salario global también estaría congelado, entonces pasarían varios años hasta que el funcionario pueda recibir algún tipo de ajuste (párr. 5).

Para el escenario anterior con el estancamiento del poder adquisitivo el salario de las personas funcionarias contratadas antes de la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público y que cuenten con un salario compuesto superior al salario global según la clase de puesto se mantendría no solo invariable, sino indirectamente a la baja, tomando en cuenta que el costo de vida es un monto constantemente en crecimiento y que lo establecido en el transitorio

XI de la norma que se mencionó, el aumento salarial de los salarios compuestos superiores al salario global, solamente variará una vez que sea alcanzado por este último también en esa condición de pausa por la regla fiscal determinada en la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas. De no darse un levantamiento del parámetro de esta regla, en un lapso de 10 años el trabajador público se vería en un estado paulatino de disminución de salario, sin que exista algún mecanismo que garantice una pausa o disminución del incremento del costo de vida. Esto se puede traducir como efectos del cambio en las condiciones laborales de forma unilateral y desproporcionada por parte del patrono. Precisamente, Oviedo (citado por Pomareda García, 2023) se refirió al tema de los factores influyentes en el costo de vida explicando de esta manera:

Entre el 2018 —cuando se aprobó la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas—, a diciembre del año pasado, la canasta básica alimentaria creció un 25%, la línea de pobreza un 19% y el índice de precios al consumidor en su totalidad un 16%. Sin embargo, los salarios del sector público solo crecieron un 6% y los salarios mínimos del sector privado un 9% (párr. 8).

De los datos incluidos en la cita anterior, se puede proyectar que de mantenerse un promedio como el allí indicado, un trabajador que gane ₡920.000 al mes en 7 años más tendría que soportar el eventual aumento del 50 % de la canasta básica y un 32 % del índice de precios al consumidor, mientras su salario se mantiene congelado en relación con la ausencia de incentivo de anualidad, así como las posibilidades de incremento que solo pueden darse en tanto la regla fiscal (como resultado del endeudamiento del Estado *versus* el producto interno bruto) no sea inferior al 60 %. Esto puede trascender en la calidad de vida de las personas funcionarias y de forma indirecta en el consumo de bienes y servicios ante la necesaria reducción del gasto, por la disminución de la capacidad adquisitiva.

Podría ser que haya existido consenso nacional y de la opinión pública en relación con la necesidad de ordenar las finanzas del Estado, para el beneficio de la colectividad, obtener precisamente ese propósito requiere de una toma de decisiones objetivas, informadas y con miras a mantener el equilibrio de las variables que convergen, como el salario de las personas funcionarias. En palabras del exviceministro de Hacienda, Rodríguez (2023), el rubro de salarios está lejos de representar el aspecto de mayor preponderancia en los gastos anuales del gasto público.

De la misma manera, para Benavides y Pacheco (2021), los efectos fiscales de empleo público, provenientes del ahorro estimado y de las variables que se relacionan con la sustitución de funcionarios jubilados, los nuevos funcionarios contratados bajo el nuevo esquema salarial y el congelamiento de salarios que se encuentren por encima del salario global, pueden producir como resultado un escenario similar al siguiente:

Tomando como base las condiciones prevalecientes en el año 2020 así como el Producto Interno Bruto (PIB) estimado por el Banco Central de Costa Rica para ese mismo periodo, el ahorro estimado proveniente de los tres componentes ascendería a los ₡51,494.8 millones durante el primer año de aplicación de la ley. Este monto equivaldría al 0.14% del PIB. Los componentes 1 y 2 aportarían, cada uno, algo cercano al 0.01% del PIB, todo lo cual indica que un 88% del ahorro total acá contemplado se vincula al congelamiento de salarios que estén por encima del salario global de referencia (párr. 15).

Del texto anterior, se identifica que en las proyecciones de mejora en la disminución del gasto al combinar la variable *salario* con el *congelamiento* de las remuneraciones de trabajadores con salario compuesto superior al salario global, para el Estado representa al corto plazo más de dos terceras partes de la disminución del gasto en este rubro, lo que se traduce en bajo impacto de este ajuste si no se incluye el congelamiento que esté por encima del salario global que se tome de referencia según el puesto, así como el congelamiento de salarios por regla fiscal. Al traducir este escenario en la realidad de los colaboradores públicos con salario compuesto superior al global implica una desmejora de las condiciones laborales a costa de disminuir el gasto público y de no ser así el ajuste perdería importancia de impacto en las finanzas del Estado, al menos el corto y mediano plazo.

Lo que es cierto es que consiste en una afectación indirecta hacia el consumo y el movimiento de la economía, sin dejar de lado la disminución de los ingresos para la Caja Costarricense de Seguro Social, ante el congelamiento de los salarios de las personas funcionarias con salario compuesto, así como la disparidad que se genera al compararlos con salarios del sector privado. Esto se da principalmente para los trabajadores de nuevo ingreso, después de la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público.

## Conclusiones

Es un hecho que el legislador al crear la Ley Marco de Empleo Público tenía como intención generar una igualdad de condiciones laborales entre quienes se desempeñan con similares funciones en el sector público y para que esto pueda suceder con equilibrio y seguridad jurídica para los administrados, necesariamente se requiere de un respeto a las situaciones jurídicas consolidadas, de las personas trabajadoras que ya cuentan con ciertas circunstancias laborales. Entre estas está la estabilidad en su trabajo que está fuertemente relacionado con la garantía de capacidad adquisitiva, que en caso de verse congelada afecta la capacidad de ingreso y desde allí, las condiciones de vida.

Ante las expectativas del Ministerio de Hacienda, en relación con las proyecciones de deuda, que puede llegar a niveles más prudentes no sin que antes pasen 7 años (2030), de materializarse esta proyección implica en el mediano plazo una mayor expectativa de mantener el congelamiento de los aumentos salariales. Con esto se mantiene la disminución de capacidad adquisitiva de las personas funcionarias, ya que con la entrada en vigor de la Ley Marco de Empleo Público, al combinarla con el sostenido aumento en el costo de vida, genera incerteza de incremento en los gastos y también inseguridad jurídica de la estabilidad financiera futura, en calidad de personas trabajadoras del Estado costarricense.

El propósito de los transitorios de esta ley, se aparta de ser logrado, principalmente porque la esfera jurídica de quienes congelado su salario, por un periodo indeterminado, aparte de perturbar la condición jurídica de los trabajadores públicos construye una incertidumbre al no generar certeza de aumento anual, como elemento consolidado en la relación laboral establecida. En una circunstancia como esta, de seguir ausente el ajuste necesario a la transición del salario compuesto a salario global, estaría lejos la posibilidad de afirmar que se están respetando los derechos laborales adquiridos.

Es ineludible que la razón histórica del aumento salarial que se ha realizado a los empleados públicos, representa un factor que se justifica precisamente en el costo de vida y su desempeño laboral. Apartarse de esta realidad por medio de la creación de una norma puede estar obviando la realidad jurídica que ha tenido efectos de remuneración salarial de los trabajadores públicos con salario compuesto y, al mismo tiempo, ha producido una condición laboral cierta, que en nada se desprende de una situación jurídica consolidada y de mantenerse nada impediría afirmar que no se está en presencia de una variación vinculada con alteraciones a las condiciones laborales, con perjuicio material o moral, como resultado de un acto que

puede estar apartado del principio de juridicidad, o bien una extralimitación de las potestades del Estado, que de ser cierto se alejaría de los principios de lógica, razonabilidad y proporcionalidad.

Aunque se debe aceptar la importancia de establecer la igualdad de condiciones para los trabajadores que realizan igual trabajo, la progresividad del derecho que regula la materia de empleo público, necesariamente debe en esa transición ajustar el trato de iguales entre iguales, sin dejar de lado aquí una particular excepción, que quienes tienen una realidad jurídica consolidada en respeto a sus derechos adquiridos deben mantener sus condiciones laborales, porque aunque la implementación de la Ley Marco de Empleo Público representa una disminución del gasto de al menos 0.14 % del producto interno bruto del Estado (Benavides, 2020) para mantener la histórica democracia y necesario respeto al trabajo, se requiere una discusión nacional que logre encontrar acuerdos informados, con suficiente impulso como para motivar la modificación de la medida de congelamiento de salarios para las personas funcionarias que cuentan con salario compuesto superior al salario global.

## Referencias

- Asamblea Legislativa. (2021). *Ley Marco Empleo Público. Ley n.º 10159*. [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96521&nValor3=129344&strTipM=TC](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96521&nValor3=129344&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa. (2021). *Ley para el Fortalecimiento de las Finanzas Públicas. Ley n.º 9635*. [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96521&nValor3=129344&strTipM=TC](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=96521&nValor3=129344&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa. (2022). *Ley de Salarios de la Administración Pública, n.º 2166*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=3672](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=3672)
- Asamblea Legislativa. (2023). *Reglamento a la Ley Marco de Empleo Público n.º 43952*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=99014&nValor3=135132&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=99014&nValor3=135132&strTipM=TC)

- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)
- Benavides, S. y Pacheco, F. (2021). *Análisis de la UNA cuestiona ahorros fiscales contemplados en proyecto de Ley sobre Empleo Público*. Una Comunica, Universidad Nacional de Costa Rica. <https://www.unacomunica.una.ac.cr/index.php/junio-2021/3505-analisis-de-la-una-cuestiona-ahorros-fiscales-contemplados-en-proyecto-de-ley-sobre-empleo-publico>
- Castro García, A. y Suárez Jiménez, S. E. (2022). *El derecho de auxilio y cesantía: derecho adquirido o expectativa de derecho en la nueva Ley de Protección al Trabajador* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
- Contraloría General de la República. (2021). *Urgente Retorno a la Sostenibilidad: Desafíos del endeudamiento en contextos de vulnerabilidad fiscal*. [https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs\\_cgr/2021/SIGYD\\_D/SIGYD\\_D\\_2021023860.pdf](https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2021/SIGYD_D/SIGYD_D_2021023860.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. # Petición/Caso ante la CIDH 11.325. [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=es&nId\\_Ficha=222](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=222)
- Díaz, C. (2017). *Revista general de información y Documentación*, 2017, enero de 1873. <https://revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/view/60813>
- Enciclopedia Jurídica. (2020). *Transitorio*. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-transitorio/derecho-transitorio.htm>
- Estado de la Nación. (2022). *Informe Estado de la Nación 2022*. [https://estadonacion.or.cr/wp-content/uploads/2022/11/PEN\\_informe\\_estado\\_nacion\\_completo\\_2022.pdf](https://estadonacion.or.cr/wp-content/uploads/2022/11/PEN_informe_estado_nacion_completo_2022.pdf)

- Hernández, R.; Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Editorial McGraw-Hill. <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-lainvestigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Londoño, M. (2009). *El Principio de Legalidad y el Control De Convencionalidad de las Leyes: Confluencias y Perspectivas en el Pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4626/5965>
- Marradi, A.; Archenti, N. y Piovani, J. (2007). *Metodología de las Ciencias Sociales*. Editorial Emecé. <https://desarrollomedellin.files.wordpress.com/2017/03/marradi-a-archenti-n-piovani-j-2007.pdf>
- Ministerio de Hacienda. (2022). *Estrategia de Deuda de Mediano Plazo 2022-2027*. <https://www.hacienda.go.cr/Documentos/MasDetalles/MarcoFiscalDeLaroPlazo/20220429%20Estrategia%20de%20Deuda%20de%20Mediano%20Plazo%202022-2027.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2013). *Dirección de Asuntos Jurídicos. Criterio: DAJ-AE-155-13*. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-155-13%20.%20Natalia%20Diaz%20Arguedas.%20Ius%20Variandi%20Salario.%20Forma%20de%20Pago%20Mens%20a%20Sem..pdf>
- Murillo, Á. (2023). Inflación acumulada en 2022 llegó a 7,88%, la más alta desde 2008. *Semanario Universidad*. <https://semanariouniversidad.com/pais/inflacion-acumulada-en-2022-llego-a-788-las-mas-alta-desde-2008/>
- Poder Judicial. (2014). *Principios desarrollados por la jurisprudencia constitucional*. <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Principios%20Desarrollados%20en%20la%20Jurisprudencia%20Constitucional.pdf>



- Poder Judicial. (2023). *Diccionario Jurídico del Poder Judicial*. <https://diccionariosusual.poderjudicial.go.cr/index.php/diccionario/46975:situaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-consolidada>
- Pomareda García, F. (2023). Investigador IICE-UCR: Salarios globales transitorios menores al mínimo del sector privado son inconstitucionales. *Semanario Universidad*. <https://semanariouniversidad.com/pais/investigador-iice-ucr-salarios-globales-transitorios-menores-al-minimo-del-sector-privado-son-inconstitucionales/>
- Procuraduría General de la República. (1999). *Criterio C-060-1999*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=8161&strTipM=T#:~:text=En%20ese%20sentido%2C%20la%20funci%C3%B3n,car%C3%A1cter%20excepcional%2C%20a%20ciertas%20situaciones](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=8161&strTipM=T#:~:text=En%20ese%20sentido%2C%20la%20funci%C3%B3n,car%C3%A1cter%20excepcional%2C%20a%20ciertas%20situaciones)
- Procuraduría General de la República. (2004). *Dictamen: 348 del 25/11/2004*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18049&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18049&strTipM=T)
- Procuraduría General de la República. (2004). *Dictamen: C-373-2004*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=12882&strTipM=T#:~:text=>Este%20principio%20significa%20que%20los,jur%C3%ADdicos%20%E2%80%93%20reglamentos%20ejecutivos%20y%20aut%C3%B3nomos](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=12882&strTipM=T#:~:text=>Este%20principio%20significa%20que%20los,jur%C3%ADdicos%20%E2%80%93%20reglamentos%20ejecutivos%20y%20aut%C3%B3nomos)
- Procuraduría General de la República. (2014). *Dictamen: 023 del 24/01/2014*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18049&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18049&strTipM=T)
- Rivero, A. Z. (2022). El salario global se fijará con sueldos desfasados por la regla fiscal. *Semanario Universidad*. <https://semanariouniversidad.com/universitarias/el-salario-global-se-fijara-con-sueldos-desfasados-por-la-regla-fiscal>



Sala Constitucional. (2020). *Resolución n.º 2020009887*. <https://vlex.co.cr/vid/sentencia-n-2020009887-sala-845064272>

Weber, M. (2005). *Economía y Sociedad*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Revista General de Información y Documentación, Universidad Complutense Madrid. <https://revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/view/60813>

# Niños y niñas migrantes no acompañados a Estados Unidos y los derechos humanos

*Unaccompanied Migrant Boys and Girls to the United States and Human Rights*

Joselyn Fabiola Gamboa Jiménez<sup>1</sup>

## Resumen

Este artículo tiene como finalidad determinar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto a las niñas y niños migrantes no acompañados de sus familias asumidas por Estados Unidos. En el mismo sentido, se analiza un caso significativo de *Molina Theissen vs. Guatemala*, de modo que se pueda establecer la posible responsabilidad internacional. Se estudia la respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con respecto a la situación de riesgo que se le presentaba a los menores y el impacto generado por la pérdida de ese vínculo familiar. Se pretende abordar el tema de derechos humanos para luego definir la vulneración que provoca y de ahí destacar la posible responsabilidad al Estado estadounidense, así como reconocer los principios que se vieron vulnerados y violentados en relación con los hechos ilícitos internacionales en cuanto a la aplicación de la política migratoria y realizar un abordaje conjunto sobre el problema y las principales causas del porqué estas personas abandonan Centroamérica para migrar hacia Estados Unidos. Al respecto, este artículo busca reconocer las garantías procesales que deben respetarse en las instancias correspondientes. Lo anterior tiene el fin de que estos seres estén en condiciones de defender sus derechos frente a un contexto en particular que quiera afectarlos.

## Palabras clave

Derechos humanos; Niñez migrante no acompañada; detenciones migratorias; garantías procesales; principios violentados.

---

<sup>1</sup> La autora es egresada de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo electrónico: yoselyngamboa86@gmail.com

## **Abstract**

The purpose of this article is to determine the international obligations in terms of human rights regarding unaccompanied migrant children from their families assumed by the United States, in the same sense, a significant case of *Molina Theissen Vs. Guatemala* will be analyzed so that possible international liability can be established. The response of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) regarding the risk situation presented to minors and the impact generated by the loss of that family bond will be studied. Address the issue of Human Rights to then determine the violation that causes and hence highlight the possible responsibility of the US State, as well as, recognize the principles that were violated and violated in relation to international wrongful acts regarding the application of the migration policy and carry out a joint approach to the problem and the main causes of why these people leave Central America to migrate to the United States. In this regard, this article seeks to recognize the procedural guarantees that must be respected in the corresponding instances so that these beings are in a position to defend their rights in the face of a particular situation that wants to affect them.

## **Keywords**

Human rights; Unaccompanied migrant children; immigration detentions; procedural guarantees; violated principles.

## **Introducción**

Según Nikken (1994): “La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado” (p. 23) y continúa diciendo el mismo autor que la sociedad contemporánea y, particularmente la comunidad internacional organizada, ha reconocido que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este tiene el deber de respetar y garantizar. Lo anterior tiene el fin de satisfacer su plena realización.

Conviene destacar que los derechos no dependen de una nacionalidad o de una cultura a la cual la persona pertenezca. Por lo tanto, como se indicó, el hecho de ser un ser humano ya es reconocido por los derechos fundamentales que la sociedad no puede despojar. La

expresión más notoria sobre los derechos de las personas es la que hace la Declaración de Derechos Universales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), en su primer artículo, al disponer lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1970) puso de manifiesto que: “Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona” (Preámbulo, párr. 2). En ese mismo sentido, en aquel documento se enumeran ciertos artículos de relevancia en la presente investigación, por ejemplo, se plantea de inicio la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos:

La misma Convención se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1).

El objetivo de esta declaración es ofrecer las garantías de estos derechos, como la libertad, seguridad, integridad, tanto física como moral, así como la existencia a una condición de vida digna y con acceso a los bienes adecuados inherentes a la familia humana. Por lo tanto, deben protegerse por el sistema jurídico de un Estado.

## **Evolución histórica de los derechos humanos**

Según Sagastume Gemmell (s. f.): “Los Derechos Humanos nacen con la humanidad misma, siempre se han encontrado presentes en la historia del ser humano, estos derechos han evolucionado de acuerdo a cada época” (p. 14) y continúa diciendo el mismo autor lo siguiente:

Vamos a encontrar que existían los ciudadanos griegos que gozaban de determinados derechos y que éstos estaban protegidos por las leyes griegas: sin embargo, existían personas que no gozaban de estos derechos y estaban privados de su libertad, a éstos se les denominaba esclavos. Los romanos conquistaron a los griegos y continuaron con la esclavitud (p. 14).

Además, Sagastume Gemmell (s. f.) menciona un claro ejemplo de lo que se vivió con anterioridad:

Este ejemplo nos indica que cada uno de los Derechos Humanos que actualmente están protegidos por el Derecho Internacional han sido como producto de luchas de miles de personas, de pueblos y naciones enteras; gracias a ellos, ahora podemos abrir una Constitución y encontrar una efectiva protección a tales derechos a nivel nacional, como una protección mediante convenciones internacionales (p. 14).

Para un tratamiento adecuado del tema por desarrollar en el presente trabajo se busca conocer la evolución de los derechos humanos, ya que esto ofrece la oportunidad de ver la labor de los antepasados y valorar lo que hoy en día es real, recordando siempre que ese proceso no se ha terminado y que es muy importante velar porque esto no se repita. Es decir, estos derechos están para proteger a toda la humanidad. Todo esto en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por la Asamblea Nacional Francesa (1789), que lo que intenta es recordar los derechos y deberes de los seres humanos y les conmemora que: “Las personas nacen y permanecen libres e iguales en derecho” (art. 1).

### ¿Qué es el ACNUR?

De acuerdo con la Asamblea General de las Naciones Unidas, en adelante ONU (1950), ACNUR significa Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que: “Se encarga de dirigir y coordinar la acción internacional para la protección de refugiados a nivel mundial” (Preámbulo, párr. 1). Por esta razón, continúa diciendo la Asamblea General de las Naciones Unidas (1950): “Trabajamos para garantizar que todas las personas que se han visto

obligadas a dejar sus hogares debido a la violencia, la persecución, la guerra o los desastres tengan derecho a buscar protección y encontrar un lugar seguro” (Prólogo, párr. 2).

Según la ONU (1950), ACNUR se creó: “Al término de la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo de ayudar a millones de personas que huyeron de Europa o que perdieron su hogar” (Introducción, párr. 1). La idea era permitir que los refugiados vivan con paz y dignidad, creando un mundo más seguro para quienes lo necesitan. El propósito fue salvaguardar los derechos y el bienestar de las personas que se han visto con la necesidad de huir, asegurar que puedan encontrar un refugio seguro en otro país y, de cierta forma, que puedan rehacer su vida en cuanto a la educación, salud y protección contribuyendo para formar un futuro mejor.

De acuerdo con un estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2015):

El ACNUR provee protección internacional y asistencia directa a los refugiados alrededor del mundo en 125 países. Con más de 60 años de experiencia en la supervisión del sistema de protección a refugiados sobre la base de tratados internacionales, El ACNUR ha recibido en dos ocasiones el Premio Nobel de la Paz por su trabajo con y para los refugiados (p. 2).

Con base en ese informe se puede entender la estrecha colaboración que presentan los gobiernos para asegurar que lo que ahí se menciona sea de total protección para los individuos. Continúa diciendo el mandato del ACNUR (1950): “Está proveer a los refugiados protección por asilo, asegurar que los derechos humanos sean respetados y salvaguardar el principio fundamental de no devolución: la prohibición del retorno de cualquier refugiado al lugar en donde se encuentra en peligro” (p. 2).

La protección de los niños debe ser una prioridad en especial aquellos no acompañados o que son separados de sus familias, conforme la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2015) (a partir de este momento, por sus siglas, ACNUR): “La principal preocupación del ACNUR es que todos los niños no acompañados y separados sean evaluados consistentemente y de modo apropiado para recibir protección” (p. 2). Por lo tanto, los Estados son los responsables de proteger a todos los niños y quienes deben implementar sistemas de protección para la niñez, de acuerdo con las obligaciones internacionales. A

medida que avance el desarrollo serán más las personas que deseen migrar, según la ONU (2017), en un informe evacuado por el representante especial del secretario general sobre la migración:

Hay numerosos factores que influyen en una decisión de ese tipo, por lo que resulta difícil prever quiénes se trasladarán y cuándo o dónde lo harán. Sin embargo, lo más probable es que persistan e incluso se intensifiquen los factores estructurales que impulsan la migración, como los desequilibrios demográficos, las desigualdades económicas, los conflictos, los desastres y los efectos del cambio climático, y no se prevé que estas tendencias cambien a corto plazo. La migración ha llegado para quedarse (p. 4).

La ONU rescata un papel sustancial en esta área, ya que es el principal foro donde los Estados pueden trabajar juntos para alcanzar un consenso político sobre las reglas y normas de comportamiento internacional. La organización brinda asistencia humanitaria a quienes la necesitan, ayuda a los Estados miembros a formular e implementar políticas para responder e influir en la migración, promueve el desarrollo de capacidades nacionales y recopila y analiza datos, incluso sobre población y desplazamiento.

De acuerdo con el Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Migración (2017): “Los Estados tienen para con los migrantes y los refugiados ciertas obligaciones que deben cumplir en virtud del derecho internacional vigente” (p. 8). Continúa diciendo el mismo informe:

En un mundo ideal, la migración sería una opción que se elige libremente, pero, como no suele ser así, los Estados necesitan políticas sólidas para conseguir los objetivos siguientes: a) proteger a los migrantes; b) darles la oportunidad de migrar legalmente y en condiciones de seguridad; y c) velar por que, una vez que hayan emigrado, puedan participar plenamente en la sociedad y la economía de la que han pasado a formar parte (p. 8).

Si bien es cierto, para los Estados es muy importante que la migración sea legal y segura, así como que se respeten los derechos humanos de las personas migrantes, el Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Migración (2017) menciona: “Cada

Gobierno debe determinar, y explicar claramente, en qué condiciones permitirá que los migrantes entren, permanezcan y trabajen en su país, o la forma en que facilitará su partida y regreso, es decir, su política migratoria” (p. 10).

De conformidad con el Informe del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos Comisión Especial de Asuntos Migratorios (2008):

Uno de los factores que más ha incidido en el aumento de la migración ha sido la creciente disparidad en los niveles de vida y beneficios sociales y laborales (acceso a educación, servicios de salud y pensiones) entre los países desarrollados y los países en desarrollo. A pesar de los riesgos que implica la migración, sigue siendo para millones de latinoamericanos y caribeños la única esperanza de progreso y realización (p. 1).

Se debe considerar que no todos los migrantes buscan una estadía permanente, en la mayoría de los casos buscan ganar dinero por un tiempo y luego se regresan a su país de origen o, como se mencionó, exploran oportunidades para ganar incentivos y reducir la pobreza buscando conveniencia para poder desplazarse, vivir y trabajar en condiciones aceptables. El Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Migración (2017) expresa que:

Los Estados deben ponerse de acuerdo en la manera de abordar los grandes desplazamientos relacionados con las crisis, no solo para salvar a las personas que se desplazan del sufrimiento o de una muerte cierta, sino también para evitar que las respuestas improvisadas erosionen la confianza de la población en ellas. Los Estados todavía no han logrado encontrar una respuesta sostenible a este problema. Cuando los migrantes han acudido a refugiarse en diferentes partes del mundo, la respuesta de los Estados ha sido casi siempre una *huida hacia adelante* centrada en disuadir a los migrantes vulnerando y restringiendo sus derechos (p. 12).

Deberá tomarse en cuenta la especial vulnerabilidad de los menores no acompañados y separados de su familia para convertir esa asignación prioritaria de recursos a los menores, ya que se pierde esa cercanía afectiva de los padres o madres y aumenta la probabilidad de que



no reciban el mismo cuidado de salud, alimentación y protección adecuada contra todo tipo de violencia.

En lo que concierne a la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1990) menciona lo siguiente:

Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Los Estados parte asegurarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños (art. 20).

Asimismo, la convención que se mencionó expone las medidas necesarias y adecuadas para que el niño logre conforme a derecho los procedimientos aplicables como: “A protección y asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes en que dichos Estados sean parte” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1990, art. 22). Es vital considerar el interés superior del niño para tomar en consideración que los encargados del cuidado o protección cumplan las normas en materia de seguridad, educación, asistencia personal, vivienda y más. Lo que pasa es que cuando la migración es irregular estos niños, niñas y adolescentes viven sin su documentación, se les dificulta el acceso a los servicios de educación o salud y se violenta el derecho a una nacionalidad y su nombre, por lo que se convierten vulnerables o frágiles a las adopciones ilegales o la trata de personas.

Existe un dato relevante en cuanto a la protección máxima posible contra la violencia y la explotación, según la repetida convención en su art. 6, establece que: “Los Estados partes [sic] garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1990). Es decir, aquel precepto exige la vigilancia de los Estados parte, ya que los menores separados y no acompañados están expuestos a riesgos que afectan la vida y su desarrollo, en algunos casos se dan ejemplos como la trata de explotación sexual, participación en actividades delictivas y la presencia de crimen organizado.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño se alega el derecho a expresar su opinión libremente, por lo que es pertinente que los menores dispongan de toda la información acerca de sus derechos, servicios existentes, procedimientos necesarios para

solicitar asilo y la localización de la familia. Por otra parte: “Los Estados parte garantizarán al niño que pueda expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan en función de su edad y madurez” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1990, art. 12).

Al garantizar el derecho a ser oído da legitimidad jurídica para saber cuál ha sido la opinión del niño o la niña respecto al desplazamiento y, de esta forma, da sus opiniones y se estructura la lógica del sistema de protección integral. Por otro lado, la convención determina que cada niño es respetado en los derechos enunciados.

Sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición. Los Estados partes [sic] tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o de sus familiares (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1990, art. 2).

Sin embargo, la discriminación a niños, niñas y adolescentes por su condición de migrantes regularizados, irregulares o hijos de migrantes, es un problema regional. En este sentido, el Liwski (2008) establece lo siguiente:

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como los demás tratados internacionales que reconocen el respeto por los derechos económicos, sociales y culturales establecen la protección especial por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren los niños, niñas y adolescentes, independientemente de la regularización de su permanencia en el país o no. Esta interpretación debe conjugarse con el principio de interés superior del niño, que implica que los Estados deben tomar aquellas medidas que aseguren la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de los mismos, no solo en cuanto al número sino también respecto de su importancia (p. 3).

Con respecto a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Organización de las Naciones Unidas, 1951), ha: “Afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales” (Preámbulo, párr. 1). A los efectos de la presente convención, se adoptaron ciertas disposiciones generales, de modo que el término refugiado significa lo siguiente:

Como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (p. 2).

Asimismo, continúa expresando la misma Convención las obligaciones generales de la persona refugiada: “Todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público” (art. 2). Lo que se refiere a que los interesados deben cumplir los requisitos que se les exijan, ya que su interés es esforzarse por asegurar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. La Convención sobre los Derechos del Niño (2005) señala:

Las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas (p. 5).

Continúa diciendo la Convención sobre los Derechos del Niño (2005): “El Comité investiga las razones en lo que concierne a la protección de estos menores” (p. 5) y figuran ciertas observaciones generales que ponen de manifiesto la situación vulnerable de los menores no acompañados y separados de sus familias, razones que se enumeran a continuación:

1. Mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad.
2. Además, sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación.
3. En cuanto a las menores no acompañadas y separadas de sus familias, están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica.
4. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico.

El desprendimiento de sus vínculos familiares más cercanos ya representa una dificultad para una inserción social adecuada, las condiciones dependen de las situaciones diversas que se presentan como la alteración de modelos de vida, la ausencia de sus padres, la desintegración familiar y por supuesto y no menos importante la vulneración de sus derechos, entre otras cosas. Para Lewski (2008), se pueden identificar tres situaciones o escenarios que, en el marco de los procesos migratorios, condicionan la vida de niños, niñas y adolescentes y establece lo siguiente:

Primeramente, la familia migrante con el traslado de toda la familia a un nuevo territorio en búsqueda de mejores perspectivas y la instalación en un entorno social diferente, resulta muchas veces desconocido y hostil para todos sus miembros, pero especialmente para los más vulnerables, como ocurre en el caso de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, los padres y madres migrantes. Detrás de cada historia de un padre o una madre migrante hay niños, niñas y adolescentes que sufren por el desprendimiento de sus vínculos afectivos más importantes y crecen sin el derecho a disfrutar de la vida en familia. Además, la migración de uno o ambos padres desestabiliza la unidad familiar y obliga a los restantes miembros del hogar o a otros familiares cercanos a asumir nuevos roles como jefes o jefas de familia.

Finalmente tenemos a los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. Un significativo número de personas menores de edad abandonan su país de residencia año tras año para migrar de manera solitaria hacia otro país, principalmente en el afán de reencontrarse con sus familiares que residen en el extranjero o para brindar una ayuda a los familiares que dejan (pp. 4-5).

La lucha intensa de las familias por llegar a su país de destino es lo que hace que estos se conviertan en la población más vulnerable, ya que se ven expuestos a diferentes situaciones que en su mayoría generan un problema. En una investigación realizada por Bellof (s. f.) se señala lo siguiente:

Los Estados se obligan a respetar los derechos incluidos en la Convención sobre los Derechos del Niño mediante la adopción de medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para darle efectividad. Hace cierto tiempo no había forma de obligar a nadie para que hiciera algo diferente; hoy se puede. Los abogados tienen una deuda pendiente que consiste en aceptar y desarrollar mecanismos de exigibilidad de los derechos de las niñas y los niños, de modo que ya no están como estaban; algo ha cambiado para mejorar su condición jurídica (p. 5).

En este enfoque, las leyes definen los derechos de los niños y las niñas y establecen que en caso de que alguno se vea violentado o amenazado, es deber de la familia y el Estado restablecer el ejercicio del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces. No se trata de proteger al menor de las personas, sino de garantizar los derechos de todos los niños. Si no hay ningún derecho amenazado o violado no es posible intervenir. Por lo tanto, esa protección reconoce y también promueve derechos, no los viola ni restringe salvo supuestos especiales en los que exista peligro concreto para la vida del niño.

En fundamento de cualquier decisión que afecte la vida de los niños o las niñas es de interés superior que primará sobre cualquier otro interés presente. Las autoridades y los responsables en la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición y que ese beneficio sea lo primordial al adoptar cualquier disposición que le afecte.

## ¿En qué consiste la evaluación del interés superior del niño?

De acuerdo con Cillero Bruñol (2007): “Se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989” (p. 125). Por lo tanto, permite afirmar que todas las personas incluidos los niños gozan de los mismos derechos y que es deber de los Estados fomentar y garantizar su eficacia. Continúa diciendo el mismo autor lo siguiente:

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres (p. 131).

Es decir, el interés superior del niño ha evolucionado junto con el reconocimiento de los derechos del niño y ha alcanzado un importante grado de desarrollo. Además, fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso y considerar el interés del niño como un beneficio que debía ser pública y jurídicamente protegido, de modo que se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos y no como un objeto dependiente de sus padres considerando que el principio del interés superior del infante debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

Según una guía elaborada por la Universidad Pontificia Comillas y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (s. f.) la evaluación del interés superior del niño consiste en lo siguiente:

Evaluar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o niña y realizar una valoración

individualizada del historial de cada niño con revisiones periódicas a cargo de un equipo y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso (p. 8).

En este sentido se deben considerar los deseos, sentimientos y opiniones del niño o la niña, así como su deseo de participar progresivamente en el proceso, la supervivencia y satisfacción de sus necesidades básicas tanto educativas, físicas como las emocionales. Al tener en cuenta como se mencionó recientemente la edad y madurez del infante, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación con la necesidad de que las decisiones que se adopten sean estables, seguras, pertinentes y que se respeten los derechos de los niños y las niñas.

De acuerdo con esos criterios indicados se puede considerar que un procedimiento apropiado es el que facilite la participación adecuada sin discriminación alguna, de esta forma, se toman debidamente las opiniones de los menores en función de su madurez y su edad. Al mismo tiempo, las personas que toman las decisiones deben tener una especialización pertinente en el que se equilibren todos los factores para evaluar la mejor opción considerando aplicar el principio del interés superior del niño y que busque garantizar el ejercicio pleno y efectivo de todos los derechos humanos reconocidos.

Continúa diciendo el mismo autor que en algunos casos existen situaciones en las cuales se dispone de procedimientos para valorar el interés superior del menor. A pesar de esto, no son completamente adecuados o no existen, por ejemplo, los procedimientos nacionales del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (a partir de este momento, por sus siglas, NNA), donde no respondan a las necesidades específicas de los menores refugiados o que las operaciones en materia de derechos humanos las lleve a cabo personal sin experiencia por lo que señala lo siguiente:

Cuando existan procedimientos nacionales y las NNA refugiados tengan acceso a ellos, pero no sean completamente adecuados, el papel del ACNUR y sus socios dependerá según sea el caso. Si existen procedimientos nacionales que no cumplen con los estándares generales de calidad para todas las NNA, el ACNUR y sus socios deben contribuir a desarrollar las capacidades de los sistemas nacionales y utilizarlos en casos que conciernan a NNA refugiados siempre que esto no represente un riesgo de protección grave para ellos

(Universidad Pontificia Comillas y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, s. f., p. 41).

Cuando los Estados no cuenten con procedimientos adecuados para los menores, la función del ACNUR debe centrarse en el desarrollo de capacidades y en el fortalecimiento de los sistemas, así como brindar apoyo técnico en cuanto a la protección de la niñez. Lo anterior tiene el fin de ampliar u ofrecer servicios que lleguen a los lugares en los que se necesita cuando estos no sean accesibles o no estén disponibles en el lugar geográfico en el que viven las personas refugiadas, de manera que se pueda extender su capacidad.

La Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (2011), expresa algunos sistemas globales de protección del menor, por ejemplo:

Leyes, políticas, procedimientos y prácticas dirigidas a prevenir y actuar de manera efectiva ante el abuso, el trato negligente, la explotación y el trato violento al menor. Es responsabilidad de los Estados el promover el establecimiento y la implementación de sistemas de protección del menor de conformidad con sus obligaciones internacionales (p. 8).

Para estos casos esta misma agencia valora ciertos elementos de modelo integral de atención a los menores como la: “Determinación de la condición o de otras necesidades de protección (ejemplo si es víctima de trata)” (Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2011, p. 9). Esto con el objetivo de cuidar e identificar su perfil, de manera que se pueda obtener un registro y documentación de acuerdo con las necesidades inmediatas que el menor de edad tiene al reconocer soluciones duraderas y garantías en virtud de su vulnerabilidad.

En cuanto a los derechos del niño, cuando se trate de un niño menor de edad migrante el paso inicial que se debe tomar en cuenta es determinar que es un infante no acompañado e investigar sus datos y los de su familia, luego consignar los datos que se obtienen y una vez que se consiga la información comenzar con la búsqueda de sus familiares. Todos estos son pasos que el Estado debe agotar junto con todos los medios que se encuentren a su alcance, al menos que sea contrario al interés superior del niño. La Organización de las Naciones Unidas (2011) rescata un papel fundamental en cuanto al tema de retorno y reunificación familiar, ya que considera que:



Los NNA no deben ser retornados a su país de origen si hay riesgos o motivos para creer que la vida, integridad o libertad del niño están en peligro, si no se identificó un adulto responsable, que garantice el bienestar del niño o si, por otras razones, ello no responde al interés superior del niño, según la evaluación de las autoridades competente (p. 20).

Se debe tener presente que una interpretación desde la perspectiva de derechos humanos lleva a concluir que el principio de no devolución le es aplicable a todo niño migrante que sufra de la privación del crecimiento normal y digno en el país de tránsito o de origen del que provenga. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1970) puso de manifiesto que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

Asimismo, deben existir garantías para que se haga la reunificación familiar, en ese sentido, se debe tener presente la posición más humanitaria, así como establecer ciertos estándares que es necesario seguir ante determinadas circunstancias para que niños, niñas y adolescentes migrantes no vean vulnerados sus derechos. La excepción que se toma en cuenta es la que se mencionó según la ONU, ya que los menores no pueden tolerar situaciones que les afecten la vida, garantías y derechos humanos, pues por su condición de migrantes se les debe prestar protección especial.

### **Garantías procesales de los niños menores no acompañados**

Se debe entender y determinar en todo sentido y alcance el interés superior del niño, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes que se encargan de tomar las decisiones de forma que se puedan equilibrar los factores importantes para valorar cuál es la mejor opción. Según Jazmín Sánchez Estrada (2014): “Cuando se alude a este principio, se está frente a un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento” (p. 14). Así lo indica la misma autora:

Derecho sustantivo es el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos

intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (p. 14).

Esto se traduce en las obligaciones del Estado de garantizar que dicho principio se integre de forma adecuada y se aplique en todas las medidas que necesiten, tanto administrativas como cualquier procedimiento judicial, en cuanto al principio jurídico interpretativo y la norma de procedimiento. Además, la justificación de las decisiones debe dejar manifiesto que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deben explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño continúa diciendo lo siguiente:

Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales (p. 15).

Se debe considerar la naturaleza y los criterios en los cuales se basa la decisión y cómo se ponderan los intereses del niño frente a otras estimaciones, tanto generales como casos delimitados. Además, implica explicar cómo se examinó y evaluó lo que ha tenido en la decisión final para que los Estados se obliguen a respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención de los Derechos del Niño, así como los efectos a corto, mediano y largo plazo en cuanto a las medidas que se relacionan con el desarrollo de los menores de edad a través del tiempo.

Con énfasis en las disposiciones anteriores, se puede aludir que existen varios tipos de garantías mínimas que deben proveerse a los niños migrantes, entendiendo que la protección que se les brinda es sin distinción a su nacionalidad o su situación migratoria, los cuales

deben considerarse al reformular la política migratoria. Estos son el derecho a que se realicen todas las indagaciones pertinentes para determinar con certeza que se trata de un menor de 18 años, a ser oído y expresarse tomando en cuenta un debido proceso que le permita a su vez el acceso a la justicia y a que se aplique el derecho de la no devolución cuando convenga con su integridad y desarrollo personal.

Conforme una guía elaborada por la Universidad Pontificia Comillas y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (s. f.) tener un temor fundado de persecución supone que se combinan dos elementos: “Un elemento subjetivo, el niño/a expresa un temor a sufrir una situación donde sus derechos humanos pueden verse amenazados o han sido vulnerados y un elemento objetivo, que hace referencia a la situación existente en su país de origen” (p. 13). Por lo tanto, ese análisis es preciso para determinar si un niño o niña tiene necesidades de protección internacional, lo que requiere conocer en profundidad las circunstancias personales del menor en su país de origen, ya que puede ocurrir que no expresen el temor o que no lo hagan de la misma forma que lo haría un adulto.

### **¿Cuáles son las causas del aumento de la migración infantil no acompañada?**

De acuerdo con el Instituto para las Mujeres en la Migración (Imumi, 2014):

Miles de niños, niñas y adolescentes están huyendo de sus países debido a que su integridad y seguridad están en riesgo y requieren protección internacional acorde a las necesidades específicas de los diferentes grupos de edad, etnia, sexo y nacionalidad, debido a la violencia generalizada, la pobreza y la falta de protección gubernamental que les obliga a migrar, situación que cada vez va en aumento (p. 1).

La niñez centroamericana y mexicana está huyendo de la violencia en sus países, ejercida por grupos delictivos armados (cárteles de narcotráfico, pandillas, violencia institucionalizada), y en algunos casos, violencia en el hogar. Las y los jóvenes han reportado como ha incrementado drásticamente la violencia estructural, y el reclutamiento y amenazas por parte del crimen organizado en sus comunidades de origen, persistente por la impunidad y la incapacidad de los gobiernos de procurar protección a sus nacionales (p. 4).

Si bien es cierto debido a estas situaciones aludidas es que se obliga a la población a migrar, Imumi (2014) rescata un papel sustancial en esta área: “La falta de infraestructura regional, de inversión y desarrollo afecta a comunidades, situación que combinada con la violencia provoca la necesidad de salir del país en busca de mejores oportunidades de vida y protección” (p. 4). Se debe percibir que se habla de una crisis humanitaria que impacta la vida de los menores de edad no acompañados y separados de sus familias, por lo que los enfoques de protección deben incluir el principio del interés superior del niño y no el endurecimiento de las políticas migratorias, ya que los niños migran para salvar sus vidas e integridad personal.

Es pertinente decir que los factores que incentivan la migración son varios, ya que los niños, niñas y adolescentes se ven envueltos en abusos o necesidades por parte de grupos organizados, autoridades de Estado o incluso la misma sociedad situación que los obliga a iniciar un trayecto sin compañía, lo que genera vulnerabilidad y los vuelve perceptibles de violaciones de los derechos humanos, pues se enfrentan a grandes inseguridades. Zarate López (2018) señala lo siguiente:

Garantizar el pleno respeto de sus derechos es una obligación universal, incluso cuando el país receptor no esté de acuerdo con ello, pues la finalidad de los derechos fundamentales es la búsqueda del respeto de los derechos de cada individuo garantizando un entorno sin desigualdades, respetando los derechos de niños, niñas y adolescentes y su interés superior debe ser prioridad para la humanidad (p. 46).

Es decir, el impacto que los niños y las niñas sufren con la migración es innumerable debido a la inmadurez, tanto física como mental y su escasa experiencia, además por el desconocimiento de la normativa cuando arriban a otro destino, lo que imposibilita acceder a los derechos que les corresponde. Es por eso por lo que anteriormente el autor considera que la garantía de los derechos humanos implica una obligatoriedad para evitar arbitrariedades por parte de la autoridad. El mismo autor señala algunas variantes que obligan a los menores a iniciar la travesía:

El aumento de la migración infantil está relacionado con las migraciones laborales; responde al efecto de las brechas de desarrollo económico entre las regiones y los países. Esto porque se presenta la necesidad dentro de los hogares de incorporar cada vez más miembros de la familia al mercado laboral para satisfacer las necesidades de todo el grupo (Zarate López, 2018, p. 49).

Esto ocurre debido a la pobreza extrema que enfrentan, a la privación de derechos, la falta de oportunidades, alterando la vida de los menores de edad, pues estos adquieren tareas que no les corresponden. Situación de alto riesgo que ponen en peligro la integridad física, ya que adquieren responsabilidades que un menor de edad no debe ejercer, pero que benefician la economía de la familia. Además, Zarate López (2018) menciona lo siguiente:

Los desplazados huyen de sus hogares de residencia habitual ya sea como consecuencia de actos criminales y violaciones de derechos humanos cometidos en su contra o hacia su familia, o bien, como consecuencia del temor fundado de ser víctimas ante un clima generalizado de inseguridad y de impunidad. Puede ocurrir de manera masiva o individual y/o repentina o gradual. El desplazamiento individual o gota a gota tiende a ser un desplazamiento invisible, que involucra núcleos familiares pequeños que abandonan su comunidad de origen de manera aislada y discreta como consecuencia de atentados hacia la integridad de su familia o para escapar del riesgo que significa vivir en una determinada comunidad insegura o violenta.

Asimismo, cada vez son más los niños, niñas y adolescentes que migran por la necesidad de unirse a sus familias. La visualización de este sector dentro de los flujos migratorios es importante pues el motivo que genera su desplazamiento comprende nuevas modalidades de atención a la niñez migrante. Estos grupos mayormente viajan sin compañía y sus diferentes características lo hacen blanco de víctimas de redes de trata y tráfico de migrantes (pp. 52-53).

Esto significa que la existencia del fenómeno de desplazamiento forzado por motivos de la delincuencia organizada es un elemento grave que quebranta la estabilidad de las comunidades y hace más vulnerable la situación de las personas. Por lo tanto, se puede determinar que las principales causas de la migración son la situación económica, la inseguridad pública, la violencia y la reunificación familiar debido a que los menores de edad no tienen otra opción que emprender trayectos peligrosos, en los que se enfrentan a múltiples amenazas y riesgos sin tener debidamente en cuenta sus derechos, necesidades e intereses.

Con respecto al impacto de las crisis humanitarias de la vida de las personas, los niños y las niñas han perdido todo en relación con la casa, familia, amigos y estabilidad. Esto se debe a múltiples causas, por ejemplo, la existencia de conflictos armados, hambre, abusos en el

seno de la familia y esto para la búsqueda de mejores oportunidades para su desarrollo. De conformidad con Gonzales Carrillo (2009) se considera lo siguiente:

La mayoría de los niños migrantes son presa fácil de abusos, discriminación, segregación, rechazo, maltrato, violencia y agresión física, sexual o moral además de ser el grupo poblacional que más expuesto e indefenso se encuentra frente a accidentes, enfermedades, explotación laboral, trata, tráfico, extracción y venta de órganos, reclutamiento en fuerzas armadas o del crimen organizado y muchas otras atrocidades (p. 13).

El problema que enfrentan los menores separados de sus familias presenta un gran impacto, ya que no cuentan con sus padres o tutores legales y esto define el problema principal en cuanto los cuidados y protección y como consecuencia de eso sufren en lo social, físico y psicológico. Esa separación permite que los niños se desarrollen en un ambiente vulnerable donde pueden ser discriminados por su situación migratoria. Gonzales Carrillo (2009) continúa diciendo lo siguiente:

A lo largo de la región alledaña a la frontera sur, niños y niñas se emplean en fincas de recolección agrícola, como empleadas domésticas, vendedores ambulantes y lustradores de calzados en los centros urbanos. Otros son obligados a ejercer la prostitución forzada y a participar en actividades relacionadas con el crimen organizado en distintas de sus manifestaciones (p. 35).

Estados Unidos debe tener políticas para contrarrestar cualquier dinámica que tenga que ver con robos o algún tipo de extorsión priorizando el incremento de la seguridad ciudadana y la creación de mejores oportunidades económicas debido a preocupaciones relativas en cuanto a violación de los derechos humanos y corrupción generalizada, violentas redes delictivas, autoridades abusadoras y la constante amenaza de sufrimientos que abarcaban, desde el hambre y la violencia sexual hasta los accidentes, la desaparición e incluso la muerte. Un informe realizado por Olson (2016) establece lo siguiente:

De acuerdo con lo que indican los sondeos de los niños migrantes que arribaron a la frontera de Estados Unidos, los problemas económicos constituyen un factor de alta incidencia en la emigración. Asimismo, la búsqueda de mejores

oportunidades educativas o laborales fuera de la comunidad suele chocar con las restricciones impuestas por el control de las pandillas, ya que el traslado en transporte público, tanto de taxis como de autobuses, expone a los jóvenes a los altos costos de la extorsión y el robo (p. 5).

De acuerdo con Olea Rodríguez (2015): “La migración interroga a las sociedades y las naciones sobre su identidad, y a los Estados sobre su capacidad de control de las fronteras y sobre el trato que reciben los no nacionales” (p. 250). Según ese dato se puede entender que la migración se ha transformado como resultado de la globalización y cada vez es más compleja, el fenómeno migratorio cada vez va en aumento a pesar de los esfuerzos de los Estados por cerrar sus fronteras y es por eso por lo que cada país o Estado ya no solamente se compone de nacionales, sino también de migrantes y refugiados. Por lo tanto, se puede concretar que en muchos casos los Estados son los responsables de la persecución de las personas ciudadanas, así como de la situación de vulnerabilidad a la que se enfrentan y de que se conviertan no nacionales en otro Estado.

### **Caso Molina Theissen vs. Guatemala**

Conviene destacar un caso que hace referencia a la responsabilidad internacional del Estado Guatemalteco por la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen, un niño menor de 14 años, por parte de agentes militares. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Derechos Humanos, 2004) indica lo siguiente:

En la época en la que sucedieron los hechos, la desaparición forzada de personas constituía una práctica del Estado llevada a cabo principalmente por agentes de sus fuerzas de seguridad. La finalidad de esta práctica era la desarticulación de los movimientos u organizaciones que el Estado identificaba como proclives a la *insurgencia* y extender el terror en la población.

Las detenciones, los secuestros, las torturas y el posterior asesinato de los *desaparecidos* eran efectuados por grupos de individuos fuertemente armados, que se presentaban e identificaban verbalmente como pertenecientes a alguno de los distintos cuerpos investigativos o de seguridad del Estado. En estas operaciones no informaban los motivos de la presunta detención ni los



centros donde serían trasladados los detenidos. Dichos grupos actuaban con total impunidad y se movilizaban en automóviles similares a los de las fuerzas policiales o identificados como pertenecientes a los cuerpos de seguridad, con placas deterioradas o carentes de matrícula de circulación (p. 9).

Esto significa que había un grupo guatemalteco que estaba siendo expuesto a una multiplicidad de violaciones en cuanto a los derechos humanos, como víctimas directas de violaciones sexuales, desapariciones forzadas, torturas y secuestros. Además, se utilizaban como una forma para torturar a la familia, de manera que incrementara el temor, según se puede entender esas prácticas se realizaban por parte de la policía y personas que participaban en el ejército o los comisariatos militares. Sus familiares interpusieron una serie de recursos con el fin de ubicarlo y sancionar a los responsables. Sin embargo, no se realizaron mayores diligencias, así que la familia de Marco Antonio Molina Theissen se vio forzada a salir de Guatemala. Continúa diciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo siguiente:

Guatemala es Estado Parte en la Convención Americana desde el 25 de mayo de 1978, por tanto, la Corte es competente para conocer del presente caso, de acuerdo con el reconocimiento manifestado por el Estado la Corte tiene establecidos los hechos y considera que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos como el derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, protección a la familia, derechos del niño, así como la protección judicial (p. 3).

## Conclusiones

Como se pudo observar en la presente investigación, el proceso migratorio genera un impacto, tanto en los países emisores como los de tránsito y recepción, se entiende que es fundamental promover acciones para garantizar la observancia de los niños, niñas y adolescentes que se ven sometidos a situaciones discriminatorias alentando el desarrollo de la niñez y por supuesto sus familias a través de una migración planificada y protegida. Se debe garantizar los derechos de la niñez y adolescencia de forma social, jurídica y económica, de manera que el Estado, la sociedad y la familia puedan utilizarlos como estrategias efectivas para atacar las causas de la pobreza y la exclusión social.



Siguiendo el mismo enfoque de derechos humanos, es necesario abordar tanto las causas como las consecuencias de la migración. Claro está, el deber es encontrar posibles soluciones para los problemas que afectan a los niños, niñas y adolescentes, dichas soluciones requieren ayuda coordinada por parte de los Estados, así como la cooperación conjunta, de modo que se generen esfuerzos de ambas partes.

En cuanto a las posibles soluciones, se puede mencionar la protección y respeto de los derechos humanos de los infantes independientemente de su situación migratoria, así como garantizar la calidad de servicios básicos para todos los niños, especialmente los que se relacionan con la nutrición, salud, educación y vivienda digna. Además, es necesario prestar especial atención al respeto del derecho a la vida, participación y la identidad de los menores migrantes.

Se debe atender prioritariamente a los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias. Lo anterior tiene el fin de que cuenten con el mismo acceso a los derechos que los niños nacionales, así como promover en los Estados involucrados en procesos migratorios la prevalencia de condiciones que favorezcan la tolerancia, respeto y armonía entre los migrantes y por supuesto el resto de la sociedad, tanto en los países de tránsito como de destino, a manera que se pueda eliminar cualquier tipo de manifestación de intolerancia o racismo en contra de los migrantes o los miembros de sus núcleos familiares.

A lo largo del presente trabajo se ha intentado desarrollar el problema de los niños, niñas y adolescentes en las diferentes regiones, así como algunas tareas que se desarrollaron por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para atender las necesidades que viven las personas migrantes, propiciándose el estudio crítico sobre el modo y las razones de las actividades que desempeñan ciertas organizaciones. Como se señala en la presente investigación, se puede observar la preocupación de las Naciones Unidas por las migraciones, ya que esto es relativamente reciente. Sería deseable que los acuerdos sean tomados o vinculados con la Organización Internacional para las Migraciones, así como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de forma que se puedan tener más claras las ideas en cuanto a la toma de decisiones y que se dé un sano ejercicio de estas. Esto permite que ambas entidades aporten una visión integral sobre la cuestión, con sus capacidades y recursos, en miras de asistir la búsqueda de soluciones duraderas destinadas a la efectiva protección de la niñez migrante no acompañada.

Es necesario comprender que se habla de una crisis humanitaria que impacta la vida de los niños, niñas y adolescentes. Por lo tanto, los enfoques de protección deben incluir el principio del interés superior de los menores y por supuesto endurecer las políticas migratorias. Estos niños migran para salvar sus vidas e integridad personal, aun así son víctimas de las condiciones de violencia, pobreza y en temas económicos son completamente vulnerables, ya que los grupos delictivos se aprovechan de las políticas migratorias y reclutan o utilizan a la niñez para la comisión de delitos como el tráfico de personas.

Sin duda, ninguna ley que esté vinculada con la condición jurídica, los tratados, normas o leyes cambian automáticamente la realidad. De hecho, no es la ley por sí sola la que produce una realidad social. A pesar de esto, es bastante claro que sin un marco de legalidad que legitime las prácticas o las políticas de protección integral de los derechos de los niños menores de edad se generaría una gran dificultad. Es necesario contar con leyes que sean diseñadas cuidadosamente para que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean exigibles de forma que se pueden hacer efectivos los derechos de cada uno como persona migrante, de ahí que esos procesos permitirán a los infantes ejercer su derecho social, político y económico con reformas legales readecuando los programas y servicios destinados a la infancia.

## Referencias

- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR ACNUR). (2011). *Foro Internacional sobre NNA migrantes no acompañados o separados de sus familias México D. F., México*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8281.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración de Derechos Universales*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2005). *Convención sobre los Derechos del Niño. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2017). *Informe del representante especial del secretario general sobre la Migración. n.º A/71/728*. <https://refugeesmigrants.un.org/es/reports-and-documents>
- Asamblea Legislativa. (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados n.º 6079*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=18675&nValor3=19922&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=18675&nValor3=19922&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa. (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño. Ley n.º 7184*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6606&nValor3=7032&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6606&nValor3=7032&strTipM=TC)
- Asamblea Nacional Francesa. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaración-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano>
- Bellof, M. (s. f.). *¿Un modelo para armar y otro para desarmar! Protección integral de derechos vs. Derechos en situación irregular*. [https://www.oijj.org/sites/default/files/documentos/documental\\_983\\_es.pdf](https://www.oijj.org/sites/default/files/documentos/documental_983_es.pdf)
- Cillero Bruñol, M. (2007). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/01/doctrina44779.pdf#page=125>
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1970). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Ficha técnica: Molina Theissen vs. Guatemala*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/molinatheissen.pdf>

- Gonzales Carrillo, A. (2009). *Frontera sur y niños migrantes no acompañados en México: un análisis bajo la perspectiva de los derechos humanos*. [http://conocimientoabierto.flacso.edu.mx/medios/tesis/gonzalez\\_a.pdf](http://conocimientoabierto.flacso.edu.mx/medios/tesis/gonzalez_a.pdf)
- Instituto para las Mujeres en la Migración (Imumi). (2014). *Niñez migrante no acompañada en la región norte y Centroamérica. Honduras, El Salvador, Guatemala, México y Estados Unidos*. <https://imumi.org/attachments/2014/ninez-migrante-no-acompanada-region-norte-centroamerica.pdf>
- Liwski, N. (2008). *Consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos comisión especial de asuntos migratorios*. [https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-juventud/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-OEA\\_Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-juventud/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-OEA_Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf)
- Nikken, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-buenos-aires/principios-de-derechos-humanos-y-derecho-constitucional/el-concepto-de-derechos-humanos-pedro-nikken/40021603>
- Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR ACNUR). (1950a). *A quién ayudamos*. <https://www.acnur.org/a-quien-ayudamos.html>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR ACNUR). (1950b). *Historia del ACNUR*. <https://www.acnur.org/historia-del-acnur.html>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR ACNUR). (2015). *Niños en fuga. Niños no acompañados que huyen de Centroamérica y México y la necesidad de protección internacional*. <http://www.unhcr.org/56fc266f4.html>

- Olea Rodríguez, H. (2015). *Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2826/1522>
- Olson, E. (2016). *Respuestas de Estados Unidos a la crisis de los niños migrantes centroamericanos*. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/fesamcentral/12936.pdf>
- Organización de los Estados Americanos Comisión Especial de Asuntos Migratorios. (2008). *Informe del consejo permanente*. [https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-juventud/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-OEA\\_Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-juventud/Informe%20al%20Consejo%20Permanente-OEA_Migraciones%20de%20Ni%C3%B1os%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20bajo%20el%20Enfoque%20de%20Derechos.pdf)
- Sagastume Gemmell, M. (s. f.). *¿Qué son los derechos humanos? Evolución Histórica*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>
- Sánchez Estrada, J. (2014). *Hacia una política migratoria con perspectiva de derechos humanos. Una mirada crítica a los derechos de niñas/os migrantes no acompañados*. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/123>
- Universidad Pontificia Comillas y Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR ACNUR). (s. f.). *Guía para profesionales sobre niños y niñas refugiados no acompañados y separados*. <https://www.acnur.org/es-mx/publications/folletos/638a08d44/guia-para-profesionales-que-trabajan-con-ninos-y-ninas-refugiados-no-acompanados.html>
- Zarate López, A. K. (2018). *Migración infantil en tránsito por México*. <https://ri.ujat.mx/jspui/handle/20.500.12107/3317>

# Análisis de la primera propuesta legislativa para crear el delito de remoción no consensual del condón en Costa Rica: problemas jurídicos y probatorios

*Analysis of the first legislative proposal to criminalize non-consensual removal of the condom in Costa Rica: legal and evidentiary problems*

Álvaro Armando Pérez Roda<sup>1</sup>

## Resumen

En julio de 2019 se presentó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto de ley para crear un delito que castigaría con altas penas de prisión la práctica sexual conocida como *stealthbing*. Sin embargo, el texto propuesto para este tipo penal habría traído serios problemas jurídicos y probatorios de haber sido aprobado. Esto como consecuencia de una mala técnica legislativa, desprovista de rigor técnico y claridad conceptual. Este artículo constituye una crítica desde el razonamiento probatorio y la óptica jurídica penal que analiza los inconvenientes a los que se habría enfrentado la investigación de estas delincuencias, sus características como delito sexual y también avanza la discusión teórica sobre la construcción adecuada de un tipo penal de *stealthbing*, conforme a las exigencias del principio de tipicidad penal y la seguridad jurídica como garantía de rango constitucional. Se anticipa a futuras discusiones legislativas sobre la criminalización de dichas conductas.

## Palabras clave

*Sstealthbing*, problemas probatorios, razonamiento probatorio, tipos penales, condón, remoción no consensuada, contagio venéreo, consentimiento, delitos sexuales, embarazo.

---

<sup>1</sup> Abogado y defensor público. Licenciado en Derecho con Énfasis en Derecho Penal por ULACIT, en donde actualmente se desempeña como profesor en materia penal. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia de C. R. Especialista en obtención, interpretación y valoración de prueba por la Universidad de Salamanca. Especialista en prueba testifical y bases del razonamiento probatorio por la Universitat de Girona. Comentarista experto en materia penal en ClickLegal App. Contacto: roda29k6@gmail.com

## Abstract

In July 2019, a bill was presented in the Legislative Assembly of Costa Rica to create a crime that would punish the sexual practice known as *stealthbing* with high prison terms, however, the text proposed for this criminal type would have brought serious legal and evidentiary problems if approved, because of poor legislative technique, devoid of technical rigor and conceptual clarity. This article constitutes a critique from the evidentiary reasoning and the criminal legal perspective that analyzes the problems that the investigation of these crimes would have faced, its characteristics as a sexual crime and also advances the theoretical discussion on the adequate construction of a criminal type of *stealthbing*, in accordance with the requirements of the principle of criminal classification and legal certainty as a guarantee of constitutional status. It anticipates future legislative discussions on the criminalization of such conduct.

## Keywords

Stealthbing, evidentiary issues, probative reasoning, legally defined crimes, condoms, non-consensual removal, venereal contagion, consent, sex crimes, pregnancy.

## Introducción

El 15 de julio de 2019, la entonces diputada Paola Vega Rodríguez presentó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto de ley titulado *Adición de un Nuevo art. 158 del Código Penal, Ley n.º 4573 del 04 de mayo de 1970 y sus Reformas*. Este se tramitó en el Expediente Legislativo n.º 21513. La iniciativa pretendía la creación de un nuevo delito sexual denominado en un primer momento como *violación adyacente*. Sin embargo, un texto sustitutivo posterior lo rebautizó como *remoción no consensual del condón*.

La práctica que habría castigado este nuevo tipo penal se conoce en el mundo anglosajón como *stealthbing*. Consiste en la remoción sigilosa del condón durante la penetración sin el consentimiento de la parte que la recibe, transformando una relación sexual segura —así consensuada antes— en una considerablemente más riesgosa, por la decisión unilateral de uno de los intervinientes. La palabra *stealth* en inglés refiere acciones sigilosas o furtivas y de

allí su nombre. Aunque la propuesta no llegó a aprobarse como ley de la República<sup>2</sup>, su fracaso representa la oportunidad perfecta para anticipar futuras discusiones y planteamientos para la represión de estas conductas con enfoque en los problemas jurídicos y probatorios que habría traído consigo de haber sido aprobada.

No se puede afirmar de manera fundada que el *stealthbing* se trata de una forma novedosa de violencia sexual, lo que es aparente es que su discusión cobró fuerza hasta hace relativamente poco. El debate sobre este fenómeno está muy lejos de haberse agotado en el ámbito internacional. A pesar de esto, curiosamente pareciera que fue el proyecto de ley aquí analizado el que trajo a la palestra el fenómeno del *stealthbing* en Costa Rica<sup>3</sup>, no su denuncia social.

El derecho penal nunca ha permanecido estático a lo largo de la historia de la humanidad, por consiguiente, la rama de los delitos sexuales tampoco ha visto escrita su última reforma o adición. En ese tanto, aunque la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará) prevé en sus primeros dos artículos la violación, el abuso y acoso sexual como ejemplos usuales de este tipo de violencia, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el concepto de violencia sexual es mucho más amplio de acuerdo con el ideario del tratado. Así lo expuso el alto tribunal en la sentencia para el caso Miguel Castro Castro vs. Perú del 25 de noviembre de 2006:

306. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

- 2 El vencimiento del plazo cuatrienal del Expediente Legislativo n.º 21513 tuvo lugar el pasado 15 de julio del 2023. Expediente Legislativo n.º 21513. No obstante, esto no significa Asamblea Legislativa costarricense pierda la competencia para conocer futuros planteamientos para tipificar este tipo de conductas en la ley penal.
- 3 Véase el artículo de Maricel Gómez Murillo publicado el 20 de octubre del 2021 y titulado: ¿De 9 a 17 años de prisión por quitarse el condón sin el consentimiento de la mujer? Asimismo, el titulado: “El delito de retirarse o dañar el condón” visible en el periódico digital El Mundo CR y publicado el 29 de octubre del 2021, por el autor de este mismo artículo.



La definición que deriva la Corte IDH es perfectamente compatible con la tipificación de otro tipo de conductas distintas de la violación y los abusos. La postura del alto tribunal es congruente con el reconocimiento de la evolución de la sexualidad humana, dentro de la que resulta igualmente posible la aparición de nuevas formas de violencia sexualizada.

En materia comparada, se tiene que la primera sentencia condenatoria dictada en España por estas conductas *data* de abril de 2019, fue una sentencia emitida por el Juzgado de Instrucción de Salamanca España), sección segunda. Allí se subsumió esta práctica en el delito de abuso sexual y no el de violación, por considerar que la acción consistente en la remoción del condón estaba desprovista de violencia o intimidación. A pesar de esto, fue realizada sigilosamente, infringiendo el consentimiento otorgado por la víctima para mantener una relación sexual segura y, por ende, su *indemnidad sexual*.

Muy poco tiempo antes del fallo español, había surgido en Estados Unidos la primera gran denuncia y análisis académico del fenómeno con el artículo de Alexandra Brodsky titulado *Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal* (2017). Este fue publicado en la revista de la Universidad de Columbia sobre género y derecho.

El trabajo contiene numerosos recuentos de víctimas que narraron directamente sus experiencias a la autora a través de entrevistas telefónicas y explora los alcances del *stealthbing* como un vicio en el consentimiento otorgado por las víctimas que aceptaron tener relaciones sexuales, exclusivamente con el uso del condón. Se analiza también como una forma de violencia de género, sin dejar de lado que la práctica del *stealthbing* puede afectar a la población sexualmente diversa, como las personas transgénero y los varones homosexuales.

La publicación de Brodsky parece haber sido auténticamente el parteaguas en la discusión sobre el *stealthbing*. El artículo acuñó el término *violación adyacente*, propuesto originalmente como *nomen iuris* para el delito que castigaría esta práctica en Costa Rica. La influencia del trabajo de Brodsky en el proyecto de ley aquí discutido es incuestionable, por existir identidad terminológica con él y una referencia directa en la justificación del proyecto. Esto último facilita la lectura e interpretación histórica de la iniciativa. En concreto, la última redacción visible en el Expediente Legislativo n.º 21513 (Asamblea Legislativa, 2019) para el delito allí propuesto es la siguiente:

Remoción no consensual del condón. Artículo 158.- Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien se retire o dañe un preservativo u otro método profiláctico sin consentimiento expreso de todas las partes involucradas durante una relación sexual, en el acto de acceso carnal por vía oral, anal o vaginal. La pena de prisión será de ocho a doce años si dicha acción resulte en: a) Un embarazo. b) El contagio de una o varias infecciones o enfermedades de transmisión sexual. c) La víctima sea una persona menor de edad. d) La conducta se cometa con el concurso de dos o más personas. e) Daño psicológico grave.

Las conductas consistentes en retirar el condón o dañarlo durante una relación sexual serían los dos supuestos de hecho o acciones jurídicamente desvalorizadas por el tipo penal esbozado en esta iniciativa. Su incorporación al Código Penal habría traído aparejados cuando menos tres problemas probatorios para considerar demostrada una hipótesis fáctica como la prevista: 1) La corroboración de un acuerdo o consentimiento concertado por los intervinientes: mantener relaciones sexuales exclusivamente con el uso del condón; 2) El uso y la existencia del condón en sentido material; 3) La constatación del daño intencionado del dispositivo durante la relación sexual.

En ese entendido, se analizan críticamente las dificultades probatorias que enfrentaría la investigación de este tipo de conductas a partir de ese último texto. Para finalizar, se aborda teóricamente la construcción de un delito que tipifique las conductas configurativas de *stealth* con una adecuada técnica legislativa, señalando los yerros observados en el proyecto n.º 21513.

### **Los problemas probatorios que se identifican en la última versión propuesta para el delito de remoción no consensual del condón**

*La existencia de acuerdo o consentimiento previamente pactado para mantener relaciones sexuales exclusivamente con el uso del condón*

Las dificultades investigativas son un rasgo característico de los delitos sexuales y el *stealth* no es la excepción. Generalmente, este tipo de agresiones no ocurre en público y, por

esa razón, el testimonio de la parte ofendida es uno de los principales elementos de prueba disponibles en la investigación de estas delincuencias, agregando también los exámenes medicolegales practicados para constatar lesiones, la toma de muestras de fluidos corporales para su comparación en laboratorio, las entrevistas a testigos de referencia y la valoración psicológica forense de la propia víctima.

Estos últimos son elementos probatorios que usualmente se confrontan con la versión del imputado (si este declara) cuando se acusan delitos sexuales y algunas otras formas de violencia de género tipificadas en la ley penal. Cuando estos tienen lugar en espacios íntimos como casas, apartamentos, habitaciones de hotel, o bien las zonas alejadas, se pueden reducir de forma considerable las pruebas cuya recuperación es materialmente posible, un problema aún más grave cuando transcurren largos periodos entre la denuncia y la agresión.

Habida cuenta de la amplísima gama de condiciones de vulnerabilidad que puede restringir las posibilidades de las víctimas para denunciar con proximidad temporal o inmediatez después de los eventos, como la dependencia económica con su agresor, la violencia cíclica, la pobreza y la falta de información, ninguna prueba lícita debe omitirse en el momento de la conformación de los elementos de juicio en estos procesos penales, ya que lo contrario coloca un peso excesivo sobre las versiones de las partes involucradas, especialmente la víctima. Así lo criticaba también Ramírez-Ortiz (2020):

En la práctica judicial sucede con relativa frecuencia que, en juicios por delitos de violencia de género los medios de prueba propuestos a practicar se reduzcan a los testimonios de denunciante y acusado. En algunos casos, además, se dispone de un solo elemento externo de confirmación (un dictamen pericial forense que identifica signos lesivos), pero cuando el dato probatorio resultante de dicho informe es reconducible también a la hipótesis exculpatoria, atendido el contenido de la declaración de la persona acusada, la polivalencia del dato (en tanto que compatible en igual grado con la hipótesis acusatoria y la exculpatoria) puede acabar provocando un déficit de prueba de cargo insalvable (p. 231).

Hay que aceptar los déficit de elementos que aporten corroboraciones externas al testimonio de las víctimas como un problema usual. A pesar de esto, no se puede justificar la desidia de los órganos fiscales para proponer otras pruebas con valor acreditativo idóneo para

corroborar el relato de la víctima en esta clase de delincuencias. En igual sentido, la defensa técnica también debe sugerir diligencias de investigación u ofrecer todas las pruebas que permitan corroborar o al menos respalden la versión de descargo de la parte imputada.

En el caso del *stealthbing*, la existencia de un acuerdo previo o consentimiento condicionado al uso del preservativo para mantener relaciones sexuales presenta exigencias probatorias muy parecidas a las existentes para los delitos de violación, especialmente aquellos denunciados tiempo después de la agresión. Una conducta consistente en el retiro no consensuado del condón puede no ser denunciada por la víctima hasta el descubrimiento de un embarazo o los síntomas de una infección de transmisión sexual (ITS), ambas situaciones propician el paso de cierto tiempo entre el evento y el inicio de la investigación. La existencia de este acuerdo previo es una de las cuestiones fácticas más primordiales a probar en casos de *stealthbing*.

El delito de remoción no consensual del condón habría requerido probar que los sujetos intervinientes otorgaron su consentimiento para mantener relaciones sexuales con el uso del preservativo y que dicho dispositivo fue desprendido adrede por la parte que lo utiliza durante el acto sexual. Ya mencionadas las complicaciones que comúnmente enfrenta la investigación de estos delitos, cabe resaltar un hecho actual y notorio: las citas para mantener relaciones sexuales pueden acordarse de manera personal o alternativamente por medio de la mensajería instantánea en cualquiera de las plataformas disponibles al efecto.

El primer escenario difícilmente permite la obtención de prueba lícita, independiente del testimonio de la víctima y del imputado para respaldar la existencia una conversación (verbal) que usualmente tendría lugar en un contexto íntimo. A pesar de esto, no sucede lo mismo con los mensajes de texto o *chats*.

Un acuerdo de esa naturaleza pactado por medio de *chats* en cualquier sistema de mensajería queda usualmente registrado en computadoras, *tablets*, teléfonos móviles o las cuentas de los usuarios en las distintas redes sociales, salvo que estos se borren o estén programados para almacenarse de manera temporal. Las conversaciones allí almacenadas, pese a su carácter privado, pueden ser legalmente aportadas al proceso por la víctima o el imputado, aun cuando estos *chats* constituyen un medio de comunicación privado y cerrado.

En el Voto n.º 02399-2022 de las nueve horas quince minutos del veintiocho de enero del dos mil veintidós, la Sala Constitucional (SC) interpretó que dichos ofrecimientos no lesionan el

derecho a la intimidad consagrado en el art. 24 de la Constitución Política y, por ende, son admisibles, siempre y cuando una de las personas participantes directas de la conversación haya otorgado su consentimiento para que esta sea incorporada total o parcialmente. El pronunciamiento se refirió a la aplicación WhatsApp específicamente, al declarar que:

Este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que la plataforma WhatsApp es un medio de comunicación entre personas concretas, por lo que el intercambio de información, bien sea a través de mensajes, audios, vídeos, o imágenes, por mencionar algunos ejemplos, es de carácter personal y privado. Además, un elemento transcendental que ha estimado esta Cámara al resolver recursos similares al sub-lite corresponde a la determinación de las personas que participan de la conversación cuya difusión o escrutinio se acusa que carece de consentimiento. Lo anterior, debido a que cuando se ha corroborado que un participante directo de la conversación ha consentido que se emplee el contenido total o parcial de esta, la Sala ha determinado que no se conculca lo previsto en el artículo 24 de la Constitución Política, el cual establece: Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento (Considerando IV).

Así las cosas, la víctima o el imputado pueden respaldar y ofrecer directamente copias de sus *chats* para comprobar la existencia de un acuerdo concertado para mantener relaciones sexuales con el uso del preservativo o para refutar su existencia. Todo sin la necesidad de una autorización jurisdiccional para incorporar las pruebas al proceso penal.

Indistintamente de quién tuviese en su poder el respaldo de dichas conversaciones, si no fueran aportadas voluntariamente al proceso por las partes y estos fueran indispensables para la investigación, lo procedente es observar el procedimiento establecido por la Ley n.º 7425 (Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones).

Podría pensarse en un escenario en donde la víctima extravió su teléfono, se le dañó o fue manipulado sin su autorización para eliminar su copia de la conversación. En ese caso puede ser necesario el secuestro del teléfono del imputado, su apertura y el respaldo de la información contenida en él, previa autorización jurisdiccional como requisito indispensable<sup>4</sup>. En ese mismo sentido, la Ley n.º 7425 también permite a las víctimas aportar cualquier mensaje por medio del cual se haya cometido un delito en su perjuicio, por ejemplo, amenazas, incumplimientos de medidas de protección dictadas en materia de violencia doméstica o extorsiones<sup>5</sup>.

La Sala Tercera de Casación Penal profundizó al respecto en el Voto n.º 01004-2022 de las nueve horas con 48 minutos del 23 de septiembre de dos mil veintidós, al aclarar que basta la resolución que autorice el secuestro, apertura y examen de un equipo de cómputo o teléfono celular en donde se encuentren almacenados los *chats* de WhatsApp del imputado para incorporarlos al proceso, sin necesidad de otra resolución previa que autorizara la intervención de las comunicaciones. Lo anterior por considerar que no se trata de una comunicación privada actual y en curso, más bien del registro o respaldo de una que ya tuvo lugar, considerándolos prueba documental y admitiendo su licitud, aún si vincula también a terceros imputados, declarando lo siguiente:

Con base en lo anterior, es fácil establecer que las conversaciones orales y escritas que constan en la aplicación WhatsApp, si bien se encuentran amparados bajo la garantía constitucional de intimidad y secreto de las comunicaciones, lo cierto es que se tratan de documentos, pues no revisten de la condición de actualidad al momento en que las partes intervinientes en el proceso penal se imponen de dicha información [...] De este modo, se determina que los aspectos referidos por la casacionista en su queja, en cuanto a que se violentó el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, protegido en el ordinal 24 constitucional, así como las disposiciones contempladas en el capítulo segundo de la Ley n.º 7425, referentes a la interceptación de las comunicaciones, no son de recibo, pues en lo que respecta a la información

4 En concordancia con la protección constitucional consagrada en el artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica y lo regulado en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 28 de la Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

5 A partir de la norma aquí mencionada, la Sala Tercera en su Voto n.º 00048-2001 de las once horas del doce de enero del dos mil uno admitió incluso la licitud de aportar la grabación de una llamada por parte de una víctima para probar que por medio de dicha llamada se ejecutó un delito de extorsión.

obtenida del WhatsApp del endilgado S.C., y que lograron vincular al imputado C.E. con la organización criminal investigada en su momento, se realizó conforme al procedimiento que el legislador estableció en el capítulo primero de la ley especial de reciente mención, correspondiente al *registro, secuestro y examen de documentos privados*, toda vez que al tratarse de comunicaciones que ocurrieron en el pasado y que se registraron y conservaron en dicha plataforma tecnológica, obtuvieron la condición de documento, habiéndose procedido de manera correcta en el proceso penal, pues como se indicó líneas atrás, existió una orden jurisdiccional que autorizó la apertura y el examen de dicho aparato telefónico (Considerando III).

Apreciando los criterios del Tribunal Constitucional y la Sala Tercera, no parece irrazonable la proposición legítima de este tipo de pruebas durante la investigación de conductas constitutivas de *stealthbing* ni tampoco en relación con otros delitos sexuales previstos en la ley penal costarricense. Su aporte para la reconstrucción contextualizada de los hechos puede ser decisiva en términos epistemológicos.

A manera de ejemplo, en Costa Rica se celebró recientemente un juicio con gran cobertura mediática en donde se acusó a la parte imputada por varios delitos de violación en perjuicio de una víctima menor de edad. En ese proceso los mensajes de texto con las conversaciones entre la víctima y el imputado resultaron decisivos para la resolución del caso. La ofendida afirmaba haber sido forzada por el imputado a mantener relaciones sexuales, mientras que la defensa del imputado se enfocó en desmentir la versión de la víctima.

La prueba justificó el dictado de una sentencia absolutoria, posteriormente analizada y confirmada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago mediante el Voto n.º 00404-2022 de las once horas cincuenta y cinco minutos del nueve de agosto del dos mil veintidós. El carácter amoroso o romántico de las conversaciones que mantenía la ofendida con el imputado antes y después de las supuestas agresiones, desplomó la credibilidad de la versión de la víctima en cuanto a un acceso carnal ejecutado mediante el uso de la fuerza y fortaleció la tesis sostenida por la defensa.

Las valoraciones que se plasman en aquel fallo de alzada subrayan el valor acreditativo de este tipo de pruebas para respaldar cualquiera de las versiones en pugna que se enfrentan en el enjuiciamiento de estos delitos:



Para esta Cámara, ciertamente de los mensajes que intercambiaron la víctima y el encausado por WhatsApp se desprende que tanto el día 3 de agosto como el día 9 de agosto mantuvieron algún contacto sexual y que, en ambos casos la víctima le reclamó al acusado que no utilizara *protección* y le externó, posteriormente y de manera insistente, su preocupación por un embarazo no deseado, lo que podría sugerir que podría haberse dado algún acceso carnal vía vaginal en esas oportunidades, pero, como apunta el a quo, esta información no es concluyente, ya que no hay más datos al respecto en ninguna otra fuente probatoria, y, para esta Cámara, la intranquilidad de la menor a resultar embarazada podría surgir de contactos sexuales no configurativos del tipo penal que la fiscalía propuso, por ejemplo, el 9/8/18 a las 5:23 p.m. el texto señala y luego te venís afuera [...] eso me contradice, no? Ello debido a que, como resaltó el tribunal sentenciador en diversos sectores del fallo, la joven sostuvo en su testimonio una dinámica de cada hecho incompatible con la existencia de consentimiento, que no consiste solamente en una errónea apreciación de la víctima sobre lo que puede constituir un delito de violación, como señala la apelante, ya que la agraviada en todo momento refirió falta de anuencia de su parte, negativa a realizar algún acto sexual y utilización de la fuerza por el imputado, lo que es incompatible, como determinó el Tribunal, con el constante intercambio de mensajes amorosos realizado entre las partes antes y después de cada hecho (Considerando II).

Una curiosidad que se observa en el extracto son las referencias a la disconformidad *ex post* manifestada por la víctima al imputado, ya que en apariencia la ofendida reclama al imputado no haber usado protección, léase condón, lo que evidencia con mayor claridad el punto aquí expuesto. Los *chats* pueden resultar determinantes para acreditar acuerdos previos para mantener relaciones sexuales condicionando el consentimiento al uso del condón, siempre que esto se hubiera acordado por ese medio o al menos existieran allí claras referencias de aquel.



El ofrecimiento de estas pruebas encuentra pleno respaldo en la facultad constitucionalmente reconocida para disponer voluntariamente de las copias, registros o documentos con respaldos de las comunicaciones privadas y propias de cada ciudadano. Según lo establecido por la SC en el fallo n.º 02399-2022, el art. 24 de la Constitución Política y la libertad probatoria regulada en los arts. 180, 181, 182 y 184 del Código Procesal Penal.

Las dificultades para investigar conductas constitutivas de *stealthbing* y establecer la existencia de estos acuerdos no se agudiza desmedidamente con respecto a las que ya existen para los delitos de violación, cuando se investiga si existió o no el consentimiento de la víctima para participar del acto sexual.

La constatación de un acuerdo previo entre la víctima y el imputado para mantener relaciones sexuales consentidas, como hecho penalmente relevante, presentaría importantes dificultades a nivel práctico y probatorio. Sin embargo, no serían imposibles de solventar ni de una entidad tal que impidiera la eficacia de la aplicación de un tipo penal que castigara la remoción no consensual del condón. A pesar de esto, persisten otros problemas en el proyecto que se abordan de seguido.

### *El uso, la existencia del material y el daño intencionado del condón durante la relación sexual como hechos relevantes*

En primer lugar, se debe reiterar que los condones están diseñados para utilizarse una sola vez y desechados con posterioridad, por razones sanitarias. Cualquier investigación concerniente al uso del dispositivo, la existencia física de uno durante una relación sexual, la indemnidad, los defectos o daños sobre este último, se vería limitada considerablemente ante la ausencia del condón como prueba objetiva, salvo que fueran conservados por la víctima o el imputado, una medida inusual, nada previsible.

Por tratarse de dispositivos desechables, se puede anticipar que la ausencia del condón durante las investigaciones complicaría acreditar que el imputado y la parte ofendida efectivamente mantuvieron relaciones sexuales con el uso de un preservativo, ya que no es posible cotejar por medio de laboratorio si este fue impregnado con fluidos corporales que individualicen a la víctima y al imputado. Correlativamente, tampoco es esperable contar con ellos para analizar si fueron dañados o presentaban desperfectos de fábrica.

Podría establecerse un umbral de suficiencia probatoria, algo flexibilizado, para tener por demostrado el uso de un preservativo a partir del relato de la víctima, más la suma básica de algunos otros indicios contingentes, como los recibos de las transacciones de compraventa de los dispositivos y el ofrecimiento de *chats*, como se abordó antes. Mas no parece que pueda establecerse un margen parecido cuando se habla del daño intencional del condón durante la relación sexual.

Se ha discutido si el diseño legal o jurisprudencial de los estándares de prueba para estas delincuencias debe atender a sus dificultades y disminuir el nivel de exigencia del estándar aplicable. En ese sentido se expresó Ferrer-Beltrán (2021):

En estos tipos de casos, las dificultades probatorias pueden operar como una razón para disminuir el nivel de exigencia del estándar, evitando así la impunidad y con ello que el tipo penal devenga en inútil por inaplicable. En otras palabras, las especiales dificultades probatorias de estos tipos de casos tienden a producir un gran número de falsas absoluciones, con la consiguiente desprotección de los bienes jurídicos a los que el tipo penal pretendía proteger (p. 164).

Es necesario que bienes jurídicos como la autodeterminación y la salud sexual sean resguardados por medio del derecho penal, su valor en la sociedad es esencial. Sin embargo, los estándares de prueba no pueden flexibilizarse hasta dejar casi totalmente vaciada de contenido la presunción de inocencia cuando se acusan conductas cuya demostración impone cargas probatorias irrazonables a todas las partes.

Incluso a partir de la más absoluta libertad probatoria, la posibilidad de incorporar el testimonio de la víctima y de escuchar también la versión del imputado, cuando se está frente al contexto específico de un hipotético delito de *stealthbing*, la prueba testifical puede resultar extremadamente falible para su esclarecimiento, reforzadamente en el caso de los daños al dispositivo.

González-Lagier (2003) abordó la concepción común sobre los hechos y la existencia de una *falacia objetivista* que le subyace. Afirmaba que esta se puede precisar en dos tesis, la de la objetividad ontológica (los hechos pertenecen al mundo y son independientes de sus observadores) y la objetividad epistemológica (los hechos son datos duros y pueden

ser descubiertos por medio de los sentidos). En ese contexto, explicó que un problema de esta falacia objetivista es la necesaria distinción entre los hechos externos, percibidos e interpretados, sobre lo cual indica lo siguiente:

Esta concepción tradicional de los hechos parece no tener en cuenta una ambigüedad importante de la palabra *hecho*, que se usa indistintamente para referirse a un hecho externo, a la percepción de un hecho o a la interpretación de un hecho. Para deshacer la ambigüedad, llamaré hecho externo al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; hecho percibido al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos; y hecho interpretado a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos [...] Pues bien: entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir problemas de percepción, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, problemas de interpretación (p. 19).

En estos casos, el conocimiento de la víctima o el imputado sobre las condiciones del condón para el momento de la relación sexual puede estar viciado en cuanto a su percepción. Por ejemplo, ambos pueden observar íntegro un condón que, en realidad, tiene un defecto que requeriría de una inspección minuciosa para notarse, un pequeño orificio, rasgadura o estiramiento.

Otro error posible es el de una persona que observa a otra halando el condón e interpreta que dichas acciones van dirigidas a dañar el dispositivo, cuando en realidad están intentando ajustarlo. Otro escenario más complicado aún: ¿Pueden las víctimas diferenciar un daño intencionado de uno accidental mientras mantienen relaciones sexuales?

La percepción sobre el estado del condón antes y después de usarse durante un acto sexual puede estar igualmente distorsionado por problemas de interpretación y alejarse considerablemente de las condiciones reales en las que se encontraba el dispositivo con anterioridad. Este es el hecho externo (objetivo) que interesaría conocer en un proceso penal en donde se juzguen estas conductas.

La epistemóloga Susan-Haack (2009) decía lo siguiente sobre el saber y la tensión existente entre la posibilidad de graduar la justificación de las creencias o saberes con relación al conocimiento puro y no graduable:

Una dimensión importante relacionada con el grado en que uno está justificado para creer algo es la cantidad de evidencia relevante que uno haya tenido en cuenta. No tener en cuenta la evidencia relevante puede significar que uno ha basado su creencia en evidencia que otra evidencia adicional demostraría que es engañosa, ya que la historia más simple a la luz de evidencia adicional puede ser bastante diferente de la historia más simple que toma en cuenta solo información más restringida. En igualdad de condiciones, entonces, uno está más justificado para creer algo cuanto más evidencia relevante haya tenido en cuenta (pp. 302-303)<sup>6</sup>.

En estos casos en donde las discusiones probatorias serían acaloradas a falta de la prueba material, su ausencia generalizada puede tener la desaplicación de la norma o peor, colocar a los jueces en una situación epistemológicamente precaria en el momento de justificar la decisión en torno a los hechos configurativos de *stealthbing*.

Rescatando las reflexiones de Susan Haack, no parece racional tipificar una conducta punible admitiendo que una de las pruebas más trascendentales para acreditar la conducta desvalorizada no se incorpora en una gran cantidad de casos, quizás por regla general. Sería recomendable excluir los daños al dispositivo durante la relación sexual de cualquier planteamiento para la tipificación del *stealthbing* por estas razones. Resta referirse a los problemas jurídico-penales derivados de la mala técnica legislativa observada en el Proyecto n.º 21513.

### **Observaciones pertinentes a la construcción de un tipo penal de *stealthbing* o remoción no consensual del condón**

Lo primero que cabe señalar es que, conforme al principio de tipicidad, la redacción de los tipos penales debe ser clara y precisa para conseguir que las personas modulen su comportamiento y se abstengan de incurrir en las conductas prohibidas. Esto exige una técnica legislativa que no utilice términos oscuros, conceptos jurídicos indeterminados,

---

<sup>6</sup> La traducción es propia, el texto original está escrito en inglés.

formulaciones extrañas ni tan amplias que obliguen al juez a completar su contenido en quebranto de la reserva de ley absoluta que rige la materia penal<sup>7</sup>.

La redacción de la conducta punible sugerida para el delito de remoción no consensual del condón en el Proyecto n.º 21513 castiga a quien se retire o dañe un preservativo u otro método profiláctico, sin el consentimiento de todas las partes durante una relación sexual, en el acto de acceso carnal, vía oral, anal o vaginal.

Desmenuzando el planteamiento, se ve que el retiro del condón, como modalidad básica del *stealthing*, presenta las características de un delito de mera actividad. Roxin-Claus (1997) los definió como: “Aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por lo tanto no se produce un resultado separable de ella” (p. 328)<sup>8</sup>

Conforme a la redacción examinada, cuando el sujeto activo se retira de forma subrepticia el dispositivo durante el acto sexual. A pesar de esto, no reanuda el coito, no incurre en la conducta punible. Lo que habría cabido analizar es si esas acciones constituyen actos preparatorios no punibles o si el agente no consiguió reanudar el coito, sin preservativo, por causas ajenas a su voluntad (tentativa)<sup>9</sup>.

Brodsky explicaba que el *stealthing* representa la transgresión del consentimiento de las víctimas que aceptan el contacto sexual con el preservativo, más no con la piel del pene; ese contacto directo es el último acto de las acciones asociadas al fenómeno del *stealthing*. Cualquier tipificación penal de este fenómeno tendría la función de tutelar el consentimiento condicionado al uso del condón como una expresión más de la libertad sexual de las víctimas, además de su salud sexual y reproductiva.

7 Sobre el principio de legalidad penal, tipicidad y la inaplicabilidad del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico en materia penal se pueden consultar los votos de la Sala Constitucional N°01800-2005 de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero del dos mil cinco y N°15447-2008 de las catorce horas cincuenta y tres minutos del quince de octubre del dos mil ocho. En concordancia con el artículo 39 de la Constitución Política.

8 Procesalmente, su aprobación hipotética debería de haberlo incluido como un delito de acción pública perseguible solo a instancia privada al igual que el contagio venéreo, dada la esencialidad de la intervención de la víctima para permitir su investigación. Esto agregándolo a la lista que contempla el artículo 18 del Código Procesal Penal.

9 Existe alguna discusión acerca de si estos y los delitos de peligro abstracto admiten la tentativa. Al respecto se puede consultar el voto del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José N°1069-2013 de las diez horas con treinta minutos del veinticuatro de mayo del dos mil trece.

El acto sexual desprotegido, de forma no consensuada, aumenta desmedidamente la probabilidad de que la víctima adquiera infecciones de transmisión sexual o se produzca un embarazo no planificado. La norma pretendía desincentivar la imposición de ese tipo de riesgos a las víctimas.

La segunda modalidad identificada consistente en el daño al condón, a diferencia de la básica, presenta algunos rasgos propios de un delito de resultado. Es previsible la existencia de una distancia temporal y espacial entre las múltiples acciones y mecanismos posibles para dañar el condón y la pérdida de su utilidad preventiva a causa de los daños. No obstante, surge el problema de la restricción de las acciones típicas a su realización *durante el encuentro sexual* como modo específico de comisión, lo que dibuja un supuesto de hecho sumamente confuso.

Al igual que para la modalidad consistente en retirar el dispositivo, el último texto discutido en el proyecto de ley restringe ambos modos de comisión al despliegue de las acciones de daño o retiro del condón durante una relación sexual, en el acto de acceso carnal vía oral, anal o vaginal. La restricción del daño al dispositivo en pleno acto sexual dejaría impune cualquier daño ocasionado de manera intencional y previa al acto sexual, solo castigaría aquellos daños ocasionados al dispositivo durante el curso de la relación sexual y más específicamente en el coito.

En definitiva, se trata de un supuesto que no resultaba práctico ni previsible y que habría traído consigo la desaplicación de la norma, aun cuando existiera acervo probatorio idóneo para demostrar que el agente incurrió en el sabotaje del condón antes de tener relaciones sexuales con la víctima, la conducta es impune con esa redacción. ¿Era eso lo que realmente se pretendía castigar con la referencia al daño del dispositivo? De ser así, aún aprobado el proyecto habría sido despropósito.

A partir de los yerros observados en el Proyecto n.º 21513, se considera oportuno proponer un texto alternativo para avanzar la discusión teórica sobre la construcción de un tipo penal de *stealthbing*. Una norma penal que tipifique modalidad básica del fenómeno es más precisa y comprensible con la siguiente formulación:

Será sancionado con pena de prisión de dos meses a un año al que, teniendo el consentimiento de otra persona para mantener relaciones sexuales con acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, condicionado al uso del condón, se lo retire

intencionalmente durante el curso del acto sexual. Los extremos mínimos y máximos de las penas se aumentarán en un tercio si como consecuencia de la remoción del condón se produce un embarazo o el contagio de una infección de transmisión sexual<sup>10</sup>.

El texto alternativo se restringe a la conducta que encierra el *stealthbing*, lo que facilita su comprensión y previsibilidad. No contiene frases extrañas, como la referencia a una pluralidad de sujetos, lo que no es imposible para ciertos actos sexuales. Sin embargo, el consentimiento para mantener relaciones sexuales condicionado al uso del preservativo es exclusivo de la parte que realiza la penetración y de quién la recibe, aunque más personas intervengan en determinados actos sexuales. La libertad o autodeterminación sexual es inherente a cada persona, se trata de un derecho inalienable e intransferible, derivado de la libertad misma como derecho fundamental convencional y constitucionalmente protegido<sup>11</sup>. Es en definitiva una posibilidad más del ejercicio de la reserva sexual en su faceta negativa.

La propuesta teórica incluye también la exigencia del dolo directo como elemento de tipicidad subjetiva. Excluiría las conductas culposas o ejecutadas con dolo eventual<sup>12</sup>. Sancionar los desprendimientos accidentales requeriría de una formulación culposa, lo que supone la criminalización de otro supuesto radicalmente distinto del fenómeno estudiado como expresión violencia sexual (intencionada) y por razones de género. En tales escenarios no subyace una conducta sexualmente abusiva ni realizada con desprecio por el consentimiento condicionado que otorga la víctima.

Además, cabe preguntarse cuáles serían las pruebas que permitirían esclarecer la concurrencia del dolo eventual por parte del agente. Por ejemplo, cuando un condón haya sido colocado de forma incompleta o al revés. Determinar un dolo eventual como hecho

10 Desde el punto de vista constitucional, un test de proporcionalidad en sentido amplio no admitiría penas próximas a las previstas para el delito de violación, ya que este tipifica los ataques más graves a la libertad e indemnidad sexual. Por ese motivo las penas en este teórico texto alternativo son considerablemente más bajas.

11 Artículos 1, 20, 21, 22 y 28 de la Constitución Política de Costa Rica; 5, 6 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Queda a salvo la situación del menor de edad. La excepción notable a la libertad sexual sería la de las personas menores de edad quienes no pueden otorgar legalmente su consentimiento para mantener relaciones sexuales antes de los trece años. Ver artículos 156, 157 y 159 del Código Penal costarricense.

12 Un ejemplo de un delito exige para su configuración la concurrencia del elemento subjetivo del dolo (directo) es la falsedad ideológica según reiterada jurisprudencia de casación. En esa línea se encuentran los votos N°00952-2002, N°00666-2008, N°00844-2011, N°00976-2011 y N°00600-2013 de la Sala Tercera de Casación Penal. Correlativamente, no admite la comisión culposa, ni el dolo eventual.



psíquico subyacente y diferenciarlo de la impericia culposa es sumamente difícil. No es sencillo siquiera conjeturar sobre posibles elementos de prueba objetivos y distintos del relato de las partes que permitan inferir inductivamente un supuesto y descartar el otro.

Es posible deducir el conocimiento y voluntad de desprender intencionadamente el dispositivo, en abierta transgresión del consentimiento de la víctima, conforme a la concepción cognoscitivista en lo que respecta a la prueba de los estados mentales. Tal y como lo explica Vázquez (2019): “La concepción cognoscitivista asume que las intenciones de un sujeto pueden ser descubiertas mediante procesos inferenciales a partir de hechos externos del sujeto y, por tanto, nuestros juicios al respecto son susceptibles de verdad o falsedad” (p. 200).

El problema con relación al dolo eventual y la culpa para una tipificación de *stealthing* es probatorio y de una magnitud desmesurada. Por lo tanto, es aconsejable restringir los alcances de un tipo penal que castigue las conductas de *stealthing* a las acciones desplegadas con dolo directo, cuya percepción sensorial se presupone más sencilla, la víctima puede incluso observar la acción directamente dirigida a remover el preservativo<sup>13</sup>. Hacer lo contrario tendría efectos tendencialmente negativos, proclives al incremento del error judicial por falsas condenas y su elevado costo humano<sup>14</sup>.

Además, es pertinente la discusión acerca de si un tipo penal que castigue las conductas constitutivas de *stealthing* debe aplicarse en materia penal juvenil o si debiese restringirse a sujetos mayores de 18 años. Presumir que las personas adolescentes con edad para ser sujetos de responsabilidad penal juvenil tienen la formación o experiencia para colocarse correctamente un preservativo no es otra cosa que la expresión de una cosmovisión adultocéntrica del derecho penal.

La persecución penal del *stealthing* en sede penal juvenil puede representar excesos atroces y estigmatizantes. Una máxima de experiencia conduce necesariamente a la aceptación de los desprendimientos accidentales de los preservativos como errores usuales en personas que apenas se inician en la actividad sexual, lo que puede justificar una formulación que limite el alcance de un tipo penal como este: *al mayor de 18 años*.

13 Aunque sería más sencillo deducir el dolo directo de una acción observada o percibida sensorialmente, persistiría siempre la posibilidad de las distorsiones en los hechos percibidos.

14 Rescatando el pensamiento de Larry Laudan.



Es inaceptable equiparar la condición del adolescente con la del adulto como posible destinatario de este tipo de normas sin antes considerar que su madurez evolutiva se encuentra en una etapa anterior que puede implicar el desconocimiento e inexperiencia con el uso de los condones. En cualquier caso, aunque desenterrar el Proyecto n.º 21513 fue la oportunidad perfecta para analizar su planteamiento fallido y teorizar más allá sobre la construcción de un tipo penal de *stealthbing*, lo cierto es que, en términos generales, no deben despreciarse los aportes de la Criminología antes de promover la criminalización de cualquier conducta humana.

Una de las funciones esenciales de la Criminología es el estudio etiológico de los problemas sociales, las conductas humanas conflictivas y, especialmente, la prevención eficaz del delito. En palabras de García-Pablos de Molina (1994):

La mera represión llega siempre demasiado tarde y no incide directamente en las claves últimas del hecho criminal. La Criminología, por ello, no pretende suministrar información a los poderes públicos sobre aquel, para castigar el delito más y mejor. Antes bien, el conocimiento científico (etiológico) del crimen, de su génesis, dinámica y variables más significativas, debe conducir a una intervención meditada y selectiva, capaz de anticiparse al mismo, de prevenirlo, neutralizando con programas y estrategias adecuadas sus raíces. Naturalmente, se trata de una intervención eficaz, no de una intervención *penal*, ya que esta última, por su elevado coste *social* y nocivos efectos, debe ser siempre subsidiaria, de acuerdo con el principio de intervención mínima (p. 81).

Es posible afirmar que la propuesta para la criminalización de la práctica conocida como *stealthbing* se tomó del ejemplo de otros países y que esta encontró notable inspiración en el ensayo de Alexandra Brodsky.

En Costa Rica, la discusión concerniente a esta práctica sexual y su posible criminalización fue posterior al planteamiento del proyecto de ley aquí analizado y su cobertura periodística algo irreconciliable con los postulados más elementales del pensamiento criminológico. La antesala necesaria al planteamiento de cualquier norma que tipifique el *stealthbing* es establecer primero si esta práctica es usual en Costa Rica, si constituye un problema social y si es de tal envergadura que requiera razonable y, proporcionalmente, de una respuesta penal.

## Conclusiones

La aprobación del delito de *remoción no consensual del condón* y su tipificación de las conductas propias de la práctica conocida como *stealthbing* habría traído problemas probatorios muy significativos, no absolutamente insalvables en relación con la primera modalidad *básica* consistente en la remoción del condón en quebranto del consentimiento de la víctima. A pesar de esto, son virtualmente infranqueables en relación con la segunda modalidad consistente en el *daño* al dispositivo durante la relación sexual y en el acto de acceso carnal.

El texto propuesto en el Expediente Legislativo n.º 21513 contenía graves yerros frente a las exigencias del principio de tipicidad. Las falencias en la redacción se habrían agregado a los serios problemas probatorios que enfrentaría la investigación de este tipo de delincuencias para desembocar en su posible fracaso y desaplicación.

Hubiera sido aconsejable la restricción de un tipo penal de *remoción no consensual del condón* a la acción consistente en retirarlo de manera dolosa (intencional), desechando correlativamente la modalidad consistente en el daño al dispositivo y la apertura a la comisión culposa o realizada con dolo eventual por razones tanto jurídicas como probatorias, aunque subrayando, esencialmente, la necesidad de una justificación criminológica para penalizar estas conductas antes de su discusión y promulgación.

En suma, la iniciativa legislativa aquí estudiada, incluso si tenía la loable intención de resguardar la autodeterminación, la salud sexual y reproductiva de las posibles víctimas de esta práctica, se formuló de manera intempestiva, sin claridad conceptual ni rigor técnico en su planteamiento. Su notorio fracaso sirvió como una lección histórica y catalizadora del debate teórico sobre la construcción adecuada de un tipo penal que pudiera castigar eficazmente la práctica objetada.

Sea que llegue o no a renovarse en Costa Rica el interés político criminal en torno al fenómeno, las críticas aquí construidas desde el razonamiento probatorio y la óptica juridicopenal pueden ser de importancia en cualquier otro país de la región en donde se discuta la pertinencia de criminalizar el *stealthbing*.

## Referencias

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1994). *Ley n.º 7425, Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297)
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1996). *Ley n.º 7594, Código Procesal Penal y sus reformas*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297)
- Brodsky, A. (2017). ¿Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal? *Revista de la Universidad de Columbia sobre Género y Derecho*, (32). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2954726](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954726)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas para el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)
- Expediente Legislativo Costarricense n.º 21513. (2021). [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx)
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- García-Pablos de Molina, A. (1994). *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Tirant Lo Blanch.
- González Lagier, D. (2003). *Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II) jueces para la democracia*. Juezas y Jueces para la Democracia. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>

- Haack, S. (2009). *Evidence and inquiry/a pragmatist reconstruction of epistemology*. Expanded Edition. Prometheus Books.
- Juzgado de Instrucción de Salamanca. Sección Segunda. (2019). *Sentencia Penal n.º 155/2019. Rec 37/2019 de 15 de abril de 2019*. <https://www.hayderecho.com/2021/09/04/el-stealthing-consideraciones-penales7>
- Organización de Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará)*.
- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El Testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, (1)*. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i0.22288](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288)
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Ediciones S. L.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2005). *Voto n.º 01800-2005 de las dieciséis horas con veinte minutos del veintitrés de febrero del dos mil cinco*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-297990>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2008). *Voto n.º 15447-2008 de las catorce horas cincuenta y tres minutos del quince de octubre del dos mil ocho*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-427068>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2022). *Voto n.º 02399-2022 de las nueve horas quince minutos del veintiocho de enero del dos mil veintidós*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1070926>
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2001). *Voto n.º 00048-2001 de las once horas del doce de enero del dos mil uno*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-143867>.

- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2002). *Voto n.º 00952-2002 a las nueve horas veinte minutos del veintisiete de septiembre del dos mil dos*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-207865>.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2011). *Voto n.º 00844-2011 de las catorce horas treinta minutos del cinco de julio del dos mil once*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-521346>.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2011). *Voto n.º 00666-2008 de las ocho horas cuarenta minutos del veinte de junio de dos mil ocho*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-416773>.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2011). *Voto n.º 00976-2011 de las nueve horas dieciocho minutos del cinco de agosto del dos mil once*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-526036>.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2013). *Voto n.º 00600-2013 de las once horas y diez minutos del veinticuatro de mayo del dos mil trece*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-586643>.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2022). *Voto n.º 01004-2022 de las nueve horas cuarenta y ocho minutos del veintitrés de septiembre del dos mil veintidós*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-1117406>.
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. (2022). *Voto n.º 00404-2022 de las once horas cincuenta y cinco minutos del nueve de agosto del dos mil veintidós*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1106318>.
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José. (2013). *Voto n.º 1069-2013 de las diez horas con treinta minutos del veinticuatro de mayo del dos mil trece*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-570158>.
- Vázquez, C. (2019). Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (42). <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.09>

# Uniones civiles entre personas del mismo sexo y sus implicaciones ante la reforma procesal del derecho de familia en Costa Rica

*Civil unions between people of the same sex and their implications after the Procedural Reform of Family Law in Costa Rica*

Nicole Ramírez Monge<sup>1</sup>

## Resumen

En los últimos años, el reconocimiento de la unión civil, especialmente el matrimonio entre personas del mismo sexo ha producido un gran debate con distintas posiciones alrededor del mundo y América Central no ha sido la excepción. Costa Rica, al ser el primer país que ha reconocido este tipo de uniones en su ordenamiento jurídico ha sido objeto de comentarios, tanto positivos como negativos, por otros países de la región. Esto ha atribuido al país una responsabilidad mayor para convertirse en un modelo para el resto que aún se encuentra en debate sobre si realmente deben o no reconocerse esta clase de uniones y las implicaciones que tienen. Es por esto por lo que este artículo tiene como objetivo el análisis de las uniones civiles alrededor del mundo y que consecuencias ha experimentado la legislación costarricense al decir que sí al matrimonio igualitario en un país que ha sido caracterizado por el respeto de los derechos humanos y su progresividad social, pero a la vez, por ser un Estado confesional, cuya religión oficial responde a la católica, apostólica y romana consagrada en su Constitución Política.

## Palabras clave

Dignidad, igualdad, derechos humanos, legalidad, opinión consultiva, religiosidad, homofobia, religión, ley, matrimonio, unión civil, heterosexual, homosexual, diversidad, sexualidad, América Central, reconocimiento de derechos, deberes y sociedad.

---

<sup>1</sup> La autora es egresada de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Latino Americana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo electrónico: nicoler.monge@gmail.com

## Abstract

In the last years, the recognition of the civil union, especially marriage, between people of the same sex has generated a great debate with different positions around the world, and Central America has not been the exception. Costa Rica, being the first country to have recognized this type of union within its legal system, has been the subject of comments, positive and negative, by other countries in the region. This has given the country a greater responsibility to become a model for the rest. That is why this article analyzes civil unions in the world, and the consequences for Costa Rican's legislation when said yes to equal marriage. It should be mentioned that this country has been characterized by as respectful of human rights. But, in turn, it is a Confessional State, whose official religion it is Catholic, Apostolic and Roman religion enshrined in its Political Constitution.

## Keywords

Dignity, equality, human rights, legality, advisory opinion, religion, homophobia, religion, law, marriage, civil union, heterosexual, homosexual, diversity, sexuality, Central America, recognition of rights, duties, society.

## Introducción

Según Santiago (citado por Ruiz-Jarquín, 2018), desde la antigüedad, la familia ha sido considerada como una institución fundamental para la sociedad, donde las personas se desarrollan como entes socioculturales utilizando como medio de consolidarse el matrimonio. Sin embargo, señala la autora que estas figuras han evolucionado jurídicamente con el paso del tiempo y que dentro de los cambios destacan los siguientes: el avance en el reconocimiento de familia sin presencia del padre o madre, es decir, las madres o padres cabeza de hogar, la extensión de los derechos de manutención a las parejas que se encargan de labores domésticas y a los hijos menores de edad o estudiantes, a una pensión alimenticia y la extensión del reconocimiento a las parejas del mismo sexo.

Además, la misma autora expone la necesidad de realizar un análisis sobre la conceptualización de matrimonio y familia, pues su estructura y conformación cambió. De tal forma que resulta vital reformular ambos términos para poder reconocerlos como instituciones no está-



ticas, sino cambiantes. Por lo tanto, se puede afirmar que tienen diferentes necesidades para satisfacer según el modelo de sociedad al que representen y en el tiempo que se encuentren, es necesario reconocer que las familias han experimentado cambios en su estructura, así como sus modelos y su composición interna dejando de lado el matrimonio y familia *tradicional*, ya que esta figura ha dejado de solventar las necesidades de todos los sectores de la sociedad.

Por otro lado, resulta necesario hacer una aclaración sobre que matrimonio y familia no son lo mismo, el primero resulta la evidencia para el reconocimiento de derechos y deberes de la segunda, tanto en su interior como en su relación con la sociedad. En la mayoría de los países y hasta hace muy pocos años, el matrimonio ha sido un derecho exclusivamente heterosexual, porque ha estado reservado para la unión entre un hombre y una mujer, donde la reproducción ha ocupado un lugar privilegiado, casi esencial (Águila, 2019).

En Costa Rica, el matrimonio y la familia desempeñan un papel sumamente importante en el desarrollo de la sociedad y un claro ejemplo de esto es como en su Constitución Política (Asamblea Constituyente, 1949) se consagró a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, teniendo derecho a la protección especial del Estado en el art. 51 y al matrimonio como base esencial de la familia, en el art. 52. Sobre este aspecto, resulta de interés mencionar a Trejos (1990) quien hace referencia a que en Costa Rica el Código de Familia (Asamblea Legislativa, 1974) no solamente se ha preocupado por tutelar los derechos que implican un matrimonio, sino que también busca brindar una seguridad jurídica a los mismos equiparando también sus deberes, de tal forma que tiene como fin lograr una convivencia digna entre ambos cónyuges y así un resultado deseado dentro de la sociedad cumpliendo su función como elemento fundamental dentro de esta.

Ahora bien, ante este panorama se puede recaer propiamente en el tema del matrimonio igualitario. El tópico en cuestión, según Jiménez (2017), es el resultado de un proceso histórico que para Costa Rica inicia en la década de los años 80, cuando en medio del pánico social que provocaba el surgimiento del VIH/sida, se crearon ciertas organizaciones civiles que buscaban luchar por los derechos de las personas que practicaban o se identificaban con una sexualidad diferente de la heterosexual. De la misma forma, el autor comenta que durante los años noventa, las diferentes demandas que provenían de estas entidades y activistas empezaron a ser canalizadas institucionalmente, apelando al Estado como principal mediador para garantizar ciertos derechos. Al mismo tiempo, las coordinadas de la agenda a favor de la diversidad sexual empezaron a adquirir un carácter transnacional. Por lo tanto, cambios legales en distintas regiones del mundo se convirtieron en un ejemplo por los esfuerzos locales.



En Costa Rica, Jiménez (2016) recuerda que el 29 de julio de 2003 el abogado Yashin Castrillo Fernández interpuso una acción de inconstitucionalidad debido a que el Juzgado de Familia de Alajuela denegó una solicitud de matrimonio civil entre una pareja del mismo sexo, negativa que se fundamentó en el art. 14, inciso 6, del Código de Familia, el cual establece que es legalmente imposible el matrimonio entre dos mujeres o dos hombres. El mismo autor destaca como nota importante que el recurso de amparo interpuesto por Castrillo fue el primero de su tipo en el país.

Por otra parte, Mora (2011), en el Censo sobre Transformaciones de los Hogares y Familias en Costa Rica, que tomaba como referencia el del año 2000, menciona que los resultados sobre los hogares homoparentales (los cuales se consideraron con una perspectiva de derechos humanos y no como institución reconocida), se identificaron como convivientes de un mismo hogar, representaba el 0,09 porcentual y su frecuencia era de 1114. De igual forma, Sandoval (2000) expone que:

En el año 2000 se contabilizan al menos 50 familias formadas por padres homosexuales en el país; personas trans que tienen hijos de una relación heterosexual anterior o posterior a su transición; mujeres lesbianas que se han convertido en madres fruto de una violación. Muchos también adoptaron menores en el extranjero o estando solteros, en el último Censo Nacional realizado por el INEC, ya reporta 17 composiciones familiares diferentes y de esas, solamente el 40% de las familias están compuestas por un formato 'tradicional' con un padre y una madre casados una vez y con hijos, detalló la asociación, para pedirle a la población general que sea más abierta y entienda la realidad diversa (p. 3).

Sin embargo, este escenario toma un giro muy grande el 9 enero de 2018 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos —de ahora en adelante Corte IDH— responde a la Opinión Consultiva OC-24-2017 presentada por el Estado de Costa Rica (Corte IDH, 2018), sobre aspectos como la identidad de género, reconocimiento y cambio de nombre de las personas y los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo. Además, de la necesidad de la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre iguales y su procedimiento correspondiente. En su respuesta, la Corte hizo referencia a la necesidad de garantizar el acceso a todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos, lo que incluye al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

Así las cosas, resulta de interés para el desarrollo de esta investigación analizar la realidad actual de Costa Rica, habida cuenta de la reforma procesal del derecho de familia y la entrada en vigor de las uniones civiles entre personas del mismo sexo dentro de la legislación costarricense, con un plazo de 18 meses siendo la fecha de entrada en vigor el 26 de mayo de 2020 y las implicaciones en la legislación que esta nueva situación produce, tanto en el derecho de familia como en otras ramas de la ciencia jurídica.

### **Matrimonio y familia: perspectiva legal y religiosa dentro de la sociedad**

Para el análisis de la figura del matrimonio igualitario y su impacto en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, se debe hacer referencia previamente a la realidad del matrimonio en el país y su evolución dentro de la sociedad, de lo cual cabe rescatar una serie de factores dentro de los cuales se encuentran los económicos, culturales e incluso religiosos.

A partir de la etimología de la palabra matrimonio, Cabello (2020) expone que proviene del latín *matrimonium*, la cual se deriva del *matrem* (madre) y *monium* (calidad de). Además, el autor argumenta que en la época del derecho romano esta institución tenía un significado muy distinto al que hoy la sociedad conoce, donde la unión jurídica de la pareja era distinguida como *connubium*. Asimismo, menciona que su origen buscaba atribuir a la mujer un estado de casada, perteneciente a una familia con maternidad legal que la respaldaba. Es decir, el derecho a ser la legítima madre de los hijos de un varón y todos los derechos que se derivaban de esa condición como mujer. De la misma forma Flórez (1995) hace referencia en cuanto a que:

El matrimonio es desde muy antiguo en la historia de la humanidad un asunto de interés social, de carácter bilateral y contractual, en cuanto supone de parte de la familia de la novia la cesión de uno de sus miembros, y de parte de la del novio, la oportunidad para obtener descendencia. La novia es considerada el valor principal de este contrato, por lo cual la familia del novio ha de dar a la de la novia una dote como signo de que ésta pasa a pertenecer a la familia del novio (p. 31).

En cambio, la Real Academia Española (2014), distingue familia, hogar y matrimonio. Estos son tres términos importantes para este trabajo de los cuales dice lo siguiente:

- a. Familia, significa grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas y un conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.
- b. El hogar puede entenderse como casa o domicilio, o bien familia o grupo de personas emparentadas que viven juntas.
- c. Por matrimonio se entiende que es la unión de un hombre y una mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer una comunidad de vida e intereses.

Por otro lado, con una perspectiva diferente Laureano (2018) expone en cuanto al término de familia como un fruto del matrimonio, o bien la convivencia como consecuencia de su relación por decisión propia, usando el principio de la autonomía de la voluntad y su derecho a procrear, limitándose al carácter sexual como elemento para que una pareja se reproduzca. Sin embargo, se hace énfasis en que existe un factor que se consolida por una relación afectiva de las partes, más allá del matrimonio, que se analiza desde una parte psicológica haciendo referencia a lo emocional de la persona. El mismo autor continúa señalando que:

El parentesco es concebido como la relación o conexión familiar que sucede entre dos o más personas, derivadas de su propia naturaleza por el imperio de la ley. Entonces el parentesco significa el vínculo familiar que nace de los lazos de sangre del matrimonio. [...] Es de nuestro conocimiento que el matrimonio es la base fundamental de la familia, es el centro de la familia; el matrimonio se convierte en una [sic] instituto jurídico porque constituye el fundamento de la organización civil, representando la completa comunidad de la vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho para encaminar la conservación y el desarrollo de la especie detectando los elementos de la sociedad. El hombre en su condición de ser racional se socializa al formar grupos, núcleos, satisfaciendo sus necesidades básicas, personales y patrimoniales (p. 19).

Ahora bien, ante distintas definiciones y sus análisis, lo cierto es que en Costa Rica la Constitución Política concibe el matrimonio como base esencial de la familia (art. 52). No obstante, el Código de Familia establece en el art. 11 como objeto del matrimonio la vida en común,

la cooperación y el mutuo auxilio, donde se puede observar que no es un requisito procrear en la legislación del país.

En cambio, existen otras interpretaciones de la institución matrimonial con bases religiosas, por ejemplo, el cristianismo con representación de iglesias como la católica apostólica y romana, incluso el budismo o el islam. ¿Qué dicen estas religiones sobre el matrimonio igualitario? Inicialmente, en Costa Rica, el cristianismo al ser la religión reconocida por la Constitución Política mediante la Iglesia católica ha desempeñado un papel importante, pues en algunos versículos de la Biblia se ha consagrado al matrimonio heterosexual como único en su especie. Un ejemplo de este es el versículo Mateo 19:4-9, donde se dice que:

En el principio el Creador *los hizo hombre y mujer*, y dijo: Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su esposa, y los dos llegarán a ser un solo cuerpo? Así que ya no son dos, sino uno solo. Por tanto, lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre.

Es necesario considerar que se ha estudiado la Biblia desde distintas perspectivas, este es el caso de Alessio (2010), quien en su análisis argumenta que:

Jesús nunca fijó una doctrina cerrada sobre el matrimonio, simplemente siguió las costumbres de su época y avanzó en reconocer y defender a las mujeres, de una manera especial, en un contexto machista y patriarcal. Jesús jamás mencionó y mucho menos condenó la homosexualidad, pero sí se enfrentó a los soberbios, a los que se creían puros, a los que tenían el poder opresor, a los que esclavizaban, a los que humillaban. Jesús siempre puso la ley al servicio de una mayor humanización, donde el centro es la persona y, sobre todo, los que se han dejado de lado. Además, de que el término *homosexual* no aparece en la literatura [canónica] (p. 2).

Por otra parte, Dankmeijer (2019) afirma que el Corán menciona el sexo entre hombres en varias ocasiones, casi todos en el contexto de la historia de Sodoma y Gomorra, en una versión muy similar a la de la Biblia. Además, hace referencia a que el Corán califica como *abominación* a la sodomía entre hombres. De esto, el autor se refiere a la siguiente cita del Corán, Sura 7: 80-82: “No te acercas a los hombres con lujuria en lugar de a las mujeres.

Ahora, eres un pueblo que va más allá de los límites”, lo que se relaciona con el rechazo que esta religión presenta hacia este segmento poblacional.

Contrariamente, explica Bernat (2015) que hay tres elementos que separan al budismo de las demás religiones respecto al tema de la homosexualidad. La primera es que **el budismo no es pronatalista** y cómo no tiene ningún interés especial en que el ser humano se reproduzca, el sexo no procreativo no es un conflicto. En segundo lugar, no existe un dios creador que determine cómo deben actuar los humanos y a quien haya que contentar y, por último, el budismo es fuertemente monástico y ha tendido a poner mucho énfasis en el celibato y a desaconsejar el deseo sexual de cualquier tipo. Incluso, argumenta el autor que **si los actos homosexuales son problemáticos, lo son exactamente en el mismo grado que los heterosexuales**, de hecho, menciona que es más fácil acusar al budismo de antisexual que de inclinar la balanza a favor de un tipo u otro de sexo.

Por lo anterior, puede inferirse que las interpretaciones religiosas pueden ser variadas, no obstante, han tenido un gran impacto en la sociedad sobre temas como este y las decisiones que pueden llegar a tomarse. Sin embargo, en el ámbito jurídico no existe un requisito como tal dentro de los fines del matrimonio que limite la posible coexistencia entre personas con distintas ideologías de género, como la reproducción en este caso. En la normativa costarricense, el Código de Familia (Asamblea Legislativa, 1973) es muy claro de no exigir la procreación como un elemento esencial del matrimonio, ya que ni siquiera hace referencia al tema (art. 11).

### **Diversidad: sexualidad, persona y sociedad**

Ahora bien, para abordar esta temática se debe tomar en cuenta que resulta imprescindible la conceptualización de términos como homosexualidad, identidad de género, expresión de género, orientación sexual y diversidad sexual, debido al uso erróneo de estos y así comprender su vinculación con la seguridad y protección jurídica que busca darse al individuo mediante la modificación del sistema jurídico al que responde Costa Rica. Sin embargo, tal y como expone la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17, no existe un acuerdo entre organismos internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten, por lo que los conceptos evolucionan con el tiempo y requieren una constante revisión.

Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente (Corte IDH, 2018). Como consecuencia, lo que se pretende con esta investigación es analizar la realidad social en el momento, buscando siempre respetar la integridad y libertad de cada persona y utilizando la terminología como plano introductorio al enfoque jurídico que se desea. De esta forma, habrá que remontarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969) que busca erradicar la discriminación sobre cualquier circunstancia de esta manera:

Los Estados Partes [sic] en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1).

Como Barros y García (2017) exponen, uno de los problemas más relevantes en la sociedad ante este tema es el sexismo, en cualquiera de sus expresiones: machismo, misoginia, o bien homofobia y que una característica común a todas ellas es que son formas acendradas en el dominio masculino patriarcal. En la misma línea argumentan los autores que la mentalidad androcéntrica permite considerar valorativamente y apoyar socialmente que los hombres y lo masculino son superiores, mejores, más adecuados, más capaces y más útiles que las mujeres, lo que les da legitimidad a tener el monopolio del poder de dominio y de violencia. Además, señalan que el androcentrismo se expresa en el machismo como magnificación de ciertas características de los hombres, de su condición masculina, de la masculinidad y, en particular, de la virilidad: abigarrada mezcla de agresión, fuerza dañina y depredadora y dominación sexual.

Por esto, dichos autores argumentan que se completa con la misoginia, mediante la sobrevaloración de los hombres y lo masculino se interioriza y subvalora a las mujeres y a lo femenino. Además, que la dominación patriarcal pone en condiciones sociales de subordinación a las mujeres y las hace invisibles, simbólica e imaginariamente, no obstante, la presencia de las mujeres, no son vistas o no se identifican ni se reconocen algunas de sus características. Asimismo, enfatizan en el problema que enfrenta la sociedad debido al sexismo, que puede desembarcar también en la homofobia, cuando se considera que

la heterosexualidad es natural, superior y positiva y por antagonismo se supone que la homosexualidad es inferior y es negativa, que concentra actitudes y acciones hostiles hacia las personas homosexuales y como en las otras formas de sexismo, la violencia hacia la homosexualidad se considera legítima, incuestionable y justificada.

Por otra parte, Araya y Echeverría (1998) argumentan la existencia de *roles sexuales* que conciben como constelaciones de características que cada cultura atribuye a los individuos de acuerdo con su sexo, no respetando su derecho a tener su propia identidad. Además, mencionando que los estereotipos sobre estos papeles sexuales se refieren a creencias rígidas aplicadas para la generalidad de hombres y mujeres, asumiendo que los mismos son universales y naturales.

De esta forma, los autores argumentan que tener un cuerpo reconocido como masculino incluye al sujeto en el género hombre y lo excluye, a la vez, de estar en el género mujer. Es decir, de hacer las actividades, funciones, relaciones sociales o formas de comportamiento que se asignan al cuerpo sexuado como femenino, sin dar lugar a su dignidad humana e irrespetando su autonomía de la voluntad. De manera que a la inversa se produce el sistema de inclusión y exclusión cuando un cuerpo reconocido como femenino se incluye en el género mujer y se excluye del género hombre.

Para Jayme (2016) el sexo y el género son dos variables que sirven para clasificar a los seres humanos, interpretando que cuando se habla de diversidad sexual se hace referencia a las diferentes formas de expresar el afecto, erotismo, deseo y las prácticas amorosas y sexuales entre las personas. Estas no se limitan a las relaciones de pareja entre un hombre y una mujer. Por lo tanto, incluye la heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. De esta forma, se menciona que el término *variedad sexual* cuestiona la idea de que hay una única manera de ejercer la sexualidad y los afectos, haciendo visible la existencia de otras formas de expresarlos. Por último, la autora incluye también la idea de que la identidad de género de una persona puede ser independiente del sexo con el que nació y su orientación sexual.

Como consecuencia de la identidad de género, han surgido movimientos en búsqueda del respeto a su integridad, dignidad y respeto por sus derechos, buscando que sean reconocidos en el ordenamiento jurídico de distintos países, tal y como el de la población LGTBIQ+ (Vila, 2019) que hasta el momento son los más reconocidos por sus fuertes luchas en contra de su opresión. Sus siglas se derivan del significado de los términos lesbiana, *gay*, trans, bisexual, intersexual y *queer*, a las que se añade el signo + para aludir al resto de diversidades sexuales y de género (Atresmedia, 2020).



En la actualidad, a las siglas LGTBI se ha añadido + para incluir y representar a cualquier otra identidad que se quede en el medio de todas las anteriores o en ninguna parte. En concreto, el símbolo + se utiliza para hacer referencia a otras minorías sexuales como asexuales (no sienten atracción sexual), sexos fluidos (aquellos que cambian su identidad de género) o pansexual (siente atracción por cualquier género sin basarse en la estética, sino en su manera de comportarse) (Atresmedia, 2019).

En la misma línea, a lo largo del mundo se han creado instituciones bajo distintas figuras jurídicas en búsqueda de salvaguardar los derechos de esta población que se han visto trasgredidos y luchar en conjunto para lograr el fin deseado. Ejemplo de esto es la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales (FELGTB) que, según se manifiesta en su página web, es:

Una ONG estatal de carácter laico, laicista, feminista, apartidista y asindicalista que agrupa a más de 50 entidades LGTBI de todo el territorio español. Trabajamos por la diversidad afectivo-sexual, familiar y de género, así como por la lucha contra el VIH y sida (p. 1).

### **Costa Rica, primer país de Centroamérica que reconoce el matrimonio igualitario**

Según Anarte (2020), el matrimonio igualitario en Costa Rica implica esperanza para Centroamérica y dice: “Ni la pandemia ni los grupos evangélicos detuvieron la histórica legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el país” (s. p.). Exponiendo que la primera boda entre dos mujeres de esta zona se celebró a las 00:01 del 26 de mayo de 2020, en San Isidro de Heredia y no hubo excusa para no ser realizada entre las costarricenses Alexandra Quirós Castillo y Daritza Araya Arguedas, se celebró virtualmente y ante la notaria Ana Cecilia Castro Calzada, quién se presentó a dicho lugar con cubre bocas. Además, se celebró con poca asistencia y transmitiéndose virtualmente ante distintas redes sociales. De esto, el autor hace hincapié en que:

Para Costa Rica, la entrada en vigor del matrimonio civil igualitario es un paso histórico donde se reivindica una lucha de cuatro décadas de la comunidad LGBTIQ+ y un enorme paso hacia la igualdad en derechos civiles de las parejas del mismo sexo, dice a DW Nisa Sanz. Esta activista tica preside la organización



Familias Homoparentales y Diversas, que lideró la campaña *Sí Acepto* a favor de la legalización de estas uniones. Hoy, que celebran el éxito de su esfuerzo, Sanz no duda en calificarlo como una deuda pendiente hacia una población históricamente discriminada (p. 1).

No obstante, cabe mencionar que dicho autor argumenta que las leyes no bastan para que una pareja se sienta segura caminando de la mano en la calle, considerando que aún hay mucha homofobia, discriminación y violencia en hogares, entornos laborales o lugares públicos con la cual todavía hay que luchar y crear políticas públicas para la seguridad de las minorías. De esta forma, se adapta el marco de regulación del país a la realidad que se requiere.

Por otra parte, Delfino (2020) determina que Costa Rica se convirtió en el país n.º 29 del mundo que reconoce este tipo de uniones y reitera, como el autor anterior, que fue el primero en Centroamérica. Asimismo, explica el autor que Costa Rica se suma a la siguiente lista de países que permiten y reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Francia, Alemania, Groenlandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Sudáfrica, España, Suecia, China (Taiwán), el Reino Unido, los Estados Unidos y Uruguay.

Sin embargo, aún con pronunciamientos como los que ha emitido la Corte IDH, algunos países han objetado este criterio y le dicen no a la entrada en vigor de una normativa que regule al matrimonio igualitario en América Latina, como Bolivia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. No obstante, en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay está garantizado en la ley, mientras que en México solo en algunos de los 32 estados del país, mientras que Chile y Ecuador sí reconocen la **unión** civil, pero no con la figura del matrimonio (BBC, 2020).

### **Principio de progresividad de los derechos humanos**

Este principio vincula a la *administración pública*, es claro que el Poder Judicial no puede adoptar conductas regresivas del reconocimiento o tutela de derechos a personas de una población en condiciones de vulnerabilidad como la LGTBI+, cuyos derechos se tutelan en el derecho internacional de los derechos humanos, la *Constitución Política* y que, a la vez, se reafirman mediante los compromisos concretos asumidos por el Poder Judicial para

garantizar la no discriminación adecuándose a las necesidades (Sala Constitucional, 2020). De la misma forma, según el art. 12 inciso 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su naturaleza, los derechos humanos no son absolutos y sus limitaciones las prescribe la ley o pueden surgir toda vez que sea necesario para proteger los derechos o libertades de los demás.

Por esto, la Sala Constitucional en su resolución n.º 42052996 se remite al tema exponiendo que el límite de derechos como el derecho a la libertad de conciencia o la de culto se encuentra cuando su práctica o ejercicio transgrede una disposición legal o deber jurídico, o bien impide el disfrute de otro derecho de igual rango por parte de terceros, como el derecho a la no discriminación y el acceso a la justicia. Además, señala que los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos los derechos fundamentales de los demás. Por lo tanto, es necesario un recorte en el ejercicio de estos derechos y libertades, en la medida precisa, para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones.

### **Realidad del matrimonio igualitario en Costa Rica**

Como se señaló al inicio de esta investigación, el 24 de noviembre de 2017, la República de Costa Rica solicita la Opinión Consultiva OC 24/14 ante la Corte IDH sobre la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, mediante la interpretación del alcance de los arts. 11.24, 185 y 246 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una y el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Esta consulta se sometió a la Corte por el Estado de Costa Rica, en uso de la facultad que le otorga el art. 64.1 de la Convención Americana sobre los derechos humanos. Costa Rica es Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) (desde cuando y como suscribió). Por lo tanto, tiene el derecho de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas acerca de la interpretación de dicho tratado o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, la Corte considera que, como órgano con funciones jurisdiccionales y consultivas, tiene la facultad inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, también en el marco del ejercicio de su función consultiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 64.1 de la Convención. Esto en particular, se debe a que la sola circunstancia de recurrir a

aquella presupone el reconocimiento, por parte del Estado o Estados que realizan la consulta del derecho de la Corte a resolver sobre el alcance de su jurisdicción al respecto.

El caso se remonta al 18 de mayo de 2016, cuando el Gobierno de Costa Rica representado por la vicepresidenta primera Ana Helena Chacón, presentó ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva para determinar si el Pacto de San José de Costa Rica protegía el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una y si el Código Civil de Costa Rica (Congreso Constitucional, 1885) tenía un procedimiento óptimo para aquellas personas que querían optar por un cambio de nombre según su identidad de género. Por último, se pretendía saber si la Convención Americana reconocía y protegía los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo (Madrigal, 2016).

### **El caso de Jazmín Elizondo y Laura Flórez-Estrada**

Jazmín Elizondo y Laura Flórez son una pareja que en el 2015 iniciaron el trámite para su matrimonio, debido a que Jazmín estaba inscrita en el Registro Civil con sexo masculino por error. Ellas cuentan su experiencia a Costa Rica Noticias (2020) mediante una entrevista donde relatan que:

Nos preocupa que el país siga igual, no tenemos miedo de lo que pueda suceder, estamos muy contentas por el apoyo que hemos tenido, aunque sobran los comentarios negativos. Nos han ofrecido asesoría legal, incluso jueces o magistrados. A pesar, de que dicen que nosotras actuamos con mala fe, yo les cuestiono a ellos porque si iniciamos una investigación de tres meses se esperaron a que saliera el matrimonio, para en una semana señalar al ciudadano, cuando el error fue del Registro Civil, no de nuestro abogado, ni de nosotras. Esto, nos parece una falta gravísima (s. p.).

El abogado de esta pareja, Marco Antonio Castillo, fue denunciado por Guillermo Sandí ante la Dirección Nacional de Notariado, por incluir supuestamente datos falsos en el acta de matrimonio de ambas. En febrero de 2020 el Juzgado Notarial del Primer Circuito Judicial anuló la unión, a pesar de la proximidad de entrada en vigor de las uniones civiles entre personas del mismo sexo dentro de la legislación costarricense (Lizano, 2020). De la misma

forma, Lizano (2020) hace referencia a que Luis Guillermo Chinchilla, en condición de oficial mayor civil del Tribunal Supremo de Elecciones comentó que:

Procedimos con la cancelación del asiento registral de ese matrimonio porque, como autoridad administrativa, estamos obligados a acatar la orden de un juez [...] Asimismo, señala que el TSE fue notificado al mismo tiempo que los diputados discutían por retrasar la entrada en vigencia del matrimonio entre parejas del mismo sexo, pactada para el 26 de mayo. A través de la sentencia 307-2020 del 12 de mayo de 2020, Francis Porras León, Juez Decisor del Juzgado Notarial, declaró sin lugar una apelación de la pareja y ordenó *la cancelación definitiva e inmediata* de ese matrimonio, en un lapso de 24 horas después de ser notificado (s. p.).

Marco Castillo, uno de los abogados más reconocidos en el país por su participación en el caso de esta pareja, activo en la comunidad LGTBIQ+ y quien tiene más de seis años de relación con su pareja, a pesar de todo el proceso que tuvo que afrontar luego de haber celebrado el matrimonio de estas dos mujeres, dijo que sí el 26 de mayo de 2020 sin deseo alguno de regresar y con la satisfacción personal de haber logrado por lo que ha luchado durante su vida: contraer matrimonio legalmente con su pareja (Sandí, 2020).

## Reforma procesal del derecho de familia

El cambio más relevante en esta reforma es la derogación del inciso 6) del art. 14 del Código de Familia, ya que implica una serie de cambios que engloban a todo el sistema jurídico del país. Este artículo hace referencia a los impedimentos del matrimonio y el inciso 6) regulaba estrictamente la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (Asamblea Legislativa, 1974), además de esta, destacan las reformas de los arts. 35 y 60 del mismo Código de Familia. El art. 35 de esta norma regula la obligación del sufragio de los gastos de la familia, los cuales recaían únicamente sobre el marido, tal y como expresaba. Sin embargo, este mismo artículo cambió incluso en su contenido contemplando el trabajo doméstico y de cuidado al expresar que:

Artículo 35- Obligación de sufragar proporcionalmente los gastos de la familia  
ambos cónyuges son responsables de sufragar las necesidades y los gastos

de la familia y cada uno responderá proporcionalmente de acuerdo con sus aptitudes, posibilidades e ingresos económicos, así como la obligación para ambos de compartir el trabajo doméstico y de cuidado, y la responsabilidad parental sobre los hijos e hijas y familiares dependientes. El cónyuge que desempeñe, exclusivamente o en una mayor proporción que el otro cónyuge, el trabajo doméstico no remunerado en el hogar y al cuidado de los hijos e hijas o familiares dependientes tendrá derecho a que dichas labores se estimen como su contribución económica al sostenimiento del hogar en la proporción correspondiente (Asamblea Legislativa, 1974).

De igual forma, el art. 60 ha otorgado una mayor flexibilidad a los cónyuges de acudir a la separación por mutuo consentimiento, disponiendo ahora de un convenio de divorcio o separación en cuanto a los cónyuges y convivientes respondiendo al procedimiento establecido en el Código Procesal de Familia, del cual se puede encontrar en dicho artículo que:

La solicitud de divorcio o separación judicial se presentará al Tribunal por convenio firmado en escritura pública por ambos cónyuges; documento en el cual se debe hacer mención sobre los siguientes puntos: a) El establecimiento del derecho o no de obligación alimentaria entre los cónyuges y el monto en que se obligan. b) La distribución de la propiedad de los bienes gananciales habidos en el patrimonio de los cónyuges. c) En caso de tener hijos o hijas menores, a las disposiciones establecidas en el artículo 152 del presente Código. [...] El convenio no podrá surtir efecto para su homologación, si no es presentado ante el despacho judicial antes de los tres meses posteriores a su celebración notarial. El convenio, si es procedente y no perjudica los derechos de los hijos y las hijas menores, se aprobará por el Tribunal en resolución fundamentada en un plazo de quince días hábiles. [...].

### **Entrada en vigencia del Acta n.º 58-2020 del Tribunal Supremo de Elecciones: matrimonio y la inscripción de la familia homoparental**

El 16 de junio de 2020 en sesión ordinaria del Tribunal Supremo de Elecciones se dieron a conocer las implicaciones de la derogatoria del art. 14 inciso 6 del Código de Familia, en asuntos varios mediante el oficio no. CFCI-00012020 del 11 de junio de 2020 mediante el cual

se rinde un informe relativo a las implicaciones legales y registrales que implica la entrada en vigor de la inscripción de matrimonios entre parejas del mismo sexo. Con fundamento en una serie de consideraciones, literalmente concluyen y recomiendan:

Sobre la inscripción de matrimonios entre parejas del mismo sexo, no corresponde tomar ninguna acción adicional a las que se han venido implementando; desde el 26 de mayo de 2020, el Registro Civil tramita e inscribe, como cualesquiera otras, este tipo de uniones conyugales (Tribunal Supremo de Elecciones, 2020).

Expone Alvarado (2020) que a pesar de que no se puede calificar la filiación, en materia de familia se presentan dos tipos de hijos: los matrimoniales y extramatrimoniales. De tal forma que el Código de Familia presume como habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente dictada en el art. 69 (Asamblea Legislativa, 1974). El Tribunal Supremo de Elecciones (2020) dice que se deben aplicar las presunciones, en materia de filiación, derivadas del matrimonio entre dos mujeres. Es decir, que el Registro Civil inscriba la comaternidad del niño o niña que nazca en el seno de tal tipo de uniones matrimoniales. No obstante, hace la salvedad sobre que la presunción descrito resulta imposible de aplicar en un matrimonio entre dos hombres, pues la persona recién nacida tiene una madre registralmente asignada en la mayoría de los casos. Por esto, resulta de interés conocer que ante una relación de matrimonio entre dos hombres el trámite correspondería de la siguiente manera:

Se inicia el proceso de adopción una vez que esa persona haya adquirido la condición de *persona adoptable*, según los presupuestos de la normativa del Derecho de Familia. En lo relativo a las presunciones de paternidad y de maternidad por matrimonio, queda evidenciado que la construcción del ordenamiento jurídico genera un trato diferenciado entre las uniones heterosexuales y lésbicas frente a las compuestas por dos hombres, escenario asimétrico que podría ir en contra del principio de igualdad y no discriminación. Por ello, se recomienda al TSE formular consulta a la PGR acerca de la viabilidad de aplicar las presunciones, en temas de filiación, también a las uniones matrimoniales

compuestas por hombres. Respetar los datos de filiación de personas nacidas en el extranjero; o sea, siempre que se cumpla con la respectiva cadena de legalización de los documentos, que el RC inscriba a la persona con la identidad que consta en los registros de las autoridades foráneas, incluida, según corresponda, la copaternidad o la comaternidad (Tribunal Supremo de Elecciones, 2020).

En este sentido, recayendo sobre los derechos del menor es necesario hacer alusión al art. 49 del Código Civil donde expresa que toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique, seguidamente del primer apellido del padre y luego la madre. Asimismo, en el art. 52 contempla la posibilidad de hijo o hija extramatrimonial donde se le pondrán los apellidos de la madre (Asamblea Legislativa, 1974).

En relación con esto, el Tribunal Supremo de Elecciones ajusta la norma de forma que se le permita a la pareja elegir el orden de los apellidos para sus hijos, con la restricción de que una vez fijada tal secuencia no puede variarse el orden para el resto de los hijos de esa unión. Si bien la pareja tiene esta libertad, en caso de que no logren acordar su orden deben acudir a la Oficialía Mayor Civil para que resulte la controversia.

Además, mediante esta acta el Tribunal Supremo de Elecciones explica que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales no puede habilitarse en el caso de parejas del mismo sexo no casadas. Esto supondría un desconocimiento de la razón de ser del instituto y que la forma en la que el Registro Civil puede inscribir copaternidades y comaternidades en el caso de hijos de parejas homosexuales no casadas es mediante la adopción.

## Conclusiones

La sociedad constantemente avanza, con esto las necesidades de las personas ciudadanas cambian y, como se ha visto en este artículo, es responsabilidad del Estado solventar una legislación que brinde seguridad legal a cada una de las minorías entre sus habitantes. En específico, el tema del matrimonio igualitario o uniones entre personas del mismo sexo siempre ha dejado de qué hablar mediante diversas posturas que pueden ser controversiales. No obstante, más allá de lo que se piense como persona individual, se debe sobreponer el bienestar común de la población LGTBIQ+, quienes son dignos de respeto e igualdad de condiciones en todo aspecto de la vida.



En cuanto a figuras como el matrimonio, orientaciones sexuales y conceptualizaciones vinculantes, se debe comprender que son instituciones cambiantes, a pesar de que su definición se ha mantenido estática y con base de prácticas tradicionalistas que responden al Estado confesional, en este caso de Costa Rica. Sin embargo, más allá de si una religión acepta o no estas prácticas, jurídicamente había un enorme rezago con este tema donde se violentaba el principio de igualdad para todas las personas ciudadanas ante la ley.

Ahora bien, Costa Rica ha hecho historia y marcado una línea importante para el resto de los países de Centroamérica e incluso América Latina aceptando el reto de decirle que sí al matrimonio igualitario. A pesar de que la lucha apenas comienza, es una victoria que se ha ganado por parte de una comunidad que solamente buscaba seguridad jurídica en temas relevantes como el acceso a obtener bienes gananciales, formar una familia mediante figuras como la adopción, ser beneficiario de una pensión, entre muchas otras que se habían ignorado durante décadas en el país y siguen restando importancia en algunas partes del mundo.

De esta forma, existen instrumentos legales que apoyan que se erradique la discriminación, tal como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual busca garantizar el respeto de estos derechos dentro de un Estado. De esta manera, se logra una mayor igualdad en lo social.

## Referencias

- Águila, J. (2019). *El matrimonio igualitario en Cuba: un mal necesario*. [https://www.researchgate.net/publication/340237331\\_El\\_matrimonio\\_igualitario\\_en\\_Cuba\\_un\\_mal\\_necesario](https://www.researchgate.net/publication/340237331_El_matrimonio_igualitario_en_Cuba_un_mal_necesario)
- Alessio, N. (2010). *Matrimonio igualitario, aporte desde la teología cristiana*. <https://hemisphericinstitute.org/es/emisferica-13-1-states-of-devotion/13-1-dossier/matrimonio-igualitario-aporte-desde-la-teologia-cristiana.html>



- Anarte, E. (2020). El matrimonio igualitario en Costa Rica traer la esperanza a Centroamérica. *DW: Made for minds*. <https://www.dw.com/es/el-matrimonio-igualitario-en-costa-rica-trae-la-esperanza-a-centroam%C3%A9rica/a-53576893>
- Araya, K. y Echeverría, M. (2018). *Los problemas sociales asociados a la homosexualidad masculina y las respuestas que se han generado en torno a las necesidades de esta población*. <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/tfglic/tfg-l-1998-08.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1974). *Código de Familia*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970)
- Asamblea Nacional Constituyente (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1ynValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1ynValor2=871).
- Atresmedia. (2019). *LGTBIQ: Significado de las siglas para no perderse en el Orgullo 2019*. [https://www.antena3.com/noticias/cultura/diccionario-lgtbi-conceptos-uso-lenguaje-inclusivo\\_201906285d15da180cf2b86c2b65eb40.html](https://www.antena3.com/noticias/cultura/diccionario-lgtbi-conceptos-uso-lenguaje-inclusivo_201906285d15da180cf2b86c2b65eb40.html)
- Atresmedia. (2020). *Manual para no perderse con el significado de las siglas LGTBIQ*. [https://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/noticias/lgtbiq-que-significa-cada-una-de-las-siglas-que-identifican-al-colectivo\\_20170623594d56400cf293cba82bb71b.html](https://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/noticias/lgtbiq-que-significa-cada-una-de-las-siglas-que-identifican-al-colectivo_20170623594d56400cf293cba82bb71b.html)
- Barros, C y García, S. (2017). *Género medio ambiente y derechos humanos*. [http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/44724-G%C3%AAnero-Meio-Ambiente-e-Direitos-Humanos.indd\\_.pdf#page=127](http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/44724-G%C3%AAnero-Meio-Ambiente-e-Direitos-Humanos.indd_.pdf#page=127)
- Cabello, I. (2020). *Diccionario etimológico*. <http://etimologias.dechile.net/?matrimonio>

- Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (productor). (2020). Conferencia “*Efectos jurídicos del matrimonio entre personas del mismo sexo*” [YouTube]. [https://www.youtube.com/watch?v=b\\_33HPViOb8&t=3254s](https://www.youtube.com/watch?v=b_33HPViOb8&t=3254s)
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1885). *Código Civil. Ley n.º 30*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)
- Costa Rica Noticias–Canal 13 (productor). (2015). *Jazmín Elizondo y Laura Flores Estrada* [YouTube]. [https://www.youtube.com/watch?v=Ov\\_tvMRMEPA](https://www.youtube.com/watch?v=Ov_tvMRMEPA)
- Dankmeijer, P. (2019). *Homosexualidad y transgénero en el Corán*. <https://www.gale.info/es/database/reading/homosexuality-and-transgenderism-in-the-quran>
- Delfino. (2020). Costa Rica se convierte en el país 29 en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Delfino*. <https://delfino.cr/2020/05/costa-rica-se-convierte-en-el-pais-29-en-reconocer-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>
- Enciclopedia J. (2020). *Definición de derecho natural*. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>
- Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales FELGTB. (2020). <https://www.felgtb.com/nueva/>
- Flórez, G. (1995). *Matrimonio y familia*. [https://mercaba.org/mediafire/matrimonio%20y%20familia\\_Gonzalo%20Florez.pdf](https://mercaba.org/mediafire/matrimonio%20y%20familia_Gonzalo%20Florez.pdf)
- Gimeno, B. (2009). *La institución matrimonial después del matrimonio homosexual*. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/906/4/RFLACSO-I35-02-Barrientos.pdf>
- Jayme, M. (2016). *La identidad de género*. <https://silo.tips/download/la-identidad-de-genero>

- Jiménez, J. (2017). *Matrimonio igualitario en Costa Rica: los orígenes del debate 19942006*.  
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XYORTmR4PMQ-J:https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/soci/article/download/30261/30233/+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cr>
- Laureano, M. (2018). *Derecho de familia y efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio en el Juzgado de Familia de Pasco, 2018*. [http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/531/1/T026\\_74074504B.pdf](http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/531/1/T026_74074504B.pdf)
- Lizano, E. (2020). Juez ordena al TSE desinscribir matrimonio entre dos mujeres. *Amelia Rueda*. <https://www.ameliarueda.com/nota/juez-ordena-tse-desinscribir-matrimonio-dos-mujeres-14-dias-union-legal>
- Madrigal, L. (2016). Costa Rica consulta a la Corte IDH si es necesaria legislación que regule uniones homosexuales. *El mundo CR*. <https://www.elmundo.cr/costa-rica/costa-rica-consulta-a-corte-idh-si-es-necesaria-legislacion-que-regule-uniones-homosexuales/>
- Mora, S. (2011). *Transformaciones de los hogares y familias en Costa Rica 20002011*. [https://ccp.ucr.ac.cr/documentos/portal/conversatorios/2013/08\\_28\\_Mora.pdf](https://ccp.ucr.ac.cr/documentos/portal/conversatorios/2013/08_28_Mora.pdf)
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2020). *Resolución n.º 01619-2020*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-979492>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2018). *Resolución n.º 12782-2018*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-875801>
- Sandoval, I. (2000). *La composición de los hogares costarricenses en los censos de 1984 y 2000: Un análisis desde las jefaturas femeninas y masculinas*. <https://ccp.ucr.ac.cr/bvp/pdf/simposio/sandoval.pdf>

# El derecho a la desconexión digital de los trabajadores

*Workers' right to digital disconnection*

Andrea Priscilla Urtecho Ávalos<sup>1</sup>

## Resumen

Los avances tecnológicos, a pesar de representar grandes beneficios para la sociedad, implican aspectos negativos como la hiperconectividad, lo que afecta los diferentes **ámbitos** en los que se desenvuelven las personas e incluye a la vida laboral. A partir de este problema de digitalización, surge la necesidad de que los países regulen las relaciones laborales, específicamente el derecho de los trabajadores de tener espacios libres para su desarrollo integral. La intención del presente artículo es realizar un análisis de la figura del derecho a la desconexión digital de los colaboradores, sus alcances, derechos conexos a la desconexión y su regulación hoy en día en Costa Rica. Al ser un concepto novedoso, la jurisprudencia costarricense no ha desarrollado el tema como tal, sin embargo, se desarrolla el concepto con base en la doctrina. Para el análisis exhaustivo de este derecho de los trabajadores, se estudian los elementos generales de lo que conllevan las relaciones laborales en el país; se expone sobre los efectos que tiene la hiperconectividad en la salud de los trabajadores, así como los aspectos que se relacionan con la desconexión como las horas extra y la figura de la disponibilidad. Finalmente, se explica, a modo de derecho comparado, la regulación de este derecho en Francia, el cual fue uno de los países pioneros en crear legislación en este tema, España y en Colombia para confrontar y tomar como referencia algunas medidas que se pueden implementar en el país en el futuro.

## Palabras clave

Desconexión digital, trabajadores, patronos, hiperconectividad, derecho a la intimidad, derecho a la salud, descanso laboral y teletrabajo.

---

1 Estudiante de la Licenciatura en Derecho, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Correo electrónico: urtechoandrea37@gmail.com.

## **Abstract**

Technological advances, despite representing great benefits for society, have negative aspects such as hyperconnectivity, affecting the different areas in which people develop, including working life. As a result of this digitalization problem, the need arises for countries to regulate labor relations, specifically, the right of workers to have free spaces for their integral development. The intention of this academic article is to analyze the concept of the right to digital disconnection of workers, its scope, rights related to it and its regulation today in Costa Rica. Being a relatively new concept, Costa Rican case law have not developed the topic itself, however, the concept will be explained based on doctrine. For the exhaustive analysis of this right of the workers, the general aspects of the labor relations in the country will be studied; the effects that hyperconnectivity has on the health of workers will be exposed, as well as the aspects related to the disconnection such as the extra hours and the figure of workers availability. And finally, the regulation of this right in France, which was one of the pioneer countries in creating legislation on this issue, Spain and Colombia will be explained by way of comparative law; to confront and take as a reference some measures that could be implemented in the country in the future.

## **Keywords**

Digital disconnection, workers, employers, hyperconnectivity, right to privacy, right to health, work rest, telecommuting.

## **Introducción**

La sociedad de hoy se ha convertido en cada vez más tecnológica. En la actualidad el uso de los dispositivos digitales en las actividades diarias es más frecuente a diferencia del pasado y el ámbito laboral no es la excepción. Existen trabajos que utilizan dispositivos digitales como herramienta principal para llevar a cabo las funciones laborales y es en este escenario que el tema del derecho a la desconexión digital cobra gran importancia. Si bien es cierto que la tecnología es de gran ayuda para agilizar la comunicación, permite mayor productividad y ayuda a los trabajadores a realizar sus funciones, también presenta elementos de riesgo cuando no existe una línea divisoria entre el tiempo para descansar y trabajar.

En este tema del uso de las tecnologías, otro factor que ha influido en gran medida ha sido el fenómeno de la pandemia. Con la llegada de la COVID19 a Costa Rica en los inicios del año 2020, la modalidad del teletrabajo se constituyó una herramienta que, aunque ya era utilizada, ganó popularidad y cada vez más empleadores optaron por esta forma de trabajo, con el fin de frenar la propagación de la enfermedad y evitar el entorpecimiento de actividades económicas. Así las cosas, el teletrabajo ha penetrado el ambiente en los hogares y es una modalidad que se presta para el uso no ético por parte del empleador y para el no respeto de los espacios del trabajador.

Según los datos de la Encuesta de fuerza de trabajo de Reino Unido en el 2015 (Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, 2019), los teletrabajadores trabajan más que aquellos que realizan sus funciones desde la oficina representados en cifras, los primeros trabajan 9.8 horas por semana y los segundos 8.4 horas por semana. Otro tema importante para mencionar es la falta de remuneración a los trabajadores por las horas extra, de acuerdo con el mismo sondeo citado, los teletrabajadores quedan con un 80 % de horas sin pagar mientras que los colaboradores de oficina con un 60 %.

A pesar de que el tema de la desconexión digital se relaciona con la modalidad del teletrabajo, también sucede lo mismo con los trabajadores que asisten a las oficinas. Sin embargo, para estos colaboradores, la situación se presenta por medio de correos electrónicos o mensajes de texto por parte de clientes o algún jerarca. De acuerdo con datos de la encuesta de calidad de vida laboral en Finlandia, en el 2013 un 65 % de los trabajadores indicó que se les había contactado fuera del horario laboral a través de correo electrónico y, en España, un 68 % de los trabajadores manifestó haber sido contactado mediante correos electrónicos y llamadas telefónicas fuera de su horario (Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, 2019).

Así las cosas, el derecho a la desconexión digital surge de la necesidad de garantizarle a los trabajadores sus espacios libres, su vida privada, vacaciones y permisos fuera del trabajo. A medida que surgen nuevas necesidades que proteger para las personas, de igual manera lo debe hacer el derecho, puesto que debe responder a los cambios constantes de las sociedades y tal es el caso en diferentes países como Francia, España y Colombia, cuyas normativas son objeto de estudio en la presente investigación. Costa Rica también ha realizado esfuerzos para regular la materia, en tanto que recientemente reforzó este derecho de los colaboradores mediante una reforma a la Ley para Regular el Teletrabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2019).

De la anterior reforma surgen algunas interrogantes: ¿Qué sucede con los trabajadores que no forman parte de la esfera del teletrabajo? ¿Es necesario realizar una reforma al Código de Trabajo en la que se garantice de manera general el derecho a la desconexión digital para todos los colaboradores? Con objeto de responder estas preguntas, en el presente artículo se realiza un análisis acerca de este nuevo derecho a la desconexión digital, las disposiciones que lo regulan en el ordenamiento jurídico costarricense con respecto a los trabajadores de oficina y teletrabajadores, así como el impacto que tiene la hiperconectividad y los derechos conexos que se les transgreden a los trabajadores por llevar a cabo sus funciones fuera de sus horarios laborales.

## Metodología

De acuerdo con Touriñán y Sáez (2006), la metodología se entiende como: “La teoría de método o dicho de otro modo, como el análisis de las razones que nos permiten estudiar y comprender la definición, construcción y validación de los métodos” (p. 380). En este orden de ideas, la metodología implica el análisis de diferentes factores que comprenden el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, a saber, desde la regulación de esta en el ordenamiento jurídico costarricense como en distintos artículos académicos y hasta las experiencias de otros países con respecto a la regulación del tema.

Además, la metodología se dedica a: “Estudiar los elementos de cada método relacionados con su génesis, fundamentación, articulación ética, razonabilidad” (Aguilera, 2013, párr. 40). Por lo tanto, para efectos de esta investigación se realizó un exhaustivo estudio del concepto del derecho a la desconexión digital, los diferentes elementos que implica y demás derechos que se relacionan con el tema.

A partir de lo anterior, el método de esta investigación es cualitativo, puesto que este consiste en la descripción del fenómeno social fundamentado en elementos determinantes (Bernal, 2010). Asimismo, lo que se pretende con este tipo de método es comprender la situación de manera holística. Con esta premisa, los autores Taylor y Bogdan (citados por Quecedo y Castaño, 2002) manifiestan que el método cualitativo se caracteriza por entender el contexto, personas o grupos en conjunto y el investigador no debe suponer que los lectores sobrentienden lo que se expone, sino que debe hacer de cuentas que estos se están enterando de lo investigado por primera vez. De igual forma, los autores citados señalan que el método cualitativo es humanista, debido a que a diferencia del método cuantitativo permite conocer



el: “Aspecto personal, la vida interior, las perspectivas, creencias, conceptos [...], éxitos y fracasos, la lucha moral, los esfuerzos” (p. 8).

La técnica de recolección de datos de este proyecto es la revisión documental, con el propósito de lograr una comprensión amplia del objeto de estudio. En este sentido, autores como Hernández *et al.* (2006), indican que en el proceso cualitativo el propio investigador figura como el instrumento principal de recopilación de datos, puesto que es quien obtiene y analiza lo principal por investigar, asimismo, establece que el mayor reto de la persona investigadora radica en: “Introducirse al ambiente y mimetizarse con éste, pero también en captar lo que las unidades o casos expresan y adquirir una comprensión profunda del fenómeno estudiado” (p. 397).

### **Aspectos generales de la relación laboral**

La relación laboral se entiende como aquella en la que una persona trabaja para otra de manera subordinada y en la cual se contraen derechos y obligaciones laborales, que puede tener o no un contrato para regular dicha relación (Marceth y Bogantes, 2006). En el país este tipo de relación está regulada por el Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943) y la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949), las cuales pretenden garantizar los derechos de los empleadores y empleados. En la última normativa que se mencionó su art. 56 señala:

El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.

Por otra parte, el Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943) define esta relación mediante la figura del contrato, específicamente en el art. 18, el cual indica que una persona está obligada a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta a cambio de una remuneración de cualquier clase o forma. En este orden de ideas, la jurisprudencia

ha señalado que existen tres elementos esenciales para caracterizar la relación laboral, los cuales son: “La prestación de un servicio, que debe ser remunerado y que se desarrolle bajo subordinación, respecto del empleador” (Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, 2000, s. p).

Ahora bien, de acuerdo con el pronunciamiento DAJ-AE-808-2006 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los trabajadores tienen derecho a tiempos de descanso, el cual lo considera la doctrina como una pausa dentro de la jornada laboral, para que el trabajador pueda distraerse o reponer sus fuerzas y continuar con sus funciones. El Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943) en el art. 136, párrafo tercero indica que: “Las partes podrán contratar libremente las horas destinadas a descanso y comidas, atendiendo a la naturaleza del trabajo y a las disposiciones legales”. Asimismo, el art. 137 de esta normativa menciona que el tiempo de descanso mínimo obligatorio que se les debe dar a los colaboradores es de media hora en la jornada y debe ser de manera continua.

Por otro lado, según disposiciones del Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943), la jornada ordinaria efectiva se debe regular como se describe a continuación: máximo 8 horas en jornada diurna con una jornada semanal de 48 horas y máximo 6 horas en jornada nocturna y de 36 horas en jornada nocturna. Con la excepción de que se puede estipular una jornada ordinaria diurna de hasta diez horas y una mixta de hasta 8 horas diarias, siempre que el trabajo semanal no sea mayor que 48 horas, lo anterior de conformidad con el art. 105, inciso b) del Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943).

Se considera importante mencionar los conceptos referentes a horario y jornada para evitar la confusión entre estos términos. El primero, de conformidad con el pronunciamiento DAJ-AE-441-06 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: “Supone el lapso dentro de la jornada, en el cual se ubica el número de horas que deben laborarse como máximo en cada jornada” (p. 1) y el segundo se refiere al:

Número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en las actividades laborales, así también la jornada ordinaria de trabajo es aquella a la que está sujeto el trabajador de manera permanente y obligatoria. A la misma se le imponen límites máximos que no pueden aumentarse, a excepción de los casos en que la Ley lo permita (citado por el Pronunciamiento DAJ-AE-441-06 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

Una vez explicados estos conceptos, se debe indicar que en ocasiones el empleador se puede ver obligado a usar la figura denominada *ius variandi*, la cual, según la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en su Resolución n.º 849 del 2014, corresponde a: “La facultad que ostenta el/la empleador/a para cambiar, en forma unilateral las condiciones de la relación laboral” (Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, 2014, s. p.). Dicha facultad se puede ejercer siempre y cuando no atente contra los elementos esenciales del contrato de trabajo. Así las cosas, el patrono puede realizar cambios al horario y el trabajador debe aceptarlos, a menos que pueda demostrar que dicha modificación le estuviera perjudicando. Sin embargo, el *ius variandi* no facultaría en ningún caso al patrono a interrumpir los descansos del trabajador ni establecer conversaciones fuera del horario establecido.

Ampliando el tema de los descansos que competen a los trabajadores, también se debe mencionar el descanso semanal. Este se encuentra regulado en la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949), específicamente en el art. 59, donde se indica que todos los colaboradores tienen derecho a un día de descanso después de 6 días consecutivos de trabajo. Asimismo, se regula en el Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943) en el art. 152, estableciendo un día de descanso absoluto luego de cada semana o de cada 6 días de trabajo continuo.

Al respecto, la Sala Segunda en su resolución n.º 1196 del 2010, expresó que el patrono tiene la obligación de otorgarle al trabajador como mínimo 24 horas de descanso absoluto: “Más dentro de esas veinticuatro horas no es posible contabilizar las de descanso correspondientes al sexto día de labores, pues ello implicaría una superposición de horarios de descanso, en perjuicio directo del trabajador” (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, 2010, s. p).

En cuanto a los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica que se relacionan con el derecho a la desconexión digital, se encuentra el art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948), la cual reconoce que: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. De igual manera, se garantiza el derecho al descanso y disfrute del tiempo libre en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organización de las Naciones Unidas, 1966) en el art. 7, inciso d), el cual establece que los Estados parte deben reconocer el derecho a las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que les aseguren:

“El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

## Contenido del derecho a la desconexión digital

El derecho a la desconexión digital supone que los dispositivos tecnológicos no deben interrumpir los tiempos de descanso de los trabajadores, ya sea en un descanso dentro de la jornada laboral, o bien cuando finaliza el horario de trabajo. Al ser un concepto tan reciente, la desconexión digital aún no está previsto en la jurisprudencia costarricense, sin embargo, en años recientes se ha logrado desarrollar doctrina al respecto, así las cosas, en palabras de Trujillo (citado por Muro, 2022) este derecho es aquel que se les reconoce a:

Los trabajadores a, una vez finalizada su jornada de trabajo, poder desconectarse de cualquier tipo de dispositivo electrónico del que haga uso con fines laborales [...] Por ende, en garantía del respeto a su intimidad, vida personal y familiar, y descanso, se articula el derecho a la desconexión digital como previsión que abarca el derecho de los trabajadores a no recibir o contestar ningún correo electrónico, llamada o mensaje de carácter laboral fuera de su jornada de trabajo ordinaria (p. 11).

De conformidad con el criterio de Vallecillo (2020), la desconexión digital es: “La limitación al uso de las tecnologías de la comunicación, mensajerías y correos electrónicos en su mayor medida, para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores” (p. 214). Por otra parte, Fernández (citado por Vallecillo, 2020) lo describe como: “Un derecho con el objetivo de evitar que el trabajador (o el empleado público) se vea sometido a la presión que puede entrañar que la empresa le siga dando instrucciones o incluso órdenes fuera de su jornada laboral” (p. 64).

Arango y Preciado (citados por Moncada y Moreno, 2021) mencionan que este derecho debe tener un alcance, de manera que permita que los empleados se puedan desconectar de sus dispositivos tecnológicos cuando se encuentren fuera de su horario laboral, sin miedo a que el patrono pueda acogerse a medidas desfavorables en su contra o que le afecten sus garantías establecidas en su debido contrato de trabajo.

Para Hernández (citado por Potoy y Salazar, 2017) existen diferentes derechos fundamentales que se entrelazan directamente con los derechos de la persona trabajadora, los cuales son: derecho a trato digno, a la intimidad, al honor, inviolabilidad de domicilio, secreto de comunicaciones, inviolabilidad de documentos, libertad de tránsito, derecho al trabajo, a la libre elección de la actividad laboral, a la vida, a la integridad corporal y moral y a la salud, entre otros.

En este orden de ideas, el concepto de la desconexión está estrechamente relacionado con el derecho de la intimidad, el cual se encuentra consagrado en la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949) en el art. 24, específicamente en el párrafo primero. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), la cual se encuentra ratificada por Costa Rica, en el art. 5.1 garantiza que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. En este sentido, debe entenderse por derecho de intimidad como el derecho de toda persona de que el Estado ni personas físicas se entrometan en su vida privada.

El derecho a la intimidad es un conjunto de vivencias, experiencias, conductas y emociones que se le atribuyen a cada persona, las cuales mantiene en privado. A pesar de esto, tiene la facultad de decidir con quién compartir (Méjan, 1996, citado por Estrada, 2017). La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su Resolución n.º 172 del 2011, reconoce que:

Intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito.

Para autores como Requena (citado por Sánchez, 2020), el derecho de la desconexión digital también se relaciona con derechos como la: “Dignidad, la salud, la integridad física y moral, a la conciliación [...], a la vida privada, personal y familiar” (p. 263). En este sentido, estos derechos se transgreden con el solo hecho de que el trabajador utilice parte de su tiempo libre para atender algún trabajo que le compete únicamente en su horario laboral. De acuerdo con Sánchez (2020), en cualquier situación que el trabajador interrumpa su descanso con el

fin de realizar alguna función laboral, en sentido estricto, a la acción en sí se le atribuye la consideración de jornada de trabajo, por lo que debe reconocérsele una remuneración.

Como lo indicaba Requena (citado por Sánchez, 2020), el derecho a la dignidad es otro factor relacionado con la desconexión digital. El derecho a ser tratado de manera digna es propio de toda persona en tanto que nadie puede ser sometido a un trato cruel o humillante en ningún escenario, por lo tanto, es posible atribuir este derecho al ámbito laboral, no solamente a favor del trabajador, sino también a favor del patrono (Potoy y Salazar, 2017). En palabras de Lamm (2017), la dignidad humana es inherente al ser humano, puesto que: “La persona merece que se le reconozca, respete y por ende tutele su dignidad, atento a que ésta deriva del hecho de ser, ontológicamente, una persona y, consecuentemente, el derecho debe garantizarle esta dignidad precisamente por ser tal” (párr. 6).

En cuanto a la desconexión digital por parte de los trabajadores, la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949) establece en el art. 57 que todo trabajador tiene derecho a un salario mínimo, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. También como se indicó en el apartado de introducción del presente trabajo, el art. 56 de esta normativa menciona la dignidad del ser humano. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969) en el art. 12 reconoce que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

## **Impacto de la hiperconectividad**

Como se mencionó, la salud es un tema sumamente relacionado con la desconexión laboral, puesto que cuando el trabajador está involucrado más horas de lo que se establece en su jornada u horario laboral, su salud, tanto mental como física se desgasta con el paso de las horas. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud, 2014, s. p.). Es decir, no representa estar únicamente libre de enfermedades, sino que comprende el bienestar de manera global, involucrando la mente, el ambiente en el que se rodea una persona y su físico. Así las cosas, los empleadores tienen la obligación de resguardar el derecho a la salud de los trabajadores para evitar el desgaste de sus empleados para que puedan realizar de la mejor forma sus funciones diarias.

Aunque en la actualidad resulta un desafío desconectarse de la tecnología, es importante que los trabajadores eviten sincronizar sus correos laborales a la computadora personal o el teléfono personal para no ver en tiempo real asuntos laborales o no mantener conversaciones que se relacionan con el trabajo fuera de su horario, puesto que puede ocasionar un cuadro de estrés, lo cual afectaría eventualmente su vida en general. En palabras de Pérez (2019), la tecnología a pesar de facilitarnos la vida, también presenta el problema de no marcar la diferencia entre lo personal y laboral, produciendo la: “Eliminación de la frontera entre tiempo de trabajo y descanso, lo que podría conllevar no sólo riesgos físicos sino, especialmente, riesgos psicosociales como el tecnoestrés, fatiga informática, etc.” (p. 104).

Según un estudio de InfoJobs realizado a la población activa de España en el 2020, asegura que un 67 % afirmó que contestan correos electrónicos y responden llamadas fuera de su horario, en fines de semana e incluso en vacaciones (citado por Muro, 2022). De igual manera, un estudio de la Federación ASPA de Servicios de Prevención Ajenos señala que en España un 75 % de la fuerza de trabajo está en riesgo de sufrir los efectos de la hiperconexión laboral (citado por Muro, 2022).

Los trabajadores en Costa Rica no son la excepción, puesto que en el 2020 la psicóloga Eugenia Gamboa, especialista en psicología Laboral, realizó un estudio a más de 800 personas teletrabajadoras del sector público y privado, el cual evidenció que el 18 % de los colaboradores sufría del síndrome de *burnout* y que más del 40 % mantenían niveles altos o intermedios de tecnoestrés (Colegio de Profesionales en Psicología de Costa Rica, 2021).

A partir de estos términos que se utilizan resulta importante definir qué son y, de esta forma, entender mejor el impacto de la hiperconectividad de los trabajadores. En primera instancia, el tecnoestrés se conoce como el conjunto de efectos negativos que producen las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), al respecto, Craig Brod (citado por Salanova, 2003) lo define como: “Una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable” (p. 229). Es decir, se produce cuando las personas no controlan el impulso de utilizar de manera moderada las TIC, en cualquier momento, lugar y durante periodos prolongados. Por otra parte, el Diccionario usual del Poder Judicial lo reconoce como: “Estrés o agobio que provoca el uso de nuevas tecnologías” (Poder Judicial de la República de Costa Rica, s. f.).

Los síntomas del tecnoestrés son la: “Fatiga, insomnio, depresión, dolores de cabeza y tensiones musculares, aunque el primer síntoma que puede alertar de la presencia del tecnoestrés



son episodios de irritabilidad o resistencia obstinada a recibir instrucciones sobre el funcionamiento de cualquier elemento tecnológico” (De Prado, 2009, p. 127).

Por otro lado, el síndrome de *burnout*, también conocido como estrés laboral, Forbes (citado por Garita y Herrera, 2019) lo define como: “Un padecimiento que surge como respuesta de presiones prolongadas sufridas por elementos estresantes tanto emocionales como interpersonales estrechamente relacionados al trabajo” (p. 22).

De acuerdo con el autor Cherniss (citado por Martínez, 2010), el proceso del *burnout* se da en tres fases. En la primera denominada *fase de estrés*, se da un desequilibrio entre la demanda del trabajo y los recursos que tiene el trabajador para enfrentar dicha demanda; la segunda, *fase de agotamiento*, se lleva a cabo cuando el trabajador tiene una respuesta emocional ante el desequilibrio y la tercera, la *fase de afrontamiento*, es cuando el trabajador tiene cambios en su humor y su conducta reflejando una persona fría e indiferente con clientes o sus compañeros (Martínez, 2010).

Por otra parte, Farber (citado por Martínez, 2010) señala que existen seis escenarios, a saber:

Entusiasmo y dedicación. 2. Respuesta de ira y frustración del trabajador ante los estresores laborales. 3. No hay una correspondencia entre el esfuerzo y los resultados y recompensas. 4. Se abandona el compromiso e implicación en el trabajo. 5. Aumenta la vulnerabilidad del trabajador y aparecen síntomas físicos, cognitivos y emocionales. 6. Agotamiento y descuido (p. 50).

Para la Organización Internacional del Trabajo (2016), el estrés es una respuesta física y emocional a un daño producto de un desequilibrio entre exigencias y los recursos y capacidades percibidos del trabajador para enfrentar dichas exigencias. De igual manera, esta Organización establece que este estrés lo determina la: “Organización del trabajo, el diseño del trabajo y las relaciones laborales” (Organización Internacional del Trabajo, 2016, p. 2). Por lo tanto, es necesario que los lugares de trabajo cuenten con los procesos adecuados, cargas de trabajo niveladas y con un buen ambiente laboral para evitar que los trabajadores incurran en este tipo de estrés producto de la hiperconectividad.

De acuerdo con Cruz (2022), en el ámbito laboral existen los siguientes escenarios que obstaculizan la efectiva desconexión digital de los trabajadores:

- Alta carga laboral. Si el trabajador recibe una cantidad desproporcionada de trabajo e incluso, en ocasiones, unida a un corto plazo de entrega, es muy difícil que sea capaz de parar de trabajar una vez ha concluido su jornada máxima de trabajo.
- Presión por parte del supervisor.
- Miedo a que la desconexión se considere falta de compromiso con la organización.
- Que la cultura organizacional de la empresa sea estar disponible de forma continuada, es decir, 24 horas al día, 7 días a la semana (p. 37).

Así las cosas, los patronos deben incentivar y crear políticas de sensibilización en los lugares de trabajo sobre la necesidad del derecho de desconexión, alertando los efectos que puede ocasionar la hiperconectividad. Asimismo, cabe mencionar que este derecho no es un elemento que deba aplicar únicamente a los trabajadores, sino que es una buena práctica que aquellas personas que desarrollan puestos de supervisión o que mantienen un alto grado de responsabilidad en el trabajo respeten de igual manera su propio derecho de desconexión y que lo fomenten en la práctica. De tal forma que los colaboradores no sientan la presión de tener que responder correos, llamadas o mensajes fuera de su horario y puedan hacer valer su derecho.

En Costa Rica, el Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943) en sus arts. 195 y 197 hacen referencia a los riesgos de trabajo. Por otra parte, el art. 195 establece que:

Constituyen riesgos del trabajo los accidentes y las enfermedades que ocurran a los trabajadores, con ocasión o por consecuencia del trabajo que desempeñen en forma subordinada y remunerada, así como la agravación o reaggravación que resulte como consecuencia directa, inmediata e indudable de esos accidentes y enfermedades.

El art. 197 de la citada norma indica que:

Se denomina enfermedad del trabajo a todo estado patológico, que resulte de la acción continuada de una causa, que tiene su origen o motivo en el propio

trabajo o en el medio y condiciones en que el trabajador labora, y debe establecerse que éstos han sido la causa de la enfermedad.

De dichos conceptos se tiene entendido que no incluye los riesgos psicosociales expuestos anteriormente como riesgos de trabajo. A pesar de esto, se debe tomar en cuenta que es un Código que data de 1943 y que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que al menos el estrés laboral se puede considerar como riesgo laboral. En este sentido, en la Resolución n.º 382 del 2009 de dicha Sala se expone que un trabajador reclama un riesgo laboral por estrés para el cual resolvió:

Así, en vista de que no consta en autos ningún otro elemento probatorio que contradiga la prueba pericial examinada y de conformidad con las circunstancias analizadas, la Sala concluye que efectivamente existió una relación causal entre el daño o enfermedad que aqueja al actor y las funciones que desempeñaba con ocasión de su puesto, riesgo que, consecuentemente, debe ser indemnizado por la institución aseguradora.

Es decir, es importante probar la existencia del nexo de causalidad entre el problema de salud que presente el trabajador y las condiciones laborales, ya que en el caso de que no exista o que no se demuestre la existencia, el reclamo del riesgo no procede.

### **Legislación costarricense sobre la desconexión digital**

En Costa Rica, el derecho de la desconexión digital tomó importancia debido al teletrabajo. Esta modalidad se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico desde el 18 de septiembre de 2019 y aplica tanto para los trabajadores de la administración pública como para los trabajadores privados. Con la llegada de la COVID19 en el 2020 y el aumento de empresas que optaron más por esta modalidad, los legisladores respondieron a la necesidad de garantizarle este derecho a los trabajadores.

El teletrabajo se caracteriza por realizarse a través de las tecnologías digitales, fuera del lugar donde usualmente se llevaría a cabo la actividad por parte del empleado. Con esta premisa, se ha dado paso al irrespeto de la jornada y horario de los empleados, interrupciones en sus tiempos de descanso y a que se les exija a estar pendientes de sus tareas en horas no

laborales, puesto que se les contacta desde aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp o Teams, llamadas telefónicas o correos electrónicos. Todo lo anterior se hace en perjuicio de la salud de los trabajadores y de su tiempo libre.

Según el art. 3, inciso a) de la Ley para Regular el Teletrabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2019) esta modalidad se entiende como aquella que se lleva a cabo fuera de las instalaciones de la persona empleadora, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación. Esto sin obstaculizar el desempeño normal de otros puestos, procesos y servicios que se brindan.

El 2 de marzo del presente año se aprobó en primer debate el proyecto de ley que entraría a reformar la Ley para Regular el Teletrabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2019). Mediante esta reforma se refuerza el derecho de los teletrabajadores a su tiempo de descanso y a tener su vida privada sin que esta se vea interrumpida por asuntos laborales. Así las cosas, el 25 de abril entró en vigor al publicarse en el Diario Oficial La Gaceta, el art. 9, el inciso d), el cual indica:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior y con el fin de garantizar el respeto de su tiempo de descanso, vacaciones, permisos y su intimidad personal y familiar, la persona teletrabajadora tendrá derecho a la desconexión digital fuera de la jornada u horario establecido, salvo que se trate de situaciones imprevistas y urgentes, en las que se debe contar con su anuencia (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2022).

A partir de esto, se entiende entonces que los empleadores no están facultados a contactar a los trabajadores fuera del horario o jornada para tratar ningún asunto laboral. Sin embargo, cabe destacar que existe un vacío de ley en cuanto a las *situaciones imprevistas y urgentes* que se señalan en la reforma, puesto que en ningún artículo posterior se especifica de qué se trata. Al respecto, la abogada María Marta Salazar señala que se trata de una situación complicada, puesto que los colaboradores al estar desconectados pueden pasar por alto estos casos, asimismo, indica que es un tema del que se tiene que esperar a que los Tribunales resuelvan y que sea la jurisprudencia la que solviente este vacío legal (Revista Summa, 2022).

Desde un punto analítico, se puede deducir que estas *situaciones imprevistas y urgentes* se le atribuyen a la facultad que tiene un patrono de solicitarle al trabajador la prestación

de sus servicios en cualquier momento. Es decir, el patrono tiene la facultad de solicitarle al trabajador que preste sus servicios fuera de su horario laboral, por lo que debe cumplir con los requisitos de la figura de la jornada extraordinaria.

Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (1994) en su Resolución n.º 139 menciona:

El trabajo extraordinario se reserva para situaciones especiales, es decir, que no puede constituir una actividad normal del trabajo, pues de ser así bien podría el trabajador en alguna oportunidad, por razones personales -inclusive el cansancio-, negarse a trabajar un día, lo que de suceder, resulta lógico y fácilmente inteligible a cualquier persona.

Así las cosas, la Sala Segunda manifiesta que la jornada extraordinaria es tal y como lo dice la palabra, aplicable únicamente a momentos de excepción y que debe responder a las necesidades verdaderas de la empresa. En caso de que el empleado haya sido notificado de esta necesidad queda en la obligación de laborar horas extra, siempre y cuando la jornada ordinaria más la extraordinaria no exceda las 12 horas.

El Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943), establece en el art. 139 la regulación del trabajo fuera de lo establecido en el contrato de trabajo, a saber:

El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado.

La jurisprudencia señala que en caso de que un trabajador se niegue a la petitoria del patrono de laborar horas extra, debe justificar el motivo de impedimento, puesto que el empleado tiene el deber de colaboración con su patrono. Lo anterior se desprende del principio de la buena fe que rige la materia del derecho laboral (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, 1994).

En relación con el tema de las horas extra, es menester mencionar el concepto de la disponibilidad del trabajador, el cual la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia define como un régimen en el que se le obliga al trabajador estar pendiente y localizable en cualquier momento para realizar labores extraordinarias si así lo requiere el empleador. Lo anterior debe tener una remuneración, puesto que interfiere con las actividades propias de la vida privada del trabajador que se somete a dicho régimen, con independencia de la retribución de las horas efectivamente laboradas (Resolución n.º 15202010).

Por otra parte, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2013) en su Pronunciamiento n.º DAJ-AE-253-13, establece que la disponibilidad es un reconocimiento o compensación salarial que se les da a los trabajadores para que se mantengan atentos para realizar funciones de su cargo, ya sea fuera de la jornada ordinaria de trabajo o durante esta, en los periodos de descanso, cuando sea una necesidad imperiosa de la empresa o institución.

Aunque este régimen se utiliza generalmente por el sector público, también se aplica en el sector privado. Sin embargo, el Código de Trabajo (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1943) no menciona de manera expresa su regulación. Para ampliar el concepto de la disponibilidad, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su Resolución n.º 1520 del 2010 declara que:

El servidor o servidora puede recibir solo el pago de la disponibilidad si no es requerido o requerida para trabajar o bien, las dos retribuciones si realiza las tareas extraordinarias. Con ello no incurre en un doble pago por un mismo concepto, pues en uno y otro caso el origen de la retribución es distinto. La disponibilidad, concebida de esta forma, implica que quien esté bajo este régimen, puede salir del centro de trabajo y hacer las actividades propias de su vida privada, solo que adquiere el compromiso de estar localizable y a la espera de ser llamado o llamada por el empleador o empleadora en cualquier momento para prestar sus servicios durante ese lapso de disponibilidad, restricción a la libertad, que se retribuye generalmente mediante el reconocimiento de un *plus* salarial.

La disponibilidad de los trabajadores en el sector privado debe pactarse de manera previa y por acuerdo mutuo con los empleados que deban aplicar esta figura en razón de la naturaleza

de sus funciones y por las necesidades que la empresa tenga por los servicios que preste. Es decir, no es posible aplicar esta medida a cualquier trabajador como regla general (Zúñiga, 2021). Asimismo, Zúñiga (2021) establece que, en caso de requerir la disponibilidad de un trabajador, es importante regular esta figura mediante instrumentos como políticas internas, en las que se les garantice a los colaboradores la forma de compensar este servicio y establecer el horario, la modalidad y demás aspectos esenciales que pueden surgir de este régimen. Así las cosas, bajo esta figura el trabajador tiene el derecho de salir del centro de trabajo y disfrutar de su tiempo libre como cualquier persona al concluir su jornada laboral. Los patronos no tienen facultad para cometer ningún abuso de la disponibilidad del trabajador: “De tal manera que comprometa la vida del subalterno a un punto tal, de no tener meridiana disponibilidad de su tiempo libre, o bien no se le remunere adecuadamente ese tiempo laborado de más” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, s. p).

Una vez expuestos los temas de la jornada extraordinaria y la disponibilidad de los trabajadores, la cual se considera que está estrechamente relacionada con el derecho a la desconexión digital, resulta importante manifestar que la reforma a la Ley para Regular el Teletrabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2019) supone buscar un equilibrio con respecto al volumen de trabajo que tienen los colaboradores, respetando sus tiempos de descanso, su desarrollo social y su salud integral. A pesar de esto, no se debe dejar de lado el deber de colaboración que tiene el trabajador con su superior jerárquico. En caso de que el patrono contacte a su empleado de manera frecuente, que la situación no responda a una verdadera necesidad o emergencia de la empresa y que no se le haya consultado previamente al trabajador, se puede crear el escenario de una jornada extraordinaria, la cual debe ser debidamente remunerada.

Ahora bien, es importante mencionar que, aunque el ámbito de la ley se reduce únicamente al teletrabajo, el derecho a la desconexión laboral es aplicable para los trabajadores que cumplen sus funciones de manera presencial, puesto que es el efecto que proviene de la finalización de la jornada. Sin embargo, en el ámbito de opinión, la autora del presente trabajo de investigación considera que resulta conveniente realizar una reforma al Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943), de forma que este derecho no se reconozca únicamente en una ley especial, puesto que puede resultar un puente para malas interpretaciones.

Además, deben crearse en el Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943) sanciones económicas para los patronos que incurran en estas prácticas



de comunicación frecuente fuera del horario laboral respectivo, o bien una ley en la que se garantice el derecho a la desconexión para todos los trabajadores en sus distintas modalidades por igual, en donde se establezcan procesos administrativos para que los colaboradores puedan interponer denuncias ante el Ministerio de Trabajo o ante la administración del lugar de trabajo. Asimismo, se considera que a falta de la especificación de las citadas *situaciones imprevistas y urgentes* puede regularse por medio de reglamentos internos en los lugares de trabajo y que sean los propios patronos los que establezcan ese tipo de eventos, siempre y cuando se mantenga el debido respeto a los derechos de los trabajadores.

## Derecho comparado del derecho a la desconexión digital

En ciertos países de Europa, existen normativas respecto al derecho de la desconexión digital de los trabajadores, tal es el caso de España y Francia y, en América Latina, Colombia también ha regulado el tema. En esta sección se describen los factores que se diferencian a la normativa costarricense. A pesar de esto, siempre se toma en cuenta que todas estas normas se realizaron con el objetivo de garantizarle a los colaboradores sus debidos tiempos de descanso fuera de sus jornadas u horarios laborales.

### A) Colombia

El Congreso de la República de Colombia publicó el 6 de enero de este año la Ley de Desconexión Laboral (Congreso de la República de Colombia, 2022). Esta ley establece que es obligatorio contar con una política de desconexión laboral en los trabajos públicos y privados, en la cual se debe definir al menos: cómo se garantizará y ejecutar el derecho a la desconexión; el procedimiento para que los trabajadores puedan presentar quejas en caso de la vulneración de este derecho, que puedan ser emitidas de manera anónima o a nombre propio y un procedimiento interno para el trámite de dichas quejas que garantice el debido proceso y trate la solución del conflicto, así como la verificación de cumplimiento de lo pactado y la cesación de la conducta.

En el art. 4, párrafo segundo, remite a otra norma en tanto establece que la inobservancia de este derecho se puede constituir en una conducta de acoso laboral, en los términos y de conformidad con lo que se establece en la Ley de Acoso Laboral (Congreso de la República de Colombia, 2022). Por otro lado, también establece que a los siguientes individuos no se les garantiza el derecho a la desconexión digital: trabajadores y servidores públicos que tengan

cargos de dirección, confianza y manejo; aquellos que por la naturaleza de sus funciones deban tener una disponibilidad permanente como la policía y organismos de socorro y en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. De igual manera, esta ley faculta al trabajador privado y público que considere que su derecho a la desconexión fue vulnerado para que ponga al conocimiento de la situación al inspector de trabajo o la Procuraduría General de la Nación competente (Congreso de la República de Colombia, 2022).

#### B) Francia

En este país es el Código de Trabajo el que regula la materia en estudio. Se normativizó la desconexión laboral por medio de la Ley n.º 20161088 conocida como El Khomri (Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España, 2021, s. p). El empleador, a falta de un acuerdo con el asalariado debe crear un estatuto, el cual debe definir cuáles son las modalidades del ejercicio de este derecho; la ejecución de acciones de formación y sensibilización en el uso racional de las TIC para los trabajadores y el personal de supervisión y directivo (Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España, 2021).

De acuerdo con lo dispuesto en la Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral (Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España, 2021), en este país el artículo que regula este tema es impreciso y no existe obligación para llegar a un acuerdo entre el empleador y el asalariado. Tampoco hay sanción en caso de que el patrono no realice el estatuto correspondiente.

Los estatutos o acuerdos deben contener al menos los siguientes aspectos: establecer un diagnóstico, antes de iniciar la negociación o redactar el estatuto, es decir, en cada caso es diferente el escenario según las medidas por adoptar de acuerdo con el tamaño de la empresa, número de trabajadores, etc. Se debe establecer la regulación de las TIC; fijar normas para el buen uso de las herramientas digitales para los colaboradores y replantearse, de ser necesario y posible, la relación con clientes. Esto se da cuando los clientes exigen una respuesta inmediata a sus solicitudes (Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España, 2021).

#### C) España

En España el derecho a la desconexión digital se garantiza por medio de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (Cortes Generales

del Reino de España, 2018). En el art. 88 específicamente trata del derecho en estudio y en su inciso 3 expresa que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, debe realizar una política interna para sus colaboradores y aquellos que estén en puestos directivos, en la que se definan las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las TIC (Cortes Generales del Reino de España, 2018).

Esta ley de igual manera añade el art. 20 bis a la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el cual reafirma el derecho a la intimidad de los colaboradores en cuanto al uso de herramientas digitales puestas a su disposición por el empleador (Cortes Generales del Reino de España, 2018). Por otra parte, en este país tienen sanciones por vulnerar los derechos digitales contenidos en la Ley Orgánica 3/2018, los cuales se rigen a partir de la Ley sobre Infracciones y Penalidades del Orden Social. Las multas van desde los €620 y €6,250 por concepto de infracción grave por transgresión de límites acordados en jornada laboral y hasta los €187,515 por faltas graves a la vulneración del derecho a la intimidad y la dignidad de los trabajadores (Sagawa, 2021).

## Conclusiones

Después del análisis exhaustivo sobre el alcance del concepto del derecho de desconexión digital, se concluye que este es una nueva noción para el ordenamiento jurídico costarricense. A pesar de esto, es un refuerzo al derecho de los trabajadores de dejar de realizar sus labores una vez que concluya su jornada u horario. Por otra parte, este concepto también implica implícitamente que los patronos están en la obligación de abstenerse de contactar constantemente a sus empleados fuera de lo establecido en el contrato laboral a no ser por necesidades verdaderas de la empresa o institución correspondiente.

La autora del presente trabajo de investigación considera que la reforma a la Ley para Regular el Teletrabajo es acertada, puesto que es importante que los trabajadores tengan una vida fuera del trabajo, que cuenten con derecho al ocio, a descansar y a tener tiempo con su familia. Sin embargo, también considera que es necesario ampliar el alcance de este derecho para todos los colaboradores, puesto que aquellos que realizan sus labores en el lugar de trabajo también son sujetos de arbitrariedades con respecto a las comunicaciones una vez que se encuentran fuera de la oficina a altas horas de la noche, o bien antes de que empiece el horario laboral.

Lo anterior dicho, no estipulándose en contra de la facultad que tienen los patronos para solicitar a sus empleados laborar horas extra, puesto que ya es un derecho que tienen los patronos que se encuentra regulado en el Código de Trabajo (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1943). Sin embargo, en este tema, los patronos deben considerar que, aunque el ordenamiento jurídico les da esa posibilidad, la jurisprudencia es muy clara al indicar que el trabajador tiene la obligación de realizar esas horas extra, únicamente procede en casos esporádicos y cuando la empresa realmente considere que sea una necesidad urgente. No procede que la solicitud por parte del patrono sea constante y que represente en la vida del trabajador lo que se expuso sobre la hiperconectividad, puesto que puede afectar la salud de la persona. De igual manera, no se debe ir en contra del deber de colaboración del trabajador o de la figura de la disponibilidad, puesto que son términos establecidos en la jurisprudencia y en la doctrina.

En cuanto a la regulación de Costa Rica en el ámbito de derecho comparado, se puede tomar como referencia la regulación de Colombia y crear en el futuro una ley específica para el tema de la desconexión digital, o bien como se mencionó, una reforma al Código de Trabajo en donde se garantice este derecho para todos los trabajadores independientemente de la jornada u horario laboral. De esta ley de Colombia, en opinión de la autora, parece acertado que la inoperancia de este derecho se catalogue como acoso laboral, ya que al fin de cuentas puede constituir un acoso que el patrono contacte por llamadas o mensajes al trabajador a deshoras.

Aunque se reconoce que los legisladores hicieron un esfuerzo por reconstruir la línea entre la vida laboral y la personal, lo cierto es que la reforma del art. 9 de la Ley para Regular el Teletrabajo es escueta. Además de no especificar cuáles escenarios aplicarían dentro de las llamadas *situaciones imprevistas y urgentes*, carece de carácter sancionatorio para los patronos el no respetar este derecho de los trabajadores y queda a disposición y buena fe de los patronos su cumplimiento o no. De manera que en la práctica la plena eficacia y el ejercicio de dicho derecho es difícil de alcanzar y de controlar.

Al respecto, se recomienda a las empresas o instituciones realizar mediante políticas internas o comunicado un compromiso con los trabajadores de distribuir la carga laboral para que no se deba extender la jornada ordinaria de trabajo. Adicionalmente, importa mencionar en estas directrices que el patrono debe velar porque las situaciones en las que se necesite de los servicios de los colaboradores sean debidamente comunicadas con un margen de tiempo para que el trabajador pueda responder y que sea con causa debidamente justificada y no producto de reiteradas o circunstancias arbitrarias.

Asimismo, los patronos deben velar por la salud de los trabajadores para que se mantengan con un estado emocional y físico adecuado, deben implementar políticas de prevención de los riesgos de trabajo, entre estos los riesgos psicosociales. Además, crear estrategias para controlarlos o eliminarlos y suministrar información en general, sobre cómo prevenir el estrés y demás riesgos psicosociales en los colaboradores.

El derecho a la desconexión digital por ahora representa un terreno inexplorado, ya que no se ha logrado crear jurisprudencia al respecto para entender verdaderamente sus alcances en el ordenamiento jurídico. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia es la responsable de señalar lo pertinente para este derecho de los trabajadores.

## Referencias

- Aguilera, R. (2013). Identidad y diferenciación entre método y metodología. *Estudios Políticos*, (28), 81-103. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-16162013000100005](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162013000100005)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2019). *Ley para Regular el Teletrabajo*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753)
- Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. (1949). Constitución Política de Costa Rica. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Pearson. <https://abacoenred.com/wp-content/uploads/2019/02/El-proyecto-de-investigaci%C3%B3n-F.G.-Arias-2012-pdf.pdf>
- Colegio de Profesionales en Psicología de Costa Rica. (2021). *Estudio revela que Síndrome de Burnout afecta al 18% de las personas encuestadas que laboran en teletrabajo*. <https://psicologiacr.com/estudio-revela-que-sindrome-de-burnout-afecta-al-18-de-las-personas-encuestadas-que-laboran-en-teletrabajo/>

- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1943). *Código de Trabajo*. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?n-Valor1=1&nValor2=8045](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?n-Valor1=1&nValor2=8045)
- Congreso de la República de Colombia. (2022). *Ley de Desconexión Laboral*. <https://www.pwc.com/co/es/prensa/Articulos/ley-2191-de-2022.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (1994). *Sala Segunda. Resolución n.º 00139-1994*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-214839>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2000). *Sala Segunda. Resolución n.º 00095 - 2000*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-145991>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2009). *Sala Segunda. Resolución n.º 00382-2009*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-825706>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2010). *Sala Segunda. Resolución n.º 01196 - 2010*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-825356>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2010). *Sala Segunda. Resolución n.º 01520-2010*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-492231>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2011). *Sala Segunda. Resolución n.º 00172-2011*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-503391>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2014). *Sala Segunda. Resolución n.º 00849-2014*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-836486>
- Cortes Generales del Reino de España. (2018). *Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de Derechos Digitales*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>
- Cruz, S. (2022). *Desconexión digital en el ámbito laboral*. Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/59008/DERECHO%20A%20LA%20DESCONEXION%20DIGITAL.pdf?sequence=1>

- De Prado, A. (2009). Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral. *Temas Laborales*, (10), 123-155. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3096343.pdf>
- Estrada, J. (2017). *El derecho a la intimidad y su necesaria inclusión como garantía individual*. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/86.pdf>
- Eurofound y Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Trabajar en cualquier momento y cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--sro-santiago/documents/publication/wcms\\_723962.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--sro-santiago/documents/publication/wcms_723962.pdf)
- Garita, L. y Herrera, J. (2019). *El Síndrome de Burnout según la teoría de Maslach y Jackson como factor estresor en el desempeño laboral del personal administrativo, caso Departamento de Registro de la Universidad Nacional de Costa Rica* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Administración de Oficinas, Universidad Nacional, Costa Rica). <https://repositorio.una.ac.cr/bitstream/handle/11056/21144/TFG%20Lilliana%20Garita%20y%20Jos%C3%A9%20Herrera%20-%20Síndrome%20de%20Burnout%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernández, R.; Fernández, C. y Baptista, P (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Education. <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/investigación.pdf>.
- Lamm, E (2017). La dignidad humana. *Ministerio de Salud de la República de Argentina*. <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/30>.



- Marceth, M. y Bogantes, G (2006). *La pérdida de confianza como causal de despido en el régimen jurídico laboral costarricense: Análisis doctrinario y jurisprudencial* (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad social, Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica). <https://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/handle/120809/1429/La%20perdida%20de%20confianza%20como%20causal%20de%20despido.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Martínez, A. (2010). El Síndrome de Burnout. Evolución conceptual y estado actual de la cuestión. *Revista de Comunicación Vivat Academia*, (112), 42-80. <https://www.vivatademia.net/index.php/vivat/article/view/192/188>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la República de Costa Rica. (2006). *Pronunciamento DAJ-AE-808-06*. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamentos/daj-ae-808-06%20descansospara%20cafe-Josh%20Madrival.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la República de Costa Rica. (2006). *Pronunciamento DAJ-AE-441-06*. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamentos/daj-ae-441-06%20Luis%20Eduardo%20Chacon%20Porras-cambio%20de%20%20jornada.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno de España. (2021). *Actualidad Internacional Sociolaboral*, (212), 192-203. [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista\\_ais/212/REVISTA\\_212.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/212/REVISTA_212.pdf)
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2013). *Pronunciamento n.º DAJ-AE-253-13*. <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamentos/daj-ae-253-13%20Felix%20Salas,%20Colypro,%20ius%20variandi,%20disponibilidad.pdf>

- Moncada, P. y Moreno, L. (2021). *El derecho a la desconexión laboral: a propósito de las implicaciones de la Revolución 4.0* (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Autónoma Latinoamericana). [http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/2035/1/unaula\\_rep\\_pre\\_der\\_2021\\_derecho\\_desconexion\\_laboral\\_revolucion\\_4.0.pdf](http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/2035/1/unaula_rep_pre_der_2021_derecho_desconexion_laboral_revolucion_4.0.pdf)
- Muro, N. (2022). *La desconexión digital en el ámbito de las relaciones laborales*. Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/59009/TFG%20-%20Muro%20Godino%2C%20Natalia.pdf?sequence=1>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=11190&nValor3=12008&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=11190&nValor3=12008&strTipM=TC)
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *El estrés en el trabajo: un reto colectivo*. <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2016/490658.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (2014). *Documentos Básicos*. <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>
- Pérez, A. (2019). La desconexión digital en España ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 101-124. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6883975>

- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (s. f.). *Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica*. <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/47727:tecnoestr%C3%A9s>
- Potoy, K. y Salazar, V. (2017). *Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos constitucionales de los trabajadores* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Costa Rica). <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Keylin-Potoy-Sequeira.-Viviana-Salazar-Navarro.-Tesis-completa.pdf>
- Quecedo, R. y Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*, (14), 5-39. <https://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>
- Revista Summa. (2022). *Costa Rica: Ley sobre desconexión digital ya entró en vigencia ¿qué debe saber?* <https://revistasumma.com/costa-rica-ley-sobre-desconexion-digital-ya-entro-en-vigencia-que-debe-saber/>
- Sagawa, C. (2021). Desconexión digital: todo lo que dice la legislación y sanciones. *Day.Io*. <https://day.io/es/blog/desconexion-digital-todo-dice-legislacion-sanciones/#ancora01>
- Salanova, M. (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, (19), 225-246. <https://www.redalyc.org/pdf/2313/231318057001.pdf>
- Sánchez, C. (2020). Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español. *Revista de Derecho*, (21), 247-275. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2914/2449>
- Touriñán, J. y Sáez, R. (2006). La metodología de investigación y la construcción del conocimiento de educación. *Revista Galega do Ensino*, (48), 375-410. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2554505>

- Vallecillo, M. (2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, (8), 210-238. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7306920>
- Zúñiga, C. (2021). Disponibilidad laboral. *GLC Abogados*. <https://glcabogados.com/blog/disponibilidad-laboral-costa-rica/>

# La separación de poderes costarricense. Divide y sobrevivirás: una evaluación de la resiliencia de la democracia costarricense

*The Costa Rican separation of powers. Divide and survive: an assessment of the resilience of Costa Rican democracy*

Dennis P. Petri<sup>1</sup>

## Resumen

El difunto Giovanni Sartori declaró una vez en una entrevista televisiva que las asambleas son pésimas redactoras de constituciones. La Asamblea Constituyente de Costa Rica de 1949 debió ser una excepción, pues produjo un texto constitucional coherente y previsor que sigue vigente hoy en día. Unas 62 reformas constitucionales no han alterado su visión original, sino que la han perfeccionado. La Constitución de 1949 tiene sus detractores, pero es innegable que, en virtud de ella, Costa Rica ha celebrado elecciones ininterrumpidas desde 1953, lo que la convierte en la democracia electoral más antigua de América Latina, tanto en términos procedimentales como sustantivos. En este ensayo se explora la resiliencia de la democracia costarricense. En primer lugar, se ofrece una visión general de las explicaciones más comunes sobre la transición democrática y la estabilidad de Costa Rica. A pesar del valor de estas explicaciones, subestiman el papel esencial de las disposiciones institucionales de la Constitución de 1949. Se argumenta que la resiliencia de la democracia costarricense también se explica por su diseño institucional, en particular por la forma en la que compartimenta el poder en el sistema político, tanto horizontal como verticalmente. En tercer lugar, se examinan las críticas a la calidad de la democracia costarricense. Para finalizar, se demuestra que Costa Rica no es inmune al retroceso democrático, no obstante, sus efectos son menos pronunciados que en otros países, precisamente por la manera en la que se diseñó el sistema político. Por último, se concluye cómo esta *separación de poderes costarricense* puede servir de modelo para ingenieros constitucionales.

---

1 Politólogo y doctor en Filosofía Política (Vrije Universiteit Amsterdam); profesor de Estudios Generales y de Relaciones Internacionales, y jefe de la Cátedra de Humanidades, ULACIT. Correo electrónico: dpetrix316@ulacit.ed.cr. Código ORCID: 0000-0002-7473-2576.

## **Abstract**

The late Giovanni Sartori once declared in a television interview that assemblies are terrible Constitution writers. The Constituent Assembly of Costa Rica of 1949 must have been an exception. It produced a coherent and foresighted constitutional text that is still in force today. Some 62 constitutional reforms have not altered its original vision, but rather refined it. The 1949 Constitution does have its critics, but it is undeniable that under this Constitution, Costa Rica has had uninterrupted elections since 1953, making it Latin America's oldest electoral democracy, both in procedural and substantive terms. In this paper, I explore the resilience of Costa Rican democracy. I first provide an overview of the most common explanations of Costa Rica's democratic transition and stability. I find that notwithstanding the value of these explanations, they underexpose the essential role of the institutional arrangements of the 1949 Constitution. I argue that the resilience of Costa Rica's democracy is also explained by its institutional design, in particular the way in which it compartmentalizes power in the political system, both horizontally and vertically. Third, I consider criticisms of the quality of Costa Rica's democracy. I show that Costa Rica is not immune to democratic backsliding, but that its effects are less pronounced than in other countries, precisely because of the way the political system was designed. Finally, I conclude how this "Costa Rican Separation of Powers" could serve as a template for constitutional engineers.

## **Palabras clave**

Costa Rica; sistema político; democracia; separación de poderes; estabilidad política.

## Revisión de los factores explicativos comunes de la transición democrática y la estabilidad de Costa Rica

La cuestión de por qué Costa Rica se convirtió en una democracia en 1949, especialmente después de la mortífera guerra civil de 1948, ha sido objeto de un largo debate entre historiadores y politólogos extranjeros y costarricenses. Se han esgrimido argumentos muy diversos. Tradicionalmente, se ha afirmado que la estabilidad de la democracia costarricense fue el resultado inevitable de una sociedad racialmente homogénea y relativamente igualitaria (Monge, 1966; Aguilar, 1984; Albertazzi, 1987). Aunque con el tiempo surgió una élite cafetalera, el país vivió una experiencia atípica durante el periodo colonial, ya que la ausencia de un gran número de indígenas y la falta de recursos minerales hacían que la nación no fuera atractiva para un asentamiento español extensivo. En comparación con otras partes del Imperio español, Costa Rica era más pobre y estaba menos poblada, lo que según esta opinión sirvió de base a una sociedad igualitaria que resultó ser un fundamento ideal para la democracia. Esta explicación, sin embargo, no es del todo convincente. Como sostiene Lehoucq (1996), la relación entre sociedades igualitarias y democratización no es automática si no va acompañada de reformas institucionales.

Muchos citan también la abolición sin precedentes del ejército permanente en 1948 por el Ejército de Liberación Nacional, que había salido victorioso de la Guerra Civil, como una razón práctica interna que hizo literalmente imposibles las dictaduras militares. Generalmente, se asume que la abolición del ejército por parte de este grupo fue inicialmente interesada. De hecho, como argumentan Hoivik y Aas (1981), la desmilitarización fue una respuesta a un conflicto interno -una forma conveniente de evitar un golpe militar contra la Juntamás que una política internacional deliberada. A pesar de lo anterior, la abolición del ejército se transformó posteriormente en lo que Dabène (1992), Cruz (2005), Huhn (2008) y otros han denominado un mito fundacional de Costa Rica: una poderosa narrativa, cuidadosamente mantenida a través de la propaganda y la educación, elaborada para hacer de la abolición del ejército el símbolo de la identidad pacifista y democrática del país. Independientemente de la manipulación de la historia, la prevalencia de este mito fundacional creó una realidad sociológica: los costarricenses siguen extremadamente apegados a la democracia como sistema de gobierno, por más decepcionados que se hayan sentido con el desempeño de las instituciones políticas y la corrupción de los principales políticos en las últimas décadas, como lo demuestran reiteradamente las encuestas de opinión (Alfaro *et al.*, 2014).

Una parte importante del mito fundacional es la noción de que la abolición del ejército liberó presupuesto de defensa para invertir en educación, sanidad y desarrollo social. Esto se



conoce a menudo como el argumento de los *dividendos de la paz* (Meulewaeter, 2016). La validez empírica de esta afirmación es cuestionable. Por supuesto, no tener que mantener un ejército libera presupuesto que puede gastarse en otras cosas, pero también hay muchos países con altos niveles de desarrollo que siguen teniendo ejército. En cualquier caso, Costa Rica logró importantes resultados socioeconómicos y, actualmente, se considera un país de renta media-alta, con un índice de desarrollo humano superior a 0,8 (PNUD, 2022). Su economía se ha expandido de forma constante a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, aunque el crecimiento económico se ha ralentizado en la década de 1980. De hecho, durante mucho tiempo, la democracia costarricense aportó mejoras tangibles, en términos de movilidad social ascendente, sanidad universal y educación pública gratuita, lo que otorgó al sistema una amplia legitimidad (Dabène, 1992).

Apuntando a la supuesta singularidad de Costa Rica, Booth (2008) argumenta que la democratización de Costa Rica no fue excepcional en el sentido de que siguió un camino similar al de sus países vecinos. Desde su independencia en 1821, la historia política de Costa Rica ha estado tan plagada de abusos de poder, golpes de estado y fraudes electorales como la de cualquier otro país de la región (Pérez, 2018; Lehoucq y Molina, 2006; Yashar, 1997). Los dos únicos aspectos que diferencian a Costa Rica de sus vecinos, según Booth (2008), son que se democratizó mucho antes y que se mantuvo democrática entre los años 50 y 80, cuando casi todos los demás países de la región latinoamericana se convirtieron en dictaduras militares.

En cuanto al primer aspecto, Booth (2008) sostiene que, de acuerdo con las predicciones de la teoría de la democratización, se cumplieron todas las condiciones (en particular, unos niveles mínimos de alfabetización y desarrollo) para que Costa Rica realizara su transición a la democracia. Con respecto a la resiliencia de la democracia costarricense, Booth (2008) cita consideraciones de política exterior estadounidense: aunque el Partido de Liberación Nacional, el partido político dominante en Costa Rica en aquella época, era un partido socialdemócrata, también era anticomunista (y el Partido Comunista estaba ilegalizado), por lo que Estados Unidos no tenía motivos para apoyar dictaduras militares de derechas en el país.

Sin rechazar el valor de la teoría de la democratización, Lehoucq (1996) hace hincapié en las explicaciones de la democratización de Costa Rica con base en disposiciones institucionales. Sostiene, de forma bastante convincente, que una de las razones por las que Costa Rica siguió siendo democrática es anterior a la revolución de 1948 y a la Constitución de 1949. Describe cómo a principios del siglo XX Costa Rica empezó a alejarse de un sistema político con una presidencia todopoderosa. De hecho, antes de las reformas constitucionales de 1910, la Constitución de 1871 otorgaba a la Presidencia un poder abrumador, de modo que

a la oposición le quedaban pocas opciones, salvo la rebelión, para influir en el curso de las políticas públicas. A los gobernantes en ejercicio les resultaba *demasiado tentador* no usar los poderes presidenciales para ganar las elecciones, como convocar la Comisión Permanente para eludir al Congreso y declarar el estado de sitio durante las campañas electorales. En cambio, con una Presidencia más débil, así como con la amenaza de ser derrocados, los titulares desistieron de imponer a sus sucesores en la Presidencia. Del mismo modo, los partidos que no consiguieron hacerse con la Presidencia fueron compensados con la posibilidad de ocupar cargos legislativos. Es decir, cuando el sistema político costarricense dejó de ser un sistema de suma cero en el ganador se lo lleva todo, comenzó a experimentar menos inestabilidad política.

Dabène, por otra parte, insiste en lo que denomina *la fórmula política* de Costa Rica, que se centra en las *recetas* que preservan la estabilidad democrática. En lugar de señalar un conjunto de factores explicativos, trata de describir las múltiples condiciones (mecanismos y funciones de estabilización) que afectan a la estabilidad democrática. Entre los primeros, Dabène cita los factores sociales (incluida la estructura social relativamente homogénea de Costa Rica, la movilidad social ascendente y las políticas redistributivas que ya se mencionaron), pero también una cultura política capaz de reducir las tensiones sociales y conjurar la amenaza de movilizaciones sociales masivas mediante mecanismos de mediación informales heredados de la dependencia mutua de patronos y clientes que surgió en la economía del café. Además, Dabène busca explicaciones en la capacidad del sistema político costarricense para garantizar un nivel mínimo de confianza política a través de una especie de propaganda. Por último, cita la alta legitimidad del régimen basada en el contraejemplo de los países vecinos, un punto también señalado por Cruz (2005).

Puede que algunas de las teorías presentadas tengan más poder explicativo que otras. A pesar de esto, pueden tomarse como explicaciones complementarias de la transición democrática y la estabilidad de Costa Rica, en línea con el enfoque holístico de la *fórmula política* de Dabène. Un aspecto importante, sin embargo, no ha recibido la atención que merece: la importancia de las disposiciones institucionales de la Constitución de 1949. En la próxima sección se examina más detenidamente este factor que no ha recibido la atención que merece.

## **El genio de la Constitución de 1949: dividir y sobrevivir**

Tras la Guerra Civil de 1948 (12 de marzo-24 de abril), la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de Costa Rica de 1949 tenía dos preocupaciones principales: la primera era

asegurar que, a partir de ese momento, se respetaría el proceso democrático y la segunda era garantizar la permanencia de las normas liberales de seguridad social y educación universal que se implantaron en la década de 1940 en el caso de la seguridad social y ya en 1886 en el caso de la educación (Castro Vega, 2007).

En la cultura política costarricense, estas dos preocupaciones siempre se han considerado interrelacionadas. Para salvaguardar el proceso democrático, los miembros de la Asamblea Constituyente de 1949 imaginaron un sistema político basado en una estricta separación de poderes (tanto entre los tres poderes constitucionales como dentro del ejecutivo), junto con un tribunal electoral independiente, normas progresistas de derechos humanos y todo tipo de medidas para evitar la concentración de poder en manos de una sola institución política.

Como argumenta Lehoucq (1996): “Lo que ha agravado o incluso creado conflictos e inestabilidad en América Latina es la práctica común de dotar a los jefes ejecutivos de poderes extraordinarios” (p. 354). Costa Rica hizo exactamente lo contrario e implantó un sistema político que pone importantes límites al Poder Ejecutivo y en el poder está compartimentado, tanto entre las instituciones políticas como dentro de ellas (horizontal y verticalmente). A continuación, se examinan detenidamente estas disposiciones institucionales, que tienen en común proteger la democracia evitando intencionadamente la concentración de poder en una amplia variedad de ámbitos. Esto se denomina estrategia de *divide y sobrevivirás*.

El primer aspecto por destacar son las normas liberales de derechos humanos y seguridad social que conforman una parte importante de la Constitución de 1949. Menos de 1 año después de terminada la Guerra Civil costarricense y a pocas semanas de que la Asamblea Constituyente iniciara sus trabajos, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con el voto favorable de la delegación de Costa Rica. Es interesante observar que, aunque el texto constitucional de 1949 contiene los mismos derechos humanos que esta declaración internacional, los organiza de manera diferente. La Constitución de 1949 también incluye un amplio conjunto de *garantías sociales*, lo que da una base constitucional a las previsoras reformas de la seguridad social que se emprendieron en la década de 1940. Las reformas constitucionales de los años 90 y 2010 han ampliado aún más estos derechos.

La consagración constitucional de lo que más tarde se conocería internacionalmente como derechos humanos de primera y segunda generación es importante. Los derechos de primera generación, aplicados por los tribunales crean límites firmes al alcance de los poderes

ejecutivo y legislativo e impiden que el gobierno se extralimite. Los derechos de segunda generación institucionalizan la educación, la seguridad social y la protección del ambiente como políticas de estado (en contraposición a las políticas gubernamentales), situando al país en una senda de desarrollo que no puede verse afectada fácilmente por los cambios de las mayorías políticas.

Estos derechos humanos se aplican por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, especialmente desde la creación en 1989 de una Sala Constitucional muy asertiva, conocida popularmente como Sala IV, que tiene la facultad de anular actos y leyes inconstitucionales y también sirve de árbitro cuando surgen conflictos de competencia entre poderes. Además, las personas ciudadanas que sospechen que sus derechos constitucionales son violados pueden recurrir a la Sala Constitucional, incluso por acciones u omisiones de la administración pública (Wilson y Rodríguez, 2013), imponiendo efectivamente *límites a la autoridad legislativa de los políticos elegidos democráticamente*, como parte de la doctrina de los derechos fundamentales de Ackerman (2000).

El segundo arreglo institucional es el delicado equilibrio alcanzado entre los poderes Ejecutivo y Legislativo (Diamond, 1997; Linz y Valenzuela, 1994; Stein *et al.*, 2006; Mainwaring y Shugart, 1997; Morgenstern, 2002). Costa Rica, a pesar de ser un régimen presidencialista, tiene una de las instituciones presidenciales más débiles de todos los países latinoamericanos, como demostró Payne (2007) en su comparación de los poderes presidenciales en América Latina. Esto no quiere decir que *el presidencialismo* —el tradicional dominio de la institución presidencial (Lehoucq, 1996)— no sea un problema en Costa Rica. A pesar de esto, está mitigado por una serie de restricciones institucionales al Poder Ejecutivo, lo que hace que el *presidencialismo mitigado* sea una descripción más apropiada del sistema político costarricense. Estas limitaciones institucionales incluyen la prohibición de la reelección directa del presidente (lo que hace que el presidente sea efectivamente un pato cojo (*lame duck*) en el último año de su mandato), áreas limitadas para el gobierno por decreto, el requisito de obtener la aprobación parlamentaria para decisiones políticas clave como la política exterior o la defensa nacional (autoridad legislativa compartida) y la exclusión del presupuesto anual, que quizás sea la ley más importante que se aprueba cada año, del derecho de veto presidencial. Además, los magistrados del Poder Judicial no se nombran por el presidente, sino por mayoría cualificada de la Asamblea Legislativa. Asimismo, el presidente solo controla la agenda legislativa la mitad del año, convocando *sesiones extraordinarias*.

El predominio del Ejecutivo es aún menos pronunciado cuando el presidente no dispone de mayoría política en la Asamblea Legislativa, lo que constituye una característica estructural

del sistema político desde 2002. Esto se relaciona con el tercer arreglo institucional: el uso de la representación proporcional para elegir a los diputados de la Asamblea Legislativa<sup>2</sup>. Aunque la Asamblea Constituyente no lo previó en el momento, el efecto de este sistema electoral no es solo generar un sistema multipartidista (en línea con la ley de Duverger), sino también frecuentes *gobiernos divididos* (presidentes sin mayorías parlamentarias)<sup>3</sup>.

Según Skach (2007) la combinación de regímenes presidencialistas y representación proporcional es problemática porque, en su opinión, los regímenes presidenciales sin mayorías legislativas suelen conducir a un uso inflacionario de decretos presidenciales y de poderes de veto y de emergencia, lo que puede llevar a una *dictadura constitucional*. Sin embargo, esto claramente no se aplica a Costa Rica, porque el uso de tales decretos está claramente limitado por la Constitución (Payne, 2007) y la Sala Constitucional no escatima en declarar inconstitucionales los actos de la Presidencia.

Además, debe considerarse la alternativa: ¿es realmente preferible un presidente que cuenta con la mayoría leal en el Parlamento? Eso puede ser igual de antidemocrático, si no más, porque le permite controlar el proceso legislativo hasta tal punto que la separación de poderes queda anulada de hecho y neutraliza cualquier forma de control parlamentario<sup>4</sup>. Por el contrario, la existencia de una oposición parlamentaria fuerte puede concebirse como un contrapeso necesario a la Presidencia.

El cuarto arreglo institucional es la separación horizontal de poderes, de gran alcance, que integra algunos elementos de la *especialización funcional* de la administración pública que propugna Bruce Ackerman en su trabajo seminal *The New Separation of Powers* (2000). De hecho, Costa Rica cuenta con unos 60 organismos de la administración central (que se

2 Costa Rica utiliza un sistema de representación proporcional aplicado en siete distritos electorales, basado en una adaptación de la cuota Hare, para elegir a sus representantes en el Poder Legislativo.

3 Bajo el mismo sistema de representación proporcional, entre 1953 y 2002, Costa Rica tuvo un sistema bipartidista. Esto aparentemente contradice la ley de Duverger que predice que este tipo de sistemas electorales tiende a conducir a sistemas multipartidistas. La explicación de la estabilidad del bipartidismo durante este periodo, sin embargo, no reside en explicaciones institucionales, sino más bien en explicaciones históricas y sociológicas como los efectos duraderos de la bipolarización del país como consecuencia de la Guerra Civil de 1948, la fuerte influencia personal de los líderes de los dos grandes partidos y el *efecto arrastre* (*bandwagon effect*) de la simultaneidad de las elecciones presidenciales y legislativas. Con los cambios generacionales y un descontento cada vez mayor con los partidos políticos tradicionales (Lehoucq, 2005; Seligson, 2002), estos factores se han ido desvaneciendo gradualmente, llevando al sistema de partidos a lo que puede considerarse su estado natural: un sistema multipartidista.

4 Esto también constituye una amenaza real en los regímenes parlamentarios, en los que los acuerdos de coalición herméticos excluyen de hecho a la oposición parlamentaria de desempeñar cualquier papel político significativo.

denominan instituciones autónomas) que gozan de independencia presupuestaria y se especializan en tareas técnicas y en la prestación de servicios públicos como la sanidad, la electricidad o la atención a la infancia y quedan en gran medida fuera de la esfera de influencia del presidente (Lehoucq, 2010). La existencia de este tipo de organismos no es infrecuente en otros contextos (Chandler, 2014). A pesar de esto, en el caso de Costa Rica excluyen de hecho al presidente de ámbitos políticos enteros y permiten desconcentrar y despolitizar tareas gubernamentales esenciales.

El quinto arreglo institucional de la estrategia costarricense de *divide y sobrevivirás* es la prohibición de la reelección directa, tanto de los diputados como de la presidencia y sus dos vicepresidentes. Para ser reelegidos, los diputados deben esperar un mandato completo y los presidentes o vicepresidentes incluso 8 años<sup>5</sup>. Al igual que otros arreglos institucionales, estas disposiciones se crearon con el propósito intencionado de limitar la capacidad de los políticos de aferrarse al poder.

Se introdujeron restricciones similares en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, que divide cada mandato constitucional de 4 años en cuatro periodos o legislaturas de 1 año. Durante cada uno de estos periodos, el presidente y todo el Directorio de la Asamblea Legislativa se nombran de nuevo. La reelección del presidente es poco frecuente. Lo mismo ocurre con las presidencias de las comisiones legislativas permanentes: aunque en la práctica hay más continuidad en estos cargos, solo constituyen nombramientos de 1 año (Vargas y Petri, 2007).

El sexto arreglo institucional es la autonomía del Tribunal Supremo Electoral que constituye, desde una reforma constitucional de 1965, un cuarto poder institucional, al mismo nivel que los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Esta institución es la máxima autoridad en materia de procesos electorales. Además, es responsable del mantenimiento del Registro Civil, principalmente para evitar cualquier riesgo de manipulación del censo electoral por parte de los políticos. Sus magistrados son elegidos por el Poder Judicial, lo que hace muy improbable la influencia partidista. Esto corresponde verdaderamente a *la rama de la democracia* que reclama Ackerman (2000).

Por último, la obsesión por compartimentar el poder también se observa en el ámbito de la política de seguridad. Como ya se ha dicho, Costa Rica dio en 1948 el paso sin precedentes de suprimir su ejército permanente. El hecho de que Costa Rica no tuviera ejército no basta

5 La reelección directa del presidente se prohibió totalmente mediante una reforma constitucional de 1969, pero la Sala Constitucional la declaró inconstitucional en una polémica sentencia de 2003.



por sí solo para explicar por qué siguió siendo democrática. En ausencia de un ejército permanente, los golpes de Estado militares son en efecto imposibles. A pesar de esto, esto no excluye los golpes de Estado de otros actores, ya que pueden haberse formado milicias o los servicios de policía pueden haberse rebelado. Esto no era en absoluto improbable, teniendo en cuenta toda la agitación en Centroamérica durante la segunda mitad del siglo XX.

Lo que a menudo se olvida es que cuando Costa Rica abolió su ejército también implantó un sistema, único en el mundo, en el que las fuerzas de seguridad del país estaban intencionalmente compartimentadas. De hecho, aunque hay una fuerza policial principal que depende del Ministerio de Seguridad Pública, muchas divisiones policiales especializadas dependen de otros departamentos, como el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de la Presidencia, etc. Además, existe una unidad de policía de investigación que pertenece al Poder Judicial. Asimismo, durante los procesos electorales, la autoridad de la fuerza policial descansa temporalmente en el Tribunal Supremo de Elecciones. Finalmente, para muchas tareas que se relacionan con la seguridad, el Ejecutivo necesita la aprobación previa del Legislativo (Petri y Acuña, 2022).

En resumen, la intención manifiesta de la Asamblea Constituyente de 1949 era dividir para sobrevivir. Los arreglos institucionales presentados no solo limitan el poder de la Presidencia, sino que también tratan de evitar la mayor concentración de poder posible. En opinión del autor de este artículo, son fundamentales para explicar la resiliencia de la democracia costarricense. Sin embargo, no están exentos de efectos adversos, como se discute en la siguiente sección.

## **La democracia costarricense en entredicho**

En esta sección se examinan las críticas más comunes a la democracia costarricense. Primero se discute los inconvenientes de cada uno de los mecanismos institucionales de divide y sobrevivirás que se han presentado antes, para luego entrar en algunas cuestiones más generales. Además, se sostiene que Costa Rica no es inmune al retroceso democrático. A pesar de esto, sus efectos no son tan pronunciados, en gran medida gracias a los mecanismos institucionales de divide y sobrevivirás presentados.

A pesar de su valor, los mecanismos comentados en la sección anterior también presentan importantes inconvenientes. Empecemos por los derechos humanos y sociales y el papel de



la Sala Constitucional. No hay nada malo en la consagración de los derechos humanos. A pesar de esto, la aplicación de los derechos sociales en particular es más problemática, debido a su naturaleza aspiracional. ¿Cómo puede determinarse, por ejemplo, que el Estado costarricense cumple suficientemente su compromiso constitucional de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país? Hacer tal determinación implica realizar inevitablemente una evaluación subjetiva sobre la calidad de las políticas públicas del gobierno de turno.

La asertividad de la Sala Constitucional, el órgano de control constitucional de Costa Rica, viene acompañada de otro problema: su politización. Algunos han argumentado que, en ocasiones, la Sala Constitucional ha sido demasiado proactiva y ha ido más allá de analizar si los actos o leyes están de acuerdo con la Constitución, expresando directamente opiniones sobre asuntos políticos o extralimitándose al ordenar a la Asamblea Legislativa que legisle acerca de un asunto en particular (violando el principio de que los representantes electos no deben estar obligados por un mandato imperativo). En estos casos, algunos han argumentado que la Sala Constitucional, a pesar de ser un órgano no electo, ha desempeñado un papel similar al de un senado en un sistema parlamentario bicameral (Armijo, 2007). A pesar de estos riesgos, que existen para cualquier sistema que contenga alguna forma de revisión judicial, Wilson y Rodríguez (2013) sostienen que la Sala Constitucional ha mostrado más moderación en los últimos años.

Sobre las limitadas facultades del presidente de la República rara vez se escuchan quejas, salvo en ocasiones de los propios titulares (por ejemplo, Asamblea Legislativa, 2022). La cuestión principal aquí es que si bien la Presidencia costarricense es institucionalmente débil en términos comparativos, esto no es lo suficientemente aprovechado por la Asamblea Legislativa<sup>6</sup>. Las legislaturas latinoamericanas, en particular la Asamblea Legislativa costarricense, harían bien en racionalizar su organización interna para aprovechar al máximo sus prerrogativas institucionales (Carrillo y Petri, 2009; Diamond, 1997; Alcántara *et al.*, 2005). Los limitados recursos de la Asamblea Legislativa, especialmente si se comparan con el ejército de funcionarios a disposición del Ejecutivo, el juego anual de las sillas musicales

6 De hecho, la presidencia sigue siendo la institución más dominante del sistema político costarricense, pero esto se debe principalmente a factores no institucionales, como la propaganda y el corporativismo que han beneficiado a los partidos tradicionales (al menos hasta 2002), la ausencia de una oposición parlamentaria unificada y el hecho de que la organización parlamentaria no está todo lo racionalizada y simplificada que podría estar. Algunos factores institucionales también confirman el dominio del Ejecutivo, como la elección directa del presidente, que confiere a esta institución cierto grado de legitimidad, el nombramiento discrecional del gabinete, la autoridad para convocar sesiones legislativas extraordinarias y la limitada descentralización administrativa (incluida la ausencia de un nivel de gobierno intermedio por debajo del gobierno central y el gobierno local).

de los cargos parlamentarios y la práctica constante del transfuguismo (Vargas y Petri, 2008) crean ineficiencias que obstaculizan la función fiscalizadora del parlamento. Esto es cierto incluso cuando el presidente no dispone de mayoría parlamentaria: cuando la oposición está dividida, esto acaba favoreciendo a la Presidencia. Sin embargo, para abordar la mayoría de estas ineficiencias no son necesarias reformas institucionales, sino que hay que racionalizar la organización interna de la Asamblea Legislativa.

Al considerar el sistema electoral costarricense de representación proporcional y su efecto para crear un sistema multipartidista, muchos analistas se quejan de que la fragmentación de la Asamblea Legislativa conduce a formas improductivas de estancamiento. Si bien es cierto que una fragmentación parlamentaria extrema puede ser problemática —y, en ocasiones, ha obligado a la Sala Constitucional a intervenir en el proceso legislativo—, una oposición fuerte debe ser algo digno de elogio. Pensemos de nuevo en la alternativa: un presidente con la mayoría leal en el Parlamento puede gobernar sin control.

La autonomía de los organismos del Gobierno Central, algunos de los cuales tienen un fundamento constitucional que protege a los primeros de las injerencias presidenciales y legislativas. Esto es una bendición cuando el presidente de la Asamblea Legislativa busca satisfacer su sed de poder manejando mal estas instituciones, pero también es una maldición cuando las instituciones autónomas son ineficientes y obsoletas. Cuando este es el caso, su estatus constitucional puede hacer literalmente imposible reformarlas. El gran número de instituciones autónomas y otros *jugadores con poder de veto* también crea importantes problemas de coordinación que afectan gravemente a la coherencia y el impacto de las políticas públicas (BTI, 2022). Los inconvenientes de coordinación en el ámbito de la seguridad pública se abordaron mediante una amplia reforma de 1996 que deshizo parcialmente la compartimentación de la policía (Petri y Acuña, 2022).

La prohibición de la reelección directa de presidentes, vicepresidentes y diputados tiene sentido dentro de la visión de evitar la concentración de poder, pero también tiene sus inconvenientes. En primer lugar, hace que estos cargos electos no rindan cuentas al electorado, que no puede premiar ni castigar su desempeño. Tampoco favorece el desarrollo de experiencia, lo que plantea retos específicos a los diputados que se enfrentan a una curva de aprendizaje al asentarse en sus nuevos puestos. Por último, la prohibición de la reelección directa ha creado, involuntariamente, un incentivo perverso para que los diputados salientes intenten aprovechar su función actual para obtener un empleo en el sector público.

Los problemas que se relacionan con la paralización parlamentaria, la dificultad para reformar y coordinar los organismos del Gobierno Central y las consecuencias no deseadas de la prohibición de la reelección directa de las personas funcionarias demuestran que el sistema político costarricense dista mucho de ser perfecto y requiere una mayor calibración. Dicho esto, son las secuelas no deseadas de arreglos institucionales que tienen el mérito de permitir que el sistema político costarricense se mantenga libre de que los presidentes legalmente electos se transformen en autócratas porque el sistema no se los permite.

Más allá de estas cuestiones institucionales existe una creciente insatisfacción con el desempeño de las instituciones democráticas, en particular en relación con el estancamiento de las oportunidades económicas desde la década de 1980 y varios escándalos de corrupción importantes que han implicado a expresidentes e incluso a miembros del Poder Judicial. Así lo revelan las continuas encuestas de opinión (Lapop), también las crecientes tasas de abstencionismo electoral, que alcanzaron mínimos históricos en las elecciones generales de 2022. Las advertencias de Seligson (2002), Lehoucq (2005) y Dabène (2007) de que el sistema se acerca peligrosamente a la implosión política deben tomarse en serio, ya que la confianza política se encuentra en mínimos históricos. Sin embargo, sin ser demasiado optimistas, el sistema también demuestra su capacidad de autolimpieza al condenar y castigar adecuadamente a funcionarios corruptos.

Costa Rica también se enfrenta a un enorme déficit en términos de diálogo social, ya que aún no ha surgido una verdadera democracia de consenso que implique a los actores sociales en las políticas públicas, lo que da lugar a conflictos sociales improductivos (Petri, 2022). Además, es necesaria una mayor descentralización y quizás la creación de una capa de gobierno adicional entre el Gobierno Central y los cantones (gobiernos locales).

A pesar de la importancia de los retos a los que se enfrenta la democracia costarricense, el orden constitucional en sí no es el culpable, sino el comportamiento de los políticos, algunos aspectos ominosos de la cultura política y las malas políticas económicas. De lo anterior se deduce que para enfrentar la mayoría de estas críticas sustituir la Constitución no es la respuesta. Por el contrario, el fenómeno del retroceso democrático, que se refiere al surgimiento de prácticas autoritarias en regímenes democráticos y que ocupa un lugar central en la ciencia política contemporánea (Naím, 2022; Levitsky y Ziblatt, 2018; Glasius, 2018; Acemoglu y Robinson, 2012; Dabène *et al.*, 2008; Schedler, 2014), no parece afectar al país en la misma medida que a otras democracias. Esto tiene mucho que ver con el diseño institucional de sus instituciones políticas que evitan intencionadamente la concentración de poder en manos de una sola persona o institución.

## Conclusiones: la separación de poderes costarricense

A pesar de todos sus retos internos, la democracia costarricense es única por su resiliencia. En este ensayo se ha argumentado que la estabilidad y longevidad de este sistema político se debe en gran medida al ingenio de la Asamblea Constituyente de 1948, que elaboró cuidadosamente un sistema de frenos y contrapesos en el que se mitiga el dominio del Ejecutivo y se distribuye el poder, tanto horizontal como verticalmente.

Si bien es cierto que esta estrategia de divide y sobrevivirás creó muchos jugadores con poder de veto que dificultan la reforma política, esto se hizo a propósito. De hecho, hace imposible que un actor imponga su agenda. ¿Quizás un cierto *estancamiento* político puede ser el precio por pagar para preservar la estabilidad democrática?

Como enseña Sartori (1994), la ingeniería constitucional consiste en encontrar un equilibrio entre eficacia y representatividad democrática. Aunque Costa Rica no ha encontrado este equilibrio en todos los aspectos, se acerca mucho. Otros países harían bien en extraer lecciones de Costa Rica, en particular de las disposiciones institucionales descritas en este ensayo para separar los poderes en muchos niveles diferentes. Las disposiciones institucionales específicas pueden servir de modelo para los ingenieros constitucionales, como complemento de la *nueva separación de poderes* de Ackerman (2000).

## Referencias

- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2012). *Why nations fail: The origins of power, prosperity, and poverty* (1. ed.). Profile Books.
- Ackerman, B. (2000). The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, 113(3), 633-729.
- Aguilar, B. O. (1984). *Ensayos de historia patria*. Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Albertazzi, A. J. (1987). *Don José Albertazzi y la democracia costarricense*. Universidad Autónoma de Centroamérica.
- Alcántara Sáez, M.; García Montera, M. y Sánchez López, F. (2005). *Funciones, procedimientos y escenarios: un análisis del Poder Legislativo en América Latina*. Ediciones Universidad de Salamanca.

- Alfaro-Redondo, R.; Seligson, M. A. y Zechmeister, E. J. (2014). *Cultura política de la democracia en Costa Rica y en las Américas, 2014: Gobernabilidad democrática a través de 10 años del Barómetro de las Américas*. Programa Estado de la Nación/Latin American Public Opinion Project, Vanderbilt University.
- Armijo Sancho, G. A. (2007). Conflictos entre la sala constitucional y la Asamblea Legislativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 15-36. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r21724.pdf>
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2022). *MIDEPLAN expone maraña institucional* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=3HeYRZUL2o>.
- Bertelsmann Stiftung. (2022). *BTI 2022 Country Report-Costa Rica*. Bertelsmann Stiftung. [https://bti-project.org/fileadmin/api/content/en/downloads/reports/country\\_report\\_2022\\_CRI.pdf](https://bti-project.org/fileadmin/api/content/en/downloads/reports/country_report_2022_CRI.pdf)
- Booth, J. A. (1998). *Costa Rica: Quest for Democracy*. Routledge.
- Booth, J. A. (2008). Democratic Development in Costa Rica. *Democratization*, 15(4), 714-732. <http://dx.doi.org/10.1080/13510340802191052>
- Carrillo-Flórez, F. y Petri, D. P. (2009). Quality of Democracy and Parliamentary Reform in Latin America: How Europe Can Help. *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/chapters/the-role-of-the-european-union-in-democracy-building/eu-democracy-building-discussion-paper-25.pdf>
- Castro Vega, Ó. (2007). *Fin de la Segunda República: Figuras y la Constituyente del 49*. Euned.
- Chandler, J. (ed.) (2014). *Comparative Public Administration* (2<sup>nd</sup> edition). Routledge.
- Cruz, C. (2005). Costa Rica: Possibility Mongers. En *Political Culture and Institutional Development in Costa Rica and Nicaragua: World Making in the Tropics* (pp. 112-145). Cambridge University Press. DOI:10.1017/CBO9780511528088.008.

- Dabène, O. (1992). *Costa Rica: juicio a la democracia*. Flacso.
- Dabène, O. (2007). Juicio a la democracia: 20 años después de Esquipulas II. En Fernando y Luis Alberto Cordero (eds.), *Hacia el buen gobierno: tareas aún pendientes* (pp. 178-189). Fundación Arias.
- Dabène, O.; Geisser, V. y Massardier, G. (eds.) (2008). *Autoritarismes démocratiques et démocraties autoritaires au XXIe siècle: Convergences Nord-Sud*. La Découverte.
- Diamond, L. (1997). Consolidating Democracy in the Americas. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 550(1), 12-41. <https://doi.org/10.1177/0002716297550001002>
- Glasius M. (2018). What authoritarianism is... and is not: a practice perspective. *International Affairs*, 94(3), 515-533.
- Høivik, T. y Aas, S. (1981). Demilitarization in Costa Rica: A Farewell to Arms? *Journal of Peace Research*, 18(4), 333-351.
- Huhn, S (2008). *A History of Nonviolence: Insecurity and the Normative Power of the Imagined in Costa Rica*. German Institute of Global and Area Studies (GIGA). <http://www.jstor.org/stable/resrep07566>
- Lehoucq, F (2005). Costa Rica: Paradise in Doubt. *Journal of Democracy*, 16(3), 140-154. <https://www.journalofdemocracy.org/articles/costa-rica-paradise-in-doubt/>
- Lehoucq, F y Molina, I. (2006). *Stuffing the Ballot Box Fraud, Electoral Reform, and Democratization in Costa Rica*. Cambridge University Press.
- Lehoucq, F. (1996). The Institutional Foundations of Democratic Cooperation in Costa Rica. *Journal of Latin American Studies*, 28(2), 329-355. <https://doi.org/10.1017/S0022216X00013031>
- Lehoucq, F. (2010). Political Competition, Constitutional Arrangements, and the Quality of Public Policies in Costa Rica. *Latin American Politics and Society*, 52(4), 53-77. <http://www.jstor.org/stable/40925836>

- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *How Democracies Die*. Harvard University Press.
- Linz, J. J. y Valenzuela, A. (eds.) (1994). *The failure of presidential democracy: Comparative Perspectives, Vol. 1*. Johns Hopkins University Press.
- Mainwaring, S. y Shugart, M. S. (1997). *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge University Press.
- Meulewaeter, C. (2016). Los dividendos de la paz: un estado de la cuestión. *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 36, 57-63.
- Monge Alfaro, C. (1966). *Historia de Costa Rica*. Imprenta Trejos Hermanos.
- Morgenstern, S. y Nacif, B. (eds.). (2002). *Legislative politics in Latin America*. Cambridge University Press.
- Naím, M. (2022). *The Revenge of Power: How Autocrats Are Reinventing Politics for the 21st Century*. St. Martin Press.
- Payne, J. M. (2007). Balancing Executive and Legislative Prerogatives: The Role of Constitutional and Party-Based Factors. En J. M. Payne, G. D. Zovatto y M. Mateo Díaz (eds.), *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America* (2nd edition) (pp. 81-116). Inter-American Development Bank/International Institute for Democracy and Electoral Assistance / David Rockefeller Center for Latin American Studies / Harvard University. <https://publications.iadb.org/es/la-politica-importa-democracia-y-desarrollo-en-america-latina>
- Pérez Brignoli, H (2018). *Breve historia de Centroamérica* (3.a ed.). Alianza Editorial.
- Petri, D. P. (2022). *Hacia una ruta de diálogo social en la región americana: aprendizajes para seguridad social*. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social. <https://home.ciess.org/wp-content/uploads/2023/05/Hacia-una-ruta-de-diálogo-social-en-la-región-americana.pdf>



- Petri, D. P. y Acuña, B. (2022). El Estado desmilitarizado costarricense: ¿un modelo de resolución de conflictos? En D. P. Petri (ed.), *Negociación Internacional en América Latina* (pp. 183-216). Flacso Costa Rica. <https://www.flacso.ac.cr/es/publicaciones/libros/218-negociacion-internacional-en-america-latina>
- Sartori, G. (1994). *Comparative Constitutional Engineering*. Palgrave Macmillan UK. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-22861-4>
- Schedler, A. (2014). The Criminal Subversion of Mexican Democracy. *Journal of Democracy*, 25(1), 5-18.
- Seligson, M. A. (2002). Trouble in Paradise? The Erosion of System Support in Costa Rica, 1978-1999. *Latin American Research Review*, 37(1), 160-185. <http://www.jstor.org/stable/2692108>
- Skach, C. (2007). The “newest” separation of powers: Semipresidentialism. *International Journal of Constitutional Law*, 5(1), 93-121. <https://doi.org/10.1093/icon/mol025>
- Stein, E.; Tommasi, M.; Echebarría, K.; Lora, E. y Payne, M. (eds.) (2006). *The Politics of Policies: Economic and social Progress Report*. Interamerican Development Bank/David Rockefeller Center for Latin American Studies/Harvard University. <https://publications.iadb.org/en/publication/16950/politics-policies-economic-and-social-progress-latin-america-2006-report>
- United Nations Development Programme (UNDP). (2022). *Human Development Index*. <https://hdr.undp.org/data-center/human-development-index#/indicies/HDI>
- Vanderbilt University. (s. f.). Latin American Public Opinion Project. <https://www.vanderbilt.edu/lapop/>
- Vargas, J. P. y Petri, D. P. (2007). *Pactos sociales y participación en las políticas públicas: gobernabilidad neocorporativa en América Central*. Fundación Carolina. <https://platformforsocialtransformation.org/download/socialdialogue/Vargas%20&%20Petri%20-%20Neocorporativismo.pdf>

- Vargas, J. P. y Petri, D. P. (2008). *Efectividad Parlamentaria. Incentivos y restricciones coalicionales en Costa Rica y Nicaragua*. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España/AECID/Fundación DEMUCA/REDGOB. <https://platformforsocialtransformation.org/download/socialdialogue/Vargas-Petri-Parliamentary-Effectiveness.pdf>
- Wilson, B. y Rodríguez, O. (2013). Costa Rica: Understanding Variations in Compliance. In Langford *et al.* (Eds), *Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Judgments*. Cambridge University Press. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2172329#references-widget](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2172329#references-widget)
- Yashar, D. J. (1997). *Demanding Democracy. Reform and Reaction in Costa Rica and Guatemala, 1870s-1950*. Stanford University Press.

## Normas de publicación

La revista *Derecho en Sociedad* es una publicación electrónica semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) de San José, Costa Rica. Puede ser accedida en <https://www.ulacit.ac.cr/publicaciones/>

Los artículos e investigaciones están relacionados con el campo de las ciencias jurídicas, aun buscando, igualmente, un carácter interdisciplinar. En la revista pueden publicar estudiantes, profesores y graduados de ULACIT, así como especialistas en cualquier área del Derecho, aunque no formen parte de esa comunidad universitaria.

### Contenido de la revista

La revista prevé la publicación de artículos de fondo que sean resultado de investigaciones realizadas de forma individual o colaborativa en materias relacionadas con el campo de las ciencias jurídicas.

### Normas de publicación

1. No se recibirán artículos impresos. Los artículos remitidos para su publicación deberán escritos en idioma español y ser originales e inéditos, y que no hayan sido entregados a otros medios con el mismo fin. El envío de un artículo implica que es inédito y que no ha sido publicado, ni que se encuentra en consideración en otra revista o publicación.  
Excepcionalmente, a criterio del Consejo Editorial y de la Dirección de la revista, se podrán admitir artículos, ensayos, ponencias o conferencias de otras publicaciones en consideración a su relevancia. En este último caso, deberán indicarse, de modo expreso, los datos de la publicación previa, siempre y cuando el autor releve de toda responsabilidad a ULACIT frente a terceros.
2. El autor deberá ceder los derechos de publicación o copia de sus artículos, con los efectos y alcances que figuran en la parte de la revista dedicada a la cesión de derechos patrimoniales y otros extremos. A tal fin, habrá de suscribir el correspondiente documento de cesión de derechos que figura como anexo en la Revista Derecho en Sociedad y que le será facilitado antes de la publicación del trabajo. Si el autor, con posterioridad, desea publicar su artículo en otro medio, tendrá que hacerlo con autorización expresa de la Dirección de la revista Derecho en Sociedad.
3. Los contenidos y opiniones que se puedan verter en cada artículo son responsabilidad exclusiva del autor, no de la revista, de su Dirección, de su Consejo Editorial, ni de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.

4. La solicitud, junto con el artículo, han de enviarse al editor en jefe de la revista, Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, correo electrónico [vcalatayudp977@ulacit.ed.cr](mailto:vcalatayudp977@ulacit.ed.cr)
5. Además, se deberá indicar la información que figura a continuación respecto de la cual se guardará la debida confidencialidad:

- ✓ Número de documento de identidad, con indicaciones del país, en su caso.
- ✓ Teléfono con prefijo del país
- ✓ Resumen del currículum vitae
- ✓ Dirección de correo electrónico

6. La revista tiene una periodicidad semestral. Cada número aparece en los meses de marzo y setiembre, salvo que la Dirección y el Consejo Editorial dispongan otras fechas.
7. La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de marzo debe presentarse antes del 1° de diciembre previo. La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de setiembre debe presentarse antes del 1° de julio previo.
8. La selección de los artículos por publicar estará a cargo del Consejo Editorial de la revista y el documento sometido a su consideración deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- ✓ Artículo en procesador tipo Word.
- ✓ Texto principal, en idioma español
- ✓ Márgenes de 2,54 cm en margen superior, inferior, derecha e izquierda.
- ✓ Texto justificado
- ✓ Tipo letra Times New Román, tamaño 12
- ✓ Párrafos sin sangría
- ✓ Espaciado sencillo, con un espacio entre párrafos
- ✓ Formato APA, 7ª edición, para referenciación, con carácter obligatorio
- ✓ Archivos (en caso de que existan): imágenes, diagramas o fotografías en formato digital, tipo JPEG o similar (mínimo de 300 dpi)
- ✓ Archivos XML para tablas

Los trabajos comenzarán con el título del artículo, en español e inglés, nombre y apellidos de la persona o personas autoras, indicación a pie de página de su afiliación institucional, calidades y correo electrónico.

Seguidamente, en el texto se incluirá el Resumen y el *Abstract*, de máximo 250 palabras en un solo párrafo. Se incluirán de cinco a seis palabras claves y *Keywords*, con las que se identifiquen los trabajos. A continuación, se iniciará el texto del trabajo de acuerdo con las normas generales de un artículo científico/académico, debiéndose utilizar la metodología IRMD (Introducción, Métodos, Resultados y Discusión).

Las referencias se incluirán al final del trabajo, de acuerdo con los parámetros establecidos por la APA (7ª edición). No se debe utilizar el estilo APA generado automáticamente por el procesador Word: es obligatorio confeccionar la lista de referencias en forma manual.

Las notas se relacionarán numeradas al pie de página. Si dichas notas incluyesen referencias bibliográficas o virtuales, se citarán también según el formato establecido por la normativa APA.

Todo el texto debe tener una extensión entre 8000 y 9000 palabras (excluyendo el resumen/*Abstract*, palabras clave/*Keywords* y las referencias).

Los artículos serán enviados a revisión filológica, por lo que los autores deberán aceptar los cambios recomendados por el profesional contratado por ULACIT.

**Además de los anteriores requisitos, debe tenerse en cuenta las siguientes indicaciones, también de carácter obligatorio:**

- No se utilizará la redacción en primera persona. Por ejemplo, usar “Se debe considerar...” en lugar de “El suscrito considera...” o “Considero...”. “El ordenamiento jurídico costarricense...” en lugar de “Nuestro ordenamiento jurídico...” o “El Código de Trabajo...” en lugar de... “Nuestro Código de Trabajo...”, etc. La redacción será siempre en tercera persona.
- No se personalizará comentario alguno hacia terceras personas del sector público o privado.
- Las transcripciones jurisprudenciales deberán ser breves, utilizándose únicamente la parte de las resoluciones de utilidad para la investigación y cumpliendo la normativa APA.
- Debe evitarse anteponer a la cita el nombre de pila, así como “Don...”, “Doña...”, “El Jurista...”, “La Profesora...”, “El doctor...”, etc.
- Las resoluciones jurisdiccionales se deben citar en la siguiente forma:

- ✓ En el cuerpo del documento:
  - Nombre del tribunal
  - Entre paréntesis, año de la resolución
  - Se omitirán hora y minutos
  - Se omitirán nombres y apellidos de quienes integran el órgano jurisdiccional. Ejemplo.: “Según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2014), el tema de fondo...”
  
- ✓ En la lista de referencias (Normativa APA vigente):
  - Con sangría francesa y doble espacio, el órgano jurisdiccional deberá integrarse como autor con el correspondiente orden alfabético. Ejemplo:

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2014). Resolución N.º 1031, de 31.07.2014. Expediente: 06-000884-0163-CA. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-768928>

9. Los artículos serán enviados por ULACIT a revisión filológica, por lo que los autores deberán aceptar los cambios recomendados por el profesional contratado por la Universidad.
10. El rechazo de los trabajos o cualquier discrepancia sobre ellos se resolverá por el Consejo Editorial sin posibilidad de reclamo contra la decisión de dicho órgano.
11. La Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, en conjunto con la Dirección y el Consejo Editorial de la revista, podrán modificar, parcial o totalmente, las presentes normas cuando lo estimen oportuno.
12. La entrega de los artículos o investigaciones supone la aceptación de las anteriores normas y de lo previsto en el documento de cesión derechos mencionado en la norma 2, una vez aceptada la obra para su inserción en la revista.

## Consejo Editorial

El Consejo Editorial de la Revista será el encargado de revisar y dictaminar sobre los artículos entregados, así como de velar por la línea editorial de la Revista.

El Consejo está compuesto por las siguientes personas:

- MA. Luana Valeria Nieto Méndez, decana de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de ULACIT; directora de la Revista Derecho en Sociedad.
- Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, profesor de la Facultad de Derecho de ULACIT; editor en jefe de la Revista Derecho en Sociedad.
- Lic. José Armando Madrigal Segura, profesor asociado de la Facultad de Derecho de ULACIT

### **Revisión filológica**

Elena Redondo Camacho  
Daniel González Monge

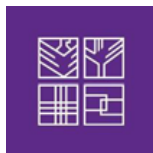


# Cesión derechos de autor

## Revista Derecho en Sociedad - Facultad de Derecho de ULACIT

### DOCUMENTO DE ACEPTACIÓN DE CONDICIONES Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

El envío del documento a la dirección de la revista, con los campos rellenables cumplimentados, es un requisito indispensable para la postulación de los artículos en la revista Derecho en Sociedad y debe ser firmado los/las autores/as del manuscrito postulante. El formato de este documento es PDF con campos rellenables para la incorporación de los datos básicos del manuscrito y los/las autores/as.



#### Cesión derechos de autor

Revista "Derecho en Sociedad" de la Facultad de Derecho (ISSN: 2215-2490)  
Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica

Yo \_\_\_\_\_, en mi calidad de  
(estudiante, docente, investigador (a) ) \_\_\_\_\_, de la carrera de  
\_\_\_\_\_ y autor (a) del artículo intitulado  
\_\_\_\_\_

manifiesto que cedo a título gratuito y sin limitación alguna la totalidad de los derechos patrimoniales de autor derivados del artículo de mi autoría, incluyendo los de edición y publicación, a favor de la Revista "Derecho en Sociedad" y de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), declarando que el artículo es original y que es de mi creación exclusiva, no existiendo impedimento de ninguna naturaleza para la cesión de derechos que estoy efectuando, respondiendo además por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir, y exonerando de cualquier responsabilidad a las entidades cesionarias.

En virtud de lo anterior, la revista "Derecho en Sociedad" y la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) adquieren el derecho de reproducción en todas sus modalidades, incluso para inclusión audiovisual, el derecho de transformación o adaptación, traducción, compilación, comunicación pública, distribución y, en general, cualquier tipo de explotación con fines académicos o comerciales por sí, o por terceros que los citados cesionarios designen, pudiendo crear o modificar resúmenes o extractos de la obra, en español u otros idiomas, editándolos y publicándolos en la forma que se describe anteriormente, y licenciar todos los derechos de los cesionarios aquí señalados a terceras partes

Por tanto, como consecuencia de la presente cesión, autorizo expresamente a la revista "Derecho en Sociedad" para copiar, reproducir, distribuir, publicar, comercializar el artículo objeto de la cesión, por cualquier medio digital, electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar en todo caso los derechos morales de autor contenidos en la vigente legislación aplicable, no pudiendo el cedente divulgar ni reproducir por ningún medio la obra objeto de esta cesión a no ser que cuenta con la previa autorización expresa de los cesionarios.

Firma conforme en San José, Costa Rica, a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del 20\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Número de cédula