

LOS DERECHOS DEL MENOR DETENIDO Y SU ESPECIALIDAD

***Dr. Gary Amador Badilla
Juez Penal***

SUMARIO

Introducción.

- 1. Derecho de defensa.**
 - 1.1. Derecho de información.**
 - 1.2. Notificación de la detención a los representantes legales del menor.**
- 2. Derecho a la asistencia médica, psicológica y religiosa.**
- 3. Derecho a estar separado de los adultos.**
- 4. Derechos del menor extranjero detenido.**

Conclusiones y recomendaciones.

LOS DERECHOS DEL MENOR DETENIDO Y SU ESPECIALIDAD

Dr. Gary Amador Badilla
Juez Penal

INTRODUCCIÓN

Cuando los menores de edad cometan una infracción penal, deberán ser juzgados en un procedimiento especialmente diseñado, atendiendo a las características singulares que representa la minoría de edad. De tal forma, su procesamiento quedará excluido de la justicia penal ordinaria——¹, aunque el menor se beneficiará de todas las garantías y derechos contenidos en ésta.

De tal forma, la respuesta al comportamiento del menor no deberá ser una mera aplicación formal de la ley penal, sino deberá abarcar la aplicación de aquellos principios y derechos específicos que rigen la materia (interés superior, resocialización, mínima intervención, etc.)². Sólo de esta forma se garantizará la verdadera aplicación de la justicia especializada como respuesta al comportamiento delictivo del menor.

En ese sentido, el principio de justicia especializada se encuentra estipulado en los artículos 40.3. CDN; 1.6., 2.3. y 22 de las Reglas de Beijing. En el ámbito europeo en el artículo 9 de la Recomendación Núm. 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa³. En el ámbito interno, dicho principio se encuentra formulado expresamente en el artículo 12 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Nuestra normativa constitucional y procesal penal -Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) y Código Procesal Penal (CPP)- no contienen un apartado que se refiera específicamente a los derechos del detenido, tal y como sucede en otras legislaciones; más bien estos derechos los encontramos establecidos a lo largo de la Constitución Política, la LJPJ, o identificados como derechos del imputado de manera general del CPP (art. 82). De tal forma, estos derechos serán de aplicación y acatamiento

1 En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado: “Una consecuencia evidente de la pertenencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas a aquellos (...) distinto de los correspondientes a los mayores de edad”. Ver Opinión Consultiva, OC-17/2002, párr. 109.

2 En ese sentido, vid. DALL’ANESE, Francisco, El proceso penal juvenil costarricense: Principios y alternativas, en *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, 2000, p. 287, quien indica: “No es suficiente sujetarse a la legalidad, sino desarrollar por medio de la jurisprudencia los componentes axiológicos de las normas jurídicas, traducidos en principios mucho más amplios que la letra de la ley. Un juzgador no especializado será absorbido por la justicia penal de adultos y, cuando le corresponda el juzgamiento de jóvenes, se limitará a los textos legales sin remisión y desarrollo de los principios”.

3 “9. Alentar la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las diversas fases del procedimiento (Policía, Abogados, Procuradores, Jueces, trabajadores sociales) tengan una información especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil”.

obligatorio, y ampararán al menor detenido durante su detención.

El presente estudio se concentrará en aquellos derechos fundamentales garantizados por la Constitución, interpretados a la luz de la especialidad que reviste la detención del menor de edad.

1. DERECHO DE DEFENSA

Este derecho se encuentra incardinado en el proceso penal juvenil y significa, que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, llegando a constituir una garantía suprema en el proceso⁴.

Este derecho se encuentra reconocido en los artículos 37. d. CDN; 7.1 y 15.1. de la Reglas

de Beijing; y 18.a. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (RNUPMPL)⁵. Asimismo, en los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 7 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En el ámbito europeo se encuentra consignado en el artículo 8 de la Recomendación 87 (20) del Comité de Ministros de Europa⁶. En el ámbito interno, lo encontramos regulado en el artículo 39 de la Constitución Política⁷.

En el proceso penal juvenil la cobertura del derecho de defensa abarcará: el derecho que tiene el menor a la asistencia letrada desde el inicio del proceso (art. 37 LJPJ)⁸, la posibilidad del menor de aportar pruebas al proceso

4 En ese sentido, MONTERO AROCA, Juan, Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 139, indica: "Los brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, que hoy suelen enunciarse como que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hacen referencia a este principio, que ha sido considerado la fuerza motriz del proceso, su garantía suprema, pero que, más precisamente, puede considerarse que atiende a la esencia misma del proceso, pues sin el mismo no estaremos ante un verdadero proceso". En ese mismo sentido, Armenta Deu, Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2003, p. 46, quien lo identifica con el principio de audiencia o contradicción; GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial, Tirant lo Blancha, Valencia, 1993, pp.47 y 48.

5 "18.a. Los menores tendrán derecho a asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando esta exista (...)".

6 "Reforzar la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, incluida la fase policial reconociendo, entre otros: (...) el derecho a la asistencia de un defensor (...)".

7 Sobre este la jurisprudencia constitucional ha indicado: "La defensa técnica es una exigencia para garantizar al encausado un juicio justo, razón por la cual debe permitirse su ejercicio, con lógicas restricciones desde la detención del presunto culpable, durante el proceso y hasta que la resolución se dicte (...) De ello se desprende que la intervención del Defensor y el ejercicio de la defensa no puede coartarse a menos que colisione seriamente con otro interés que resulto preponderante en razón de los fines del proceso. El ejercicio de la defensa crea una relación entre el abogado y su defendido desde el momento mismo en que éste es detenido que no puede verse interrumpida en ningún momento, ya sea con anterioridad o con posterioridad a que se rinda la declaración indagatoria y así hasta la finalización del proceso, relación que en algunos casos exige la presencia del defensor para la validez del acto, presencia que no puede estimarse sea meramente física, pues representa la asesoría letrada con que, constitucionalmente, debe contar todo procesado en salvaguarda de sus derechos". Voto n° 4784-93; en ese mismo sentido el voto n° 1331-90 de la misma Sala.

8 Sobre la participación del abogado como defensor en el proceso penal MARTÍN OSTOS, José, Jurisdicción de Menores, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona 1994, págs. 60 y sgs., señala: "La presencia del abogado en toda administración de Justicia ha llegado a convertirse en algo intrínseco a ella misma. No se concibe hoy día una eficaz y acertada Administración de Justicia sin la asistencia, audiencia y participación de una defensa establecida en pro del justiciable. Defensa que, evidentemente, requiere un carácter técnico y unos conocimientos jurídicos, distinto del mero instinto

Continúa en la siguiente página.

(art. 23 LJPJ)⁹ y a rebatir las ya existentes (principio del contradictorio, art.24 LJPJ)¹⁰, el derecho del menor a conocer, desde un primer momento, sus derechos y los motivos de su detención por parte de la autoridad actuante (art. 40.2.b.ii. Convención de Derechos del Niño –CDN-)¹¹, el derecho del menor a no declarar contra sí mismo (art.17 LJPJ)¹² y el derecho a recurrir ante una autoridad superior (art. 112.b. LJPJ)¹³.

Sin seguir el orden antepuesto, y centrándonos en el de la detención del menor de edad, resulta fundamental el derecho de información que le asiste a éste. De tal forma, la primera autoridad que tenga contacto con éste deberá informarle sobre sus derechos; así, desde ese momento inicial el menor –con base a esa información- podrá ejercer su defensa¹⁴.

En estos casos, normalmente, el primer contacto que tiene el menor de edad es con la policía, ya sea administrativa o judicial; de tal forma, si no existiera la comunicación de derechos al menor, o bien si esta fuese defectuosa, implicaría una violación al derecho de defensa. En ambos casos, el defecto deberá subsanarse de manera inmediata por el Fiscal, quien con un mayor criterio –se supone- subsanará el defecto apuntado, informando debidamente al menor sobre sus derechos y facilitando a éste el acceso a la asistencia técnica debida.

Del respeto de estas garantías emanará, consecuentemente, el conocimiento efectivo por parte del menor detenido del derecho de asistencia técnica, o sea, de contar con un abogado de su confianza que lo asesore, o

humano de defensa característico del individuo por el simple hecho de serlo y que representa el origen del derecho al que nos referimos, propio del ciudadano (...) Por ello en todos los sistemas procesales, en los distintos modelos económicos y sociales, en las diversas especialidades jurídicas, se recogen la institución de la defensa y la figura del abogado como garantías de la justicia impartida (...) Si en el ejercicio de la actividad de cualquier cara del prisma jurisdiccional se pueden lesionar los derechos del justiciable, cuando el procedimiento seguido para impartir justicia no es el más adecuado, por faltar, por ejemplo, alguna garantía procesal –cual es la intervención del abogado-, en el aspecto criminal, en tal supuesto, este perjuicio aumenta considerablemente.” En ese sentido, vid. MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional III*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 31; DALL'ANESE, Francisco, *El proceso penal...*, op. cit., p. 304.

9 Ver en la jurisprudencia de la Sala Constitucional (votos n° 1231-94 y 3403-93).

10 En ese sentido se expresa el artículo 14.3.e. PIDCP, establece: “Artículo 14.3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. Asimismo, ver el voto de la Sala Constitucional n° 1739-92 y 5966-93.

11 La LJPJ no contempla un artículo específico que establezca el derecho a la información inmediata como parte de los derechos del menor; sin embargo, dicho derecho se encuentra garantizado por la CDN en su artículo 40.2.b.ii., que establece que todo menor detenido: “(...) será informado sin demora y directamente (...) de los cargos que pesan contra él (...)”. En ese mismo sentido, el artículo 7.4 CADH.

12 En ese sentido, el art. 8.2.g. CADH y el PIDCP su artículo 14.3.g. que indica: “A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. En ese sentido, se ha expresado la jurisprudencia de la Sala Constitucional (votos n° 1231-94, 5966-93 y 3403-93).

13 En ese sentido se expresa el art. 7.6. y 8.2.h. CADH. Ver votos de la Sala Constitucional n° 1112-94, 1058-94, 300-90, y 719-90.

14 En ese sentido, debe hablarse del derecho del imputado a ser informado de la acusación, aunque en el comienzo del proceso debería hablarse de la imputación, suponiendo que a la hora de la detención no estaría conformada la acusación en sentido técnico. De tal forma, cabría hablar mejor “del derecho a ser informado de la iniciación del proceso (...) cabría distinguir entre un derecho de información pre-procesal, conectado con la detención y con la necesidad de ser informado de sus derechos y de las razones de la detención misma”. Así, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional III*, op. cit., pp. 30 y 31. En ese mismo sentido, vid. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones...*, op. cit., p. 50.

bien que el Estado le asigne uno gratuito (art. 37 LJPJ, 14.d. PIDCP, 8.2.e. CADH).

Ese orden garantizará, de manera efectiva, que el menor –bajo la asesoría técnica debida– pueda participar de manera oportuna dentro del proceso, pudiendo generar la prueba necesaria que considere de interés en su defensa; así como, oponerse y cuestionar la prueba ya existente¹⁵.

Asimismo, será de suma importancia que el derecho del menor a participar en proceso no sea asumido de una manera formal –únicamente por cumplir con el requisito legal–, sino deberá ejercerse de una manera activa; de tal forma, será el abogado del menor, quien, con el conocimiento técnico, y de una mejor manera, pueda aportar prueba al proceso,

participar de los actos que la incorporen, interrogar testigos, oponerse a la inclusión de pruebas de cargo, etc., coadyuvando al menor a una defensa eficaz y oportuna¹⁶.

1.1. Derecho de información

El derecho de información consiste en aquella comunicación clara e inmediata, que realizarán las autoridades (policiales o judiciales) que tengan el primer contacto con el menor detenido, sobre los hechos que provocaron su detención, las razones de la misma y los derechos que le asisten como detenido.

Así, el derecho a la información debe ser reconocido como el primer derecho del menor detenido¹⁷; de éste emanarán los demás derechos y el derecho de defensa mismo,

15 Sobre el principio del contradictorio, DALL'ANESE, Francisco, *El proceso penal...*, op. cit., p. 308, indica: “Supuesto importante del contradictorio es conocer el razonamiento del contrario y las pruebas que lo sustentan, pues solo de esta manera es posible rebatir y oponerse adecuadamente”. En ese mismo sentido, vid. Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional III*, op. cit., p. 31; GORDILLO, Agustín, *El método del derecho*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 172. Asimismo, la CIDH en cuanto al principio del contradictorio en materia de menores ha indicado: “Esto implica (...) la intervención del niño por sí o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros. En este sentido, la Corte Europea ha señalado que: El derecho a contradecir en un proceso para los efectos del artículo 6.1, tal u como ha sido interpretado por la jurisprudencia, “significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer o analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente [...] con el objetivo de influir sobre la decisión de la Corte”. Ver OC-17/2002, párrs. 132 y 133.

16 En ese mismo sentido se inclina FRANCISCO VIDAL MARTÍNEZ, quien indica: “(...) el Letrado del Menor, tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, desde el mismo momento de la detención del menor y hasta que se ponga fin al procedimiento. Conocerá en todo momento el contenido del expediente, proponiendo pruebas, con intervención en todos los actos que se refieren ala valoración del interés del menor, y hasta la fase de ejecución de la medida impuesta (...)”. Vid. VIDAL MARTÍNEZ, Francisco, *La nueva responsabilidad penal de los menores*, en *Economist & Jurist*, año IX, enero febrero, 2001, p. 55. Igualmente, ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones...*, op. cit., p. 53. En ese mismo sentido se expresa el voto n° 1739-92 de la Sala Constitucional.

17 En ese sentido, vid. APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención y otras medidas de coerción con menores*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 3, Mayo, 2001, p. 43. En ese mismo sentido, vid. LORCA NAVARRETE, Antonio, *El proceso español del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 1993, quien manifiesta: “(...) instruir al menor en sus derechos implica una forma de autodefensa (...) Sin instrucción de derecho y sin aprender el significado de los mismos, no es posible hacer operativo un diseño procesal en interés del menor”. De igual forma, vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales y Policiales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 166, quien indica: “El fundamento de la garantía informativa se halla en el propósito legal de garantizar al detenido su derecho de defensa, incluido el derecho a recurrir, lo cual supone hacerle saber cuáles son los hechos y razones que determinantes de su detención, y también cuáles son los derechos que tiene como detenido”. Asimismo, vid. Salido Valle, Carlos, *La detención policial*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 1997, p. 264.

pues nadie puede defenderse, si no se tiene conocimiento de qué es lo que debe defenderse y cómo se puede hacerlo¹⁸.

El derecho de información no se encuentra recogido en la LJPJ, en ésta no existe una norma expresa que establezca la obligación de las autoridades –policiales o judiciales- que tengan un primer contacto con el menor detenido a informarle los motivos de su detención y sus derechos. Sin embargo, conforme el principio de inviolabilidad de la defensa se concluye que, a pesar de esa omisión normativa, las autoridades competentes se encuentran en la obligación de realizar dicha comunicación (art. 12 CPP).

En ese sentido, la policía como primera autoridad actuante, deberá indicar al menor detenido «los hechos que se le imputan», y

las razones de su detención (arts. 40.2.b.ii. CDN; 7.1 Reglas de Beijing; 9.2 PIDCP; 7.4. CADH; 12 y 82 del CPP; 10.m. LGP¹⁹). Esto significa, que la policía requerirá realizar una mínima calificación jurídica del hecho, con la indicación de la norma penal infringida, sin que ésta incipiente calificación, pueda obligar al Ministerio Público o al Juez²⁰. En aquellos casos en que la detención haya sido preordenada, la policía, además, deberá indicar al imputado el funcionario que ordenó la detención; asimismo tendrá la obligación de mostrarle la orden que fue emitida en su contra (art. 82.a. CPP).

La comunicación deberá efectuarse utilizando un lenguaje claro y comprensible para el menor de edad²¹, atendiendo a esa minoridad; de lo contrario, difícilmente, el menor podría entender por qué está detenido y qué derechos le asisten. Asimismo, la comunicación deberá

18 En cuanto a este aspecto, véase RÍOS MARTÍN, Julán Carlos, *El Menor Infractor ante la Ley Penal*, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 286., quien considera lo siguiente: “«El art. 40.2.ii, de la Convención de Derechos del Niño establece que el menor “será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan sobre él (...)»». Entendemos lógico que si a un niño se le detiene por la presunta comisión de hechos infractores, se le informe de los hechos de los que se le acuse. En caso contrario, difícilmente podrá explicar al Juez y al Fiscal lo ocurrido. Entendemos por ello que es un derecho lógico, coherente y que no atenta contra la personalidad evolutiva del niño”. En ese mismo sentido, cfr. DE LA ROCHA GARCÍA, Ernesto, *Los menores de edad en el derecho español*, Editorial Comares, Granada, Año 2000, p. 196. Asimismo, CARBALLO ARMAS, Pedro, *Detención policía, derechos del detenido y procedimiento de habeas corpus*, en *Actualidad Penal*, N.º. 30, 22 al 28 de julio, Tomo 2, 2002, p. 758.

19 “Artículo 10. Principio fundamentales. En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de las fuerzas de policía deberán respetar las siguientes normas: m) En el momento de interrogar a una persona o de privarla de su libertad, estarán obligados a exponerle el motivo de la detención (...)”.

20 En ese sentido, cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 136; en ese mismo sentido, vid. SALIDO VALLE, Carlos, *La detención...*, op. cit., p. 269. Asimismo, GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención, los derechos del detenido*, Centros de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, p. 82, quien además considera que: “La comunicación no puede ser tan abstracta que produzca indefensión por sí sola (...) la garantía exige unos conocimientos básicos para obrar legítimamente; si la ignorancia de la ley no excluye a ningún ciudadano de su conocimiento, menos a la Autoridad y a sus agentes (...) lo que implica un conocimiento detallado de la legislación relacionada con la restricción de la libertad, algo que aún sigue siendo impensable, o cuando menos de difícil efectividad práctica”.

21 Al respecto, vid. APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención y otras medidas de coerción con menores*, en *Revista de Derecho Penal*, N.º. 3, Madrid, 2001, p. 44; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción...*, op. cit., p. 134; MORA ALARCÓN, José Antonio, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 144; MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Responsabilidad...*, op. cit., p. 254; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción...*, op. cit., p. 296; SEBASTIÁN OTONES, Milagros, *La instrucción...*, op. cit., p. 1279; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Derecho...*, op. cit., p. 448.

ser realizada de manera inmediata²²; en ese sentido, la autoridad policial (o judicial) desde el momento que practique la detención deberá realizar la comunicación al menor, no siendo justificable ningún tipo de tardanza²³.

Es frecuente encontrarse con detenidos que no han sido informados de sus derechos, ni de los motivos de su detención, o bien, que aquella información no se haya comunicado correctamente, ya sea, porque la policía no muestra ningún interés, bien por el desconocimiento del deber de brindar esa información al detenido, o porque la ejecución de la detención ha sido sumamente conflictiva²⁴. En la mayoría de oportunidades, esta información se obtiene en un segundo momento, o sea, cuando actúa la autoridad judicial competente —normalmente

el fiscal-, quien deberá informar debidamente al detenido el porqué de su detención, o concretar de una mejor manera la información brindada por la policía.

Ante la situación descrita, resultaría de suma importancia que las autoridades judiciales recuerden, continuamente, a las autoridades de policía, su obligación de informar al menor detenido —en ese primer contacto- de sus derechos y de los motivos de su detención, cumpliendo de esta forma con la normativa citada²⁵.

Asimismo, sería importante plantear la inclusión de un artículo en la LJPJ que manifieste de manera expresa la obligación de la policía, desde un primer momento, de realizar la

22 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, I.U.C.; GISBERT JORDÁ, Teresa, Las Medidas..., op. cit., p. 119; APARICIO BLANCO, Prudencio, La detención..., op. cit., p. 45; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, La instrucción..., op. cit., p. 136; MARCHENA GÓMEZ, Manuel, I.U.C.; SEBASTIÁN OTONES, Milagros, I.U.C.; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, I.U.C.; VENTURA FACI, Ramiro y otro, Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Comentarios y Jurisprudencia, Editorial Colex, I edición, Madrid, 2000, p. 99, quien indica que esa inmediatez de conocimiento de los hechos atribuidos al menor como derecho, se encuentra recogida en la jurisprudencia del TC (STC 186/1990).

23 En ese mismo sentido, vid. GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, Las garantías..., op. cit., p. 79. Sobre la comprensión de la información que se le brinda al menor, y la tardanza de la comunicación de derechos justificada en esa comprensión, SALIDO VALLE, Carlos, La detención..., op. cit., p. 42, nos indica: "La información puede plantear problemas de comprensión al menor de edad penal detenido acerca de lo que le está informando, por lo que será el caso particular el que indique cómo o cuándo se le ha de informar. En principio, debe hacerse lo más inmediatamente posible al hecho de la detención, y utilizar un lenguaje claro y sencillo, adecuado a la edad del detenido. La práctica va a exigir, en determinadas ocasiones, el aplazamiento del acto de información de derechos al menor, por el escaso conocimiento o comprensión de éste. Sería deseable que, sin perjuicio de intentar una primera información con la mayor brevedad, ésta se produjese ante la persona que ostente la patria potestad, tutela o guarda del menor o, cuando no fuese halladas ninguna de las personas indicadas en primer lugar, ante el Ministerio Fiscal".

24 Con respecto a este último aspecto vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, Detenciones..., op. cit., p. 170, quien indica: "Normalmente —refiriéndose a la comunicación de derechos- se realiza de manera verbal por parte de quien ejecuta la detención. Aunque tal información suele ser rápida y resumida, dada la precariedad de la situación en que se ha producido la detención, frecuentemente caracterizada por haber mediado algún tipo de violencia, correlativa a la inicial resistencia de la persona detenido, lo que ha podido originar cierto nerviosismo en quien ha ejecutado la detención y en quien ha sido detenido. De ahí que se suelen exponer suficientemente las razones de la detención y los derechos(...) cuando se estabilice y asegure la situación surgida tras la práctica de la detención".

25 De esta forma, lo que se busca es impedir la práctica policial de no comunicar los motivos de su detención, y mucho menos los derechos a los menores detenidos. Así, GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, I.U.C.

comunicación de los motivos y razones de la detención, así como de los derechos al menor detenido²⁶.

1.2. Notificación de la detención a los representantes legales del menor

Una vez que el menor es detenido, existe la obligación de las autoridades que ejecutaron la detención de notificarle de manera inmediata a los padres o representantes del menor, tanto la detención, como el lugar de custodia del menor (arts. 10.1 y 7.1 Reglas de Beijing; 37.c. CDN; y 8 de la Recomendación 87 (20), para Europa²⁷).

La notificación que realicen las autoridades policiales o funcionarios que intervienen en ese primer contacto con el menor detenido a los padres del menor o a sus representantes, es de suma importancia para garantizar sus derechos. En este caso, no debe olvidarse que la persona detenida es un menor de edad; de tal forma, en primera instancia la defensa de éste corresponderá, de manera natural²⁸, a sus padres o representantes en conjunto con aquél (ya sea para la contratación expedita del letrado que representará al menor, o bien enterarse y explicarle al menor de una mejor

manera los hechos que se le atribuyen, etc.). El cumplimiento de este derecho constituirá un apoyo imprescindible en el derecho de defensa del menor.

En cuando a esta notificación la LJPJ es omisa, pues no obliga a las autoridades policiales ni judiciales -que tengan este primer contacto con el menor detenido- a notificar a sus representantes legales; por lo tanto, se le estaría vedando al menor del derecho que tiene a la presencia de sus padres o representantes legales desde un inicio del proceso. Sin embargo, este aspecto, podría tener cobijo –aunque no expresamente- en la normativa interna, tanto en artículo 33 LJPJ, como en el artículo 114.e. Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), que establecen de manera general, como una de las garantías que goza el menor en el proceso, la presencia de sus representantes.

Ahora bien, se ha entendido que el derecho a notificar a los representantes debe extenderse a aquellos casos en que la representación del menor sea inclusive de hecho; o sea, será válida la asistencia de aquél quien ostente la guarda y crianza del menor de hecho, aunque no sea el padre biológico o representante

26 El derecho a la información lo encontramos consagrado a nivel constitucional en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 17.3. CE, siendo una innovación, respecto a las Constituciones de los países democráticos –salvo Portugal-, e inclusive con respecto a las Declaraciones Internacionales. Así, GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías...*, op. cit., p. 85. Asimismo, la LORPM en su artículo 17, inciso 1, que establece: “Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor (...) estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten (...)”.

27 “Reforzar la posición legal de los menores durante todo el procedimiento, incluida la fase policial reconociendo entre otros: (...) el derecho a la presencia de los padres o de otro representante legal que deben ser informados desde el inicio del procedimiento (...)”.

28 En ese sentido, vid. SALADO OSUNA, Ana, *Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva de la Corte Americana de Derechos Humanos*, en *Anuario de Justicia de Menores*, N°. II, Año 2002, p. 92.

legal²⁹. Así, lo importante es que dicha persona sea quien se responsabiliza por el menor de edad, sea de la confianza del menor, que éste haya solicitado su presencia³⁰, y que no exista un interés contrapuesto que no aconseje su presencia.

El problema se presentaría en aquellos casos en que sean notificados los padres o representantes del menor, pero que éste solicite amparándose al artículo 82.b. CPP³¹, la comunicación de su detención a otra persona de su confianza u organización diferente de aquéllos.

En estos casos, deberá concedérsele al menor dicho derecho, aunque no exime de la comunicación que las autoridades deberán realizar siempre a sus representantes.

Existirán casos en que no pueda contarse con la presencia de los padres o representantes del menor, ya sea porque el menor proviene de una familia desestructurada, y aquellos no atiendan la notificación, bien porque no se hayan podido localizar, o porque no sea aconsejable a los intereses del menor³². En estos casos la LJPJ no establece ningún tipo de solución, por lo que deberá preguntársele al menor si tiene alguna persona de confianza –art.82.b. CPP–, o bien, debería informarse inmediatamente al representante del PANI, quien como representante de los menores será la entidad obligada a acudir en defensa del menor.

El contenido de la notificación que se realiza a los representantes del menor debe referirse a los motivos de detención del menor y el lugar

29 Con respecto a permitir la notificación de quienes ostentan la guarda y crianza de hecho del menor, APARICIO BLANCO, Prudencio, *La detención...*, op. cit., p. 44, nos indica: "No puede exigirse a la policía una investigación exhaustiva dirigida a conocer la situación legal del menor y bajo qué personas se encuentra, situación que incluso puede ser ignorada por el propio menor". En ese mismo sentido, SEBASTIÁN OTONES, Milagros, *La instrucción...*, op. cit., p. 1280. Asimismo, vid. GISBERT JORDÁ, Teresa, *Cuestiones sobre medidas cautelares*, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, I-2001, p. 528, para quien dentro de esta representación cabría cualquier familiar mayor de edad (hermanos, tíos, abuelos, etc.). La detención por ser provisionalísima impedirá muchas veces conocer en ese lapso tan corto, conocer verdaderamente la situación que tiene el menor respecto a quienes se apersonan, salvo que sea obvia la relación entre ambos por los documentos de identidad que presenten los representantes del menor.

30 Se ha considerado admisible la comunicación de al menos uno de sus representantes, aunque nada impide que los dos acudan a este llamado. En ese sentido, vid. SAMANES ARA, Carmen, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 146.

31 Sobre este artículo LLOBLET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso...*, op. cit., pp. 318 y 319, nos indica: "La comunicación a los familiares o agrupación que indique el imputado tiene importancia por un lado para que los mismos conozcan la razón por la que la persona no llega a su casa de habitación, trabajo u otras actividades, por otro lado tiene relevancia con respecto a la labor fiscalizadora que pueden cumplir los familiares y otras organizaciones sobre la legalidad de la detención, por último se tiende a facilitar que el imputado cuente con una defensa técnica de confianza, puesto que al estar detenido tendrá dificultades para conseguir una, de modo que los familiares, entidad u organización podrán colaborar con el imputado buscando un defensor de confianza que lleve el caso (...) inciso c) de este artículo (...)".

32 En igual sentido, vid. APARICIO BLANCO, Prudencio, I.U.C.; SAMANES ARA, Carmen, I.U.C.; GISBERT JORDÁ, Teresa, *Las medidas...*, op. cit., p. 120. Sobre quién debe valorar si existe ese interés contrapuestos, SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de la responsabilidad penal de los menores*, en *Justicia Penal de Menores (Análisis sustantivo y proceal de la nueva regulación)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 225, indica: "Una excepción a la presencia de estos últimos (...) «cuando las circunstancias aconsejen lo contrario», juicio de valor que más que la policía corresponde al Fiscal de Menores que deberá ser, quien inmediatamente informado por los funcionarios policiales, decida al respecto tras ponderar la naturaleza de los hechos, su gravedad y reiteración, la actitud de los representantes legales con respecto al menor y demás circunstancias concurrentes".

donde este se encuentra³³. Asimismo, dicha comunicación debe realizarse de manera inmediata³⁴; así, dado lo provisionalísima que resulta la medida, lo correcto es que la comunicación se realice por un medio ágil, que permita que los representantes del menor conozcan desde un primer momento de su detención. En ese sentido, no sería excusable una comunicación tardía, en la medida que ésta desmejoraría la posición del menor en el proceso, resultando una clara violación a sus derechos.

De tal forma, aunque la LJPJ no contempla de manera expresa la notificación de los padres o representantes legales del menor de edad, es obligación de las autoridades policiales y funcionarios realizarla en el momento que se detiene al menor, como parte integrante de sus funciones, e independientemente, que el menor no lo haya solicitado³⁵; de lo contrario, se actuaría en contravención de los derechos reconocidos al menor de edad en la normativa internacional, reconocida por el Estado costarricense.

Por lo expuesto, se considera que de manera oportuna deberá incluirse este aspecto en la LJPJ; así, a través de una reforma legislativa de manera expresa y específica, deberá establecerse el derecho que le asiste al menor de edad a que, una vez que es detenido, se notifique a sus padres o representantes legales de manera inmediata sobre esa detención³⁶.

2. DERECHO A LA ASISTENCIA MÉDICA, PSICOLÓGICA Y RELIGIOSA

Este derecho no está contenido en nuestra legislación procesal penal³⁷; sin embargo, todo menor tendrá derecho desde el primer momento de su detención a ser atendido por un personal cualificado (médicos, psicólogos, trabajadores sociales), que valoren al menor y le den el apoyo necesario, en esos primeros momentos, para reducir los efectos estigmatizantes de la privación de libertad, así como, buscar en todo momento su reinserción social³⁸.

33 En ese sentido, vid. GISBERT JORDÁ, Teresa, Las medidas cautelares, Responsabilidad Penal de los Menores, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p. 119; POLO RODRÍGUEZ, José Javier y HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús, La nueva ley..., op. cit., p. 37; DEL CAMPO BELTRÁN, María Isabel, El tratamiento..., op. cit., p. 64; SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, La intervención..., op. cit., 225; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, Derecho..., op. cit., p. 448.

34 Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, La instrucción..., op. cit., p. 138; APARICIO BLANCO, Prudencio, La detención..., op. cit., p. 45; GISBERT JORDÁ, Teresa, I.U.C.; MORA ALARCÓN, José Antonio, Derecho penal..., op. cit., p. 148.

35 En ese sentido, MARCHENA GÓMEZ, Manuel, I.U.C., indica: "El derecho a informar a un familiar del hecho de la detención y el lugar de custodia, además de un derecho del menor, presenta los rasgos de una obligación legal que incumbe a la autoridad o funcionario que haya practicado la detención, pues esa notificación debe practicarse en todo caso y con independencia de que por parte del menor se ejercite o no de un modo efectivo el derecho que la Ley le confiere".

36 Por su parte, el artículo 17.1 LORPM, establece la notificación de los padres como una obligación de los funcionarios o autoridades que intervengan en la detención del menor: "(...) También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor (...)".

37 Por su parte, en España el artículo 17.3 LORPM indica: "Mientras dure la detención, los menores (...) recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales". Asimismo, este derecho del detenido se encuentra contenido por el artículo 520.2.f. LECrim, que indica: "Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas".

38 Al respecto, vid. Samanes Ara, Carmen, La responsabilidad..., op. cit., p. 148; Gisbert Jordá, Teresa, Las medidas..., op. cit., p. 117; Mora Alarcón, José Antonio, I.U.C. En ese mismo sentido, vid. Marchena Gómez, Manuel, Responsabilidad..., op. cit., p. 255; López López, Alberto Manuel, Tratamiento..., op. cit., p. 1226; Dolz Lago, Manuel Jesús, La instrucción penal de fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites, en Justicia Penal de Menores (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 297; Higuera Guimerá, Juan Felipe, Derecho..., op. cit., p. 448.

(art. 13.5. Reglas de Beijing; 37.d. CDN; y 7 Recomendación 87 (20), para Europa).

Desde un primer momento se supone que al menor detenido deberá brindársele la asistencia del equipo técnico³⁹, no sólo como una medida de asistencia durante su detención a efectos de hacerla menos perjudicial⁴⁰; sino porque es una información con la que deberá contar el Fiscal para la solicitud de cualquier medida cautelar que quiera solicitar, pues este informe lo pondrá al tanto de la situación personal, familiar y social en la que se desenvuelve el menor, situación que, evidentemente, fundamentará en muchas ocasiones que la medida elegida sea consecuente con la situación real del menor. Desgraciadamente, el artículo 93 LJPJ (estudio psicosocial) permite esta intervención en un momento tardío, cuando el menor ya ha transitado la mayor parte del proceso, por lo que no se podrá contar en un primer momento con

este tipo de información, siendo que muchas medidas cautelares tomadas en contra del menor carecerán del fundamento requerido que justifiquen la adopción de la medida, máxime que sin ese estudio se desconocerá las características personales del menor, su situación social o familiar.

En cuanto a la atención médica, la encontramos más bien como una obligación de la policía administrativa, debiendo brindarla a aquellas personas que estando bajo su custodia la requieran (art. 10.h.LGP⁴¹); asimismo, de manera general, el artículo 41 CNA⁴² ha establecido la atención médica como un derecho de todo menor.

La finalidad de la asistencia médica será asegurar que la persona detenida ha recibido un buen trato por parte de quienes le detienen⁴³, ya sea, por cualquier indisposición

39 Al respecto, vid. Martín Ostos, José de los Santos, Aspectos procesales de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, en Menores Privados de Libertad, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 165.

40 La LORPM (art. 27) regula lo referente a la actuación del equipo técnico en el proceso, así como sus funciones, y la elaboración del informe técnico a petición del fiscal. Asimismo, se destaca la obligatoriedad de la actuación de éstos profesionales, anterior a la adopción de cualquier medida cautelar en contra del menor (art.28.2. LORPM), a efectos de que informen sobre su situación personal, social, familiar, y sobre la conveniencia o no de la medida cautelar solicitada, así como una determinada intervención socio-educativa. Asimismo, su actuación se encuentra desarrollada por el artículo 4 del RLORPM, que establece: "(...) Del mismo modo prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención (...)".

41 Artículo 10. Principio fundamentales. En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de las fuerzas de policía deberán respetar las siguientes normas: h) Cuidar y proteger la salud física y mental de las personas bajo su custodia. En especial, deberán atender el suministro de medicamentos, la revisión médica o la atención hospitalaria de quienes requieran, con urgencia, esos servicios, por estar en peligro su vida".

42 "Artículo 41. Derecho a la atención médica. Las personas menores de edad gozarán de atención médica directa y gratuita por parte del Estado. Los centros o servicios públicos de prevención y atención de la salud quedarán obligados a prestar, en forma inmediata, el servicio que esa población requiera sin discriminación de raza, género, condición social, ni nacionalidad. No podrá aducirse ausencia de sus representantes legales, carencia de documentos de identidad, falta de cupo ni otra circunstancia".

43 Señala E. Espín: "Ello supone la obligación de los poderes públicos de velar porque se reciba un trato acorde con la dignidad humana todas las personas, y en especial aquellas que dependan de ellos por cualquier razón, tanto de manera ocasional o transitoria (un detenido), como de manera más permanente, como los sujetos privados de libertad por razón de delito, los menores a su cargo (...)". Citado por González Ayala, M.^a Dolores, Las garantías..., op. cit., p. 126.

que pueda sufrir durante la detención, o bien, como reconocimiento médico⁴⁴, para acreditar a que fue correcto el trato que se le dispensó a lo largo del período de detención.

Con esto se pretende controlar cualquier maltrato o tortura sufrida por el menor detenido⁴⁵, durante su detención; malos tratos que han sido proscritos por nuestra Constitución (arts. 40 C. Pol.), así como por la normativa internacional (37.a. CDN; 5 Declaración Universal de Derechos Humano -DUDH-; y 6 PIDCP)⁴⁶.

De tal forma, la asistencia médica no podrá ser postergada al menor detenido, y deberá brindársele tantas veces la requiera⁴⁷, pues de ella dependerá su salud y bienestar; así, aquél funcionario que niegue retarde esta asistencia, podrá incurrir en responsabilidad por cualquier perjuicio que esta actitud pueda ocasionar al menor de edad⁴⁸.

Por otra parte, la CDN establece de manera general el derecho del menor de edad a la libertad religiosa (art. 14); de igual forma, este derecho se encuentra contenido por el artículo 18 DUDH. Asimismo, la libertad religiosa se haya consagrada por el artículo 75 de nuestra Constitución Política, y específicamente por el artículo 14 CNA.

Ahora bien, en cuanto a los menores sujetos a detención o prisión preventiva, la asistencia religiosa deberá considerarse como un derecho de éstos. En ese sentido, el derecho a la asistencia religiosa se encuentra consagrado por la normativa internacional, de acuerdo con los artículos 13.5 de las Reglas de Beijing, 4, 13 y 48 RNUPMPL.

De tal forma, las autoridades que atiendan al menor detenido deberán procurar que su derecho a ejercer la libertad religiosa no se vea conculcado por el hecho de estar detenido, pues, como lo hemos indicado con anterioridad, la detención del menor no debe obstaculizar los derechos que sean compatibles con su detención (art. 13 RNUPMPL).

3. DERECHO A ESTAR SEPARADO DE LOS ADULTOS

Este derecho fue de las primeras medidas que se tomaron con respecto a los menores detenidos, iniciando el largo camino hacia la especialización del proceso penal juvenil. Este derecho se encuentra contenido por el artículo 27 LJPJ; asimismo, lo encontramos en los artículos 37.c. CDN; 13.4. Reglas de Beijing; 10.2.b. PIDCP; 5.5 CADH; y 7 de la Recomendación 87 (20), para Europa).

44 Al respecto, González Ayala, M.^a Dolores, l.u.c., nos indica: "El reconocimiento médico como derecho de todo detenido se erige así en garantía de la que se ha dado en llamar, siguiendo la terminología alemana, "la incolumidad personal" (Unversehrtheit), concepto complejo que comprende una pluralidad de derechos: derecho a la integridad física, derecho a la salud física y mental, derecho al bienestar corporal y psíquico y derecho a la propia apariencia personal".

45 Así, vid. Climent Durán, Carlos, *Detenciones...*, op. cit., p. 197. En igual sentido, vid. Salido Valle, Carlos, *La detención...*, op. cit., p. 295.

46 Véase, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrita en Nueva York, de 10 de diciembre de 1987. Así como, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 28 de febrero de 1987, conforme al Artículo 22 de la Convención.

47 Cfr. Climent Durán, Carlos, *Detenciones...*, op. cit., p. 198.

48 En similar sentido, vid. Carballo Armas, Pedro, *Detención policial...*, op. cit., p. 760; Mora Alarcón, José Antonio, *Derecho penal...*, op. cit., p. 145.

Asimismo, esta regla se amplía respecto a los menores sometidos a cualquier tipo de detención provisional, debiendo ser separados, a su vez, de aquellos que hayan sido condenados⁴⁹ (arts. 58 LJPJ⁵⁰; 17 RNUPMPL; 13.4 Reglas de Beijing; 10.2.a. PIDCP; 5.4. CADH).

Consideramos que, aunque esta es una de las aspiraciones más antiguas respecto a la especialización en el derecho penal juvenil, lo cierto es que, casi la mayoría de las delegaciones policiales donde los menores son detenidos no cuentan con espacios especializados, ni apartados de las dependencias que se utilizan para la detención de los adultos⁵¹. En ese sentido, lo que se hace, cuando el menor amerite ser detenido, es indicar a la policía que el menor sea mantenido en una celda aparte donde no tenga relación con adultos; o bien, en caso de haber adultos detenidos en las celdas, se ordena que el menor sea custodiado en una oficina aparte en la delegación policial.

De tal forma, se hace necesario por parte del Estado costarricense, hacer una inversión

presupuestaria en este campo, para poder contar con los espacios adecuados y especiales, y así, la detención del menor no produzca daños mayores a su personalidad.

4. DERECHOS DEL MENOR EXTRANJERO DETENIDO

Debe indicarse que la LJPJ no hace ninguna referencia a la detención de menores extranjeros⁵²; sin embargo, de acuerdo con nuestra Constitución Política a éstos les asistirán los mismos derechos y deberes que los costarricenses (art. 19).

En primera instancia cuando un menor es detenido tiene derecho a que, además, de la comunicación que se debe realizar a sus representantes, se comunique a la embajada de su país, o consulado a efectos de poner en conocimiento de su detención⁵³, aspecto que será de suma importancia para aquellos casos en que se requiera la presencia de un traductor⁵⁴.

49 En ese sentido se expresa el voto n° 4730-94, de la Sala Constitucional. En ese mismo sentido se expresa la legislación de menores alemana en el § 93, párr. 1 JGG, para el caso de los menores sometidos a prisión preventiva. Asimismo, la LORPM (art. 54), contempla esta separación.

50 Así se expresa también la LORPM (art. 17.3): "Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (...)"

51 Al respecto, Dolz Lago, Manuel Jesús, La instrucción..., op. cit., p. 293, indica: "(...) se deduce que no será lugar adecuado los calabozos de las Comisarias o Cuarteles de la Guardia civil, salvo que se habiliten expresamente para ello, siendo más adecuado que se custodien en Centros de recepción de menores".

52 Por su parte, la LORPM (art. 17.1.) indica: "(...) Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales".

53 En ese sentido, ver la Circular 53-2001 de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, Boletín Judicial N° 113 de 13 de junio de 2001, en esta se comunicó el acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial N° LXV (aprobado en la sesión N° 28-01, de 5 de abril de 2001), sobre la comunicación que debe realizarse a las autoridades consulares, que aunque se especificó con respecto a la comunicación de detenidos alemanes, debe regir para cualquier extranjero cuyo estado tenga representación diplomática en el país.

54 En ese sentido, vid. Dolz Lago, Manuel Jesús, La instrucción..., op. cit., p. 291.

Asimismo, de no hablar español tendrá derecho a contar con un traductor de confianza (arts. 14, 130, y 131 CPP); o bien, de no tenerlo deberá proporcionársele uno de forma gratuita (arts. 265 CPP y 8.2 CADH), a efectos de que conozca sus derechos y los motivos de su detención. Este derecho ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental que debería ejercerse durante todo el proceso⁵⁵.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La LJPJ no es expresa en cuanto al tratamiento y derechos del menor detenido; de tal forma, debe hacerse una remisión continua a la normativa procesal de mayores, restando la especialidad pretendida, o bien, tener por entendido el contenido de los derechos del menor detenido plasmados en la normativa internacional. Lo anterior, hace que, difícilmente, el primer contacto que realice el menor con la policía, sea el más adecuado para garantizar

sus derechos; difícilmente, le podremos exigir a la policía, máxime si es la administrativa, que haga este tipo de interpretaciones, para solventar las lagunas legales de un texto normativo omiso, urgiendo la inclusión de estos derechos de manera expresa en la Ley.

En ese sentido, se propone lo siguiente: Se requiere incluir un apartado específico en la Ley de Justicia Penal Juvenil, donde se estructuren los derechos del menor detenido. Ese apartado debe contener, expresamente, los siguientes derechos: el derecho a la información; la notificación inmediata de los representantes del menor detenido sobre su detención y motivos de ésta; el derecho a la asistencia médica, psicológica y religiosa, en este punto urge la reforma del artículo 93 LJPJ para la realización del estudio técnico, desde el inicio de la detención. Asimismo, se requiere de la construcción de espacios adecuados para ubicar al menor de edad, en los primeros momentos de su detención. Finalmente, debe establecerse, expresamente, el tratamiento que debe recibir el menor extranjero detenido.

55 Ver voto de la Sala Constitucional nº 5414-1999 que indica: "La omisión del nombramiento de traductor cuando este era necesario sí implica un grave quebrando en el ordeamiento jurídico (...) Aunque el mismo –refiriéndose al imputado– tenga asistencia técnica de un abogado defensor, esta no puede prevalecer sobre la prueba material; debiendo estar en todo momento informado de lo que sucede (...) Asimismo, en este mismo sentido cobra relevancia lo dispuesto por el artículo 8.2.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece expresamente la obligación del Estado de otorgar traductor al imputado durante todo el proceso".

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y OFICIALES

*Dr. Gabriel Boyd Salas **

SUMARIO

Introducción

- 1- El Contrato de Seguros**
 - 1-1- Definición**
 - 1-2- Características y sujetos.**
 - 1-3- Clasificación**
- 2- Contratos de Seguros por Responsabilidad Civil.**
 - 2-1- Responsabilidad Contractual.**
 - 2-2- Responsabilidad extracontractual**
- 3- El Contrato de Directores y Oficiales.**
 - 3-1- Diferencia con la póliza de fidelidad**
 - 3-2- Importancia y elementos contractuales**

Conclusiones

Bibliografía.

Resumen

El seguro de responsabilidad civil, es uno de los contratos de mayor importancia dentro del mundo moderno, donde los reclamos por la responsabilidad objetiva han ido creciendo y desarrollándose de una forma vertiginosa. Esto ha producido un seguro tremendamente importante especialmente cuando se trata de cubrir los riesgos por las decisiones equivocadas, u omisiones de los entes rectores de una empresa o institución importante.

Summary

The insurance of civil liability, is one of contracts of greater importance within the modern world, where the reclamations by the objective responsibility have been growing and being developed of a vertiginous form. This has produced a tremendously important insurance specially when is to cover the risks by the mistaken decisions, or omissions of the directors from a big company or institution.

* Gabriel Boyd Salas es abogado experto en seguros, doctor en derecho internacional privado y especialista en Derecho Comercial.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y OFICIALES

*Dr. Gabriel Boyd Salas **

INTRODUCCIÓN:

El derecho de seguros es de los temas menos tratados por la doctrina costarricense, este trabajo pretende delimitar en cierta medida si existe una posibilidad técnico – jurídica y a la vez una necesidad social de implementar una póliza de responsabilidad por malpraxis de directores y gerentes de las principales empresas tanto en el sector público como en el privado.

Ya hace muchos años para mi tesis de licenciatura hicimos un trabajo donde analizamos el contrato de seguros de responsabilidad civil profesional en forma general.

Este trabajo pretende dar una continuidad a esa investigación y analizar un contrato en específico de gran importancia pero con pocos elementos doctrinarios para evaluar.

Pretendemos además iniciar una de múltiples investigaciones sobre el Contrato de Seguros, en momentos que en Costa Rica se plantea la apertura del monopolio que en esa materia ha regido en Costa Rica por años. Y donde por primera vez la Asamblea Legislativa está impulsando una ley general del contrato de seguros.

1- EL CONTRATO DE SEGUROS

1-1- Definición

El contrato de seguros es aquel por el que un sujeto (empresa de seguros), contrata con otro (tomador de la póliza) el asumir un riesgo, para que en caso de ocurrir un hecho futuro e incierto (sinistro) el tomador o un tercero (beneficiario) reciban una indemnización, a cambio de esto se paga una suma mensual (prima).

Nuestra actual ley de seguros es parca y obsoleta, nos explica un poco sobre este concepto y da una clasificación ya superada doctrinariamente.

Podemos ver el artículo 1 de la ley de Seguros de Costa Rica que dice:

El seguro puede tener por objeto todo interés estimable en dinero y toda clase de riesgos, no mediando prohibición expresa de la Ley. Puede comprender entre otras cosas:

- 1) Los riesgos de incendio.
- 2) Los riesgos de cosechas.
- 3) La duración de la vida de uno o más individuos.
- 4) Los accidentes corporales.
- 5) Los riesgos del mar.
- 6) Los riesgos del transporte por tierra, por río y aguas interiores.¹

1- Ley de Seguros República de Costa Rica ley 11 del 2 de Octubre de 1922

En ese sentido el proyecto de ley del contrato de seguros es mucho más acorde con la técnica jurídica más moderna.

Veamos el artículo del proyecto de ley que define el contrato de seguros

ARTÍCULO 2.- Contrato de seguro

El contrato de seguro es aquel en que el asegurador se obliga, contra el pago de una prima y en el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y condiciones convenidos.²

Es interesante ver que sin embargo esta definición es amplia, e incluye dentro de la posible indemnización cualquier prestación de ese carácter como podría ser los servicios legales en caso de demandas por responsabilidad civil, entre otros.

1-2- Características y sujetos:

El contrato es Consensual, adhesivo, bilateral, de tracto sucesivo, aleatorio, y patrimonial .

Los sujetos, normales en un contrato de seguros , son la empresa de seguros o entidad aseguradora, el tomador del seguro, es decir la persona que contrata y paga la prima, y el beneficiario. Aquel que recibe la indemnización en el caso que ocurra el siniestro.

Sin embargo pueden existir una serie de sujetos relacionados:

Asegurado: En ciertos seguros llamados personales, como vida o gastos médicos el asegurado puede ser la misma persona que el tomador o un tercero. El asegurado es el que sufre el siniestro y en seguros de bienes no va a ser una persona sino una cosa.

Corredor: Es el profesional que vende un seguro, su obligación es buscar la mejor opción para el tomador de la póliza.

Empresa corredora: También llamada comercializadora o en inglés “brooker”, es aquella que distribuye los seguros creados por una aseguradora.

Reaseguradora: Aquella que distribuye el riesgo que generan las aseguradoras por su actividad.

En ese sentido el proyecto de Ley del Contrato de Seguros es también acorde con los principios esenciales del Derecho de Seguros:

ARTÍCULO 3.- Partes y terceros relevantes del contrato de seguro

A) Son partes del contrato de seguro:

- i) El asegurador que es quien asume los riesgos.
- ii) El tomador que es quien contrata el seguro y traslada los riesgos.

2- Proyecto de Ley del Contrato de Seguros expediente 16304 Departamento de Servicios Parlamentarios Asamblea Legislativa

B) Son terceros relevantes para el contrato de seguros:

- i) El asegurado que es la persona que en sí misma o en sus bienes está expuesta al riesgo.
- ii) El beneficiario que es la persona en cuyo favor se ha establecido la indemnización que pagará el asegurador, quien deberá tener un interés lícito de carácter económico o afectivo en la cosa o persona aseguradas.

El tomador, el asegurado o el beneficiario pueden ser o no la misma persona. En este último caso la póliza definirá a quienes de estos corresponden los derechos y obligaciones del contrato.

Cuando se trate de personas distintas, las referencias que esta Ley haga al asegurado se entenderán hechas al tomador o beneficiario, en lo que les sea aplicable.

Salvo convenio en contrario, el asegurador podrá oponer al asegurado y al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador.³

Parece que el último párrafo de este artículo es innecesario, ya que el beneficiario o el asegurado no son partes del contrato en sí, y por ende no vemos en que se podrían aplicar, excepto quizás en el caso de seguro de vida, pero esto es una disposición que debería estar contemplada en la parte “especial” del proyecto y no en una parte “general” del mismo.

1-3- Clasificación:

De diversos modos pueden clasificarse los seguros. En primer lugar, según se hallen a cargo del Estado, en su función de tutela o de la actividad aseguradora privada, se dividen en seguros sociales y seguros privados.

Seguros sociales: Los seguros sociales tiene por objeto amparar a la clase trabajadora contra ciertos riesgos, como la muerte, los accidentes, la invalidez, las enfermedades, la desocupación o la maternidad. Son obligatorios sus primas están a cargo de los asegurados y empleadores, y en algunos países el Estado contribuye también con su aporte para la financiación de las indemnizaciones. Otra de sus características es la falta de una póliza, con los derechos y obligaciones de las partes, dado que estos seguros son establecidos por leyes y reglamentados por decretos, en donde se precisan esos derechos y obligaciones.

El asegurado instituye al beneficiario del seguro, y si faltase esa designación serán deberían ser beneficiarios sus herederos legales, como si fuera un bien ganancial, en el orden y en la proporción que establece el Código Civil en su artículo 571. Por consiguiente, producido el fallecimiento del asegurado la empresa de seguros debe abonar el importe del seguro a los beneficiarios instituidos por aquél o a sus herederos.

El sistema de pensiones no es técnicamente un seguro, aunque por sus finalidades resulta análogo. Permite gozar de una renta a los jubilados y cubre los riesgos del desamparo

3- Cabanellas Diccionario jurídico de Derecho Usual tomo 3 p 310

en que puede quedar el cónyuge y los hijos menores de una persona con derecho a jubilación, ordinaria o extraordinaria, a la fecha de su fallecimiento.

Seguros privados: Estos seguros son los que el asegurado contrata voluntariamente para cubrirse de ciertos riesgos, mediante el pago de una prima que se halla a su cargo exclusivo. Además de estas características podemos señalar:

Los seguros privados se concretan con la emisión de una póliza – el instrumento del contrato de seguro – en la que constan los derechos y obligaciones del asegurado y asegurador.

De acuerdo con su objeto los seguros privados pueden clasificarse en seguros sobre las personas y seguros sobre las cosas y de Responsabilidad Civil.

Seguros sobre las personas: El seguro sobre las personas comprende los seguros sobre la vida, los seguros contra accidentes y los seguros contra enfermedades. En realidad, constituyen un solo grupo denominado seguro de vida, pues los seguros contra accidentes y enfermedades no son sino una variante de los seguros de vida.

Seguros sobre las cosas: Los que protegen de siniestros que afectan bienes, como incendio, robo, terremoto etc.

Seguros de Responsabilidad Civil: Que estudiaremos en detalle a continuación.

2- Contratos de Seguros por Responsabilidad Civil:

El proyecto de Ley reguladora del contrato de seguros en Costa Rica, nos presenta una definición que a nuestro juicio acarrea el problema, que incluye la responsabilidad contractual, pero en esta primera tenemos fuertes dudas sobre, como el incumplimiento obligacional puede ser objeto de un seguro.

Veamos que nos dice el proyecto de la ley:

Artículo 77.- Objeto del contrato

El seguro de responsabilidad civil impone al asegurador la obligación de responder de las indemnizaciones que deba pagar el asegurado a favor de terceros, por daños causados a la propiedad, por lesión o muerte.

Son asegurables tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, no así la responsabilidad derivada de dolo o culpa grave del asegurado o de las personas por las que este responda civilmente.

El seguro de responsabilidad civil no cubre multas, penas u otras sanciones similares que se impongan en contra del asegurado.

Si bien es claro que la responsabilidad civil contractual es asegurable, esta lo es en el tanto y en el cuanto no exista dolo, es decir la intención de no cumplir y siendo que el dolo en materia contractual es tan difícil de delimitar creemos que se incurre en un error al realizar un seguro de responsabilidad contractual, salvo casos que en realidad no existe esa responsabilidad como por ejemplo cuando por fuerza mayor se debe cancelar un concierto.

En ese caso si bien las empresas “venden” un seguro de responsabilidad contractual, creemos que lo que existe en realidad es un seguro donde el riesgo asegurable es un evento de la naturaleza, no el incumplimiento del contrato.

2-1 Responsabilidad Contractual.

La responsabilidad civil es aquella que encierra en si dos diferentes fuentes de obligaciones que provienen ya sea por el incumplimiento de un contrato o por el simple resarcimiento de un daño.

La responsabilidad será contractual cuando deviene el incumplimiento de un contrato, en este caso tenemos una situación que no es un interés asegurable salvo que del todo no exista dolo ya que el incumplimiento no es una situación que venga de un hecho futuro e incierto, sino de una circunstancia que proviene de la voluntad de una de las partes y que estas son las que producen el incumplimiento.

La definición técnica del dolo contractual que es definido por Cabanellas de la siguiente forma:

“En el derecho Civil el dolo constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato... Incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas.”⁴

Estudiemos el caso de los artículos 701 y 702 del código civil de Costa Rica ,que dicen:

Artículo 701.-

El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione aunque se hubiere pactado lo contrario.

Artículo 702.-

El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.⁵

Creemos que la responsabilidad contractual solo puede ser asegurable cuando no existe dolo civil. y siendo este tan mal delimitado en nuestro ordenamiento el proyecto de ley reguladora del contrato de seguros sería una oportunidad extraordinaria para estructurar su definición en el claro entendido que solo es asegurable en responsabilidad civil la conducta no dolosa.

2-2 Responsabilidad Extracontractual:

La responsabilidad Extracontractual es aquella que nace del deber genérico de no causar un daño a otro u otros, este sistema de responsabilidad, implica, que existan tres elementos, sin los que no se configura responsabilidad:

A: Daño, si no existe ,no se produce responsabilidad, el mismo debe ser demostrado por la parte que lo alega.

4- Proyecto de Ley reguladora del contrato de seguros

5- Código civil de Costa Rica.

B: Imputación del daño, es decir este debe ser atribuible a algún sujeto determinado.

C: Nexos de causalidad, entre la conducta del sujeto y el daño.

Esta responsabilidad se incurre por negligencia, impericia o imprudencia.

Negligencia: Es el no hacer, el no concurrir la mínimo de los cuidados debidos para evitar el daño.

Impericia: Es el no saber o no poder, actuar en un campo sin tener las habilidades requeridas para hacerlo causando con su actuar sin pericia un daño.

Imprudencia: Es un actuar de más que produce daño, el actuar sin el debido cuidado.

En este tipo de responsabilidad al no mediar intencionalidad, existe la posibilidad de tomar un seguro, puesto que si existe el elemento de aleatoriedad, del que carece la responsabilidad contractual.

3- El Contrato de Seguro de Directores y Oficiales.

3-1- Importancia y elementos contractuales

Seguro de responsabilidad de directores y de los oficiales es el seguro pagadero a los directores y los oficiales de una compañía para cubrir daños y o la defensa legal, por daños causados por actos que produjeren responsabilidad civil extracontractual. mientras que estaban con esa compañía.

Los demandantes típicos incluyen, accionistas, accionistas, clientes, reguladores, competidores (para las alegaciones comerciales anticompetitivas o injustas de la práctica).

El seguro de responsabilidad de directores y de los oficiales se conoce comúnmente como D&O en la industria de seguro.

El seguro de responsabilidad de directores y de los oficiales se compra comúnmente con un producto "seguro corporativo del compañero del reembolso", también conocido como "seguro del reembolso de la compañía". Cuando está comprada junta, una sola póliza de seguro se publica normalmente que se da derecho "directores y oficiales y seguro del reembolso de Compañía ". Las políticas modernas de los directores y de los oficiales ahora incluyen con frecuencia la cobertura para la entidad de la compañía sí mismo así como responsabilidad de la práctica del empleo. Este seguro es comprado generalmente por la compañía por sí misma, incluso cuando está para la ventaja única de directores y de oficiales. Las razones de hacer tan son muchas, pero incluyen legislaciones donde es mandatorio, inclusión como paquete de incentivos o como un estímulo empresarial.

Las empresas con este seguro dan además una imagen de seriedad y responsabilidad a terceros, lo que hace más atractivo el ingreso de estas empresas al mercado bursátil.

3-2- Diferencia con la póliza de fidelidad

En Costa Rica existe la llamada póliza de fidelidad, que confunde la figura de la fianza como seguro o seguro de fianza, utilizable para

participar en contrataciones públicas con un respaldo de cumplimiento, con un seguro por responsabilidad civil de funcionarios públicos.

En Costa Rica donde existen una gran cantidad de instituciones estatales con responsabilidad extrema de sus juntas directivas que ha llevado a algunos sujetos por múltiples motivos, entre ellos:

Las pólizas de fidelidad tienen montos mandatorios ridículos, por ejemplo cuando estuvo vigente para los notarios estos mantenían un nivel de aseguramiento por una responsabilidad aproximada de \$200 lo que es ridículo.

Las pólizas de fidelidad no cubren gastos legales de defensas sino que se limitan al pago de una suma determinada.

La Ley de seguro de fidelidad que estuvo vigente en Costa Rica decía lo siguiente:

Artículo 2.-

El contrato de seguro de fidelidad, tiene por principal objeto garantizar contra pérdida monetaria el manejo de fondos por funcionarios, empleados públicos y particulares, en favor

del Estado, Municipios, Junta o Dependencias del Estado, y las obligaciones que deben caucionar los notarios y demás funcionarios públicos.⁶

Conclusiones

El seguro de responsabilidad civil de directores y otros sujetos que tomen decisiones empresariales es un instrumento jurídico interesante que puede incluso ayudar a potencializar la inserción empresarial costarricense en los mercados bursátiles mundiales.

Con la pronta apertura del monopolio de los seguros en Costa Rica se ofrecerán pólizas modernas como es el caso del seguro aquí estudiado que pueden además ayudar al crecimiento empresarial.

El D&O se constituye como uno de estos productos de seguros no ofrecidos en este momento en Costa Rica que pueden ser tremendamente atractivos en un mercado de seguros abierto y que da al consumidor de las pólizas alternativas interesantes, para obtener el cubrimiento de riesgos que no son atractivos para la empresa estatal que hoy en día opera el monopolio.

6- Ley número 40 Seguro de fidelidad Costa Rica

LA COMPRA – VENTA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Lic. Luis Conrado Ramírez
Especialista en Derecho Comercial
de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO

I- Introducción.

II- Aspectos Generales Sobre Normativas de la Compra – Venta Internacional.

III- La Compra – Venta Internacional en la Convención de Viena de 1980.

I. Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales.

Ámbito de aplicación.

Autonomía de las partes.

Interpretación de la Convención.

Interpretación del contrato; usos.

Forma del Contrato.

II. Formación del Contrato.

III. Compra – Venta de Mercaderías.

Obligaciones del vendedor.

Obligaciones del comprador.

Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.

Transmisión del riesgo.

Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.

Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios.

Conservación de las mercaderías.

IV. Disposiciones Finales.

IV- La Compra – Venta Internacional en los Principios de UNIDROIT.

Libertad de contratación.

Libertad de forma y de prueba.

Principio Pacta Sunt Servanda.

Primacía de las reglas imperativas.

Naturaleza dispositiva de los Principios.

Principios de Internacionalidad y Uniformidad.

Principios de Buena Fe y de Lealtad Negocial.

Principio de primacía de los usos y las prácticas.

Principio de Llegada.

Definiciones.

V- Arbitraje Comercial Internacional, Conexiones con la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT.

A) Principios Sustanciales Fundamentales.

1- Principio de Buena Fe.

- a) Deber de cooperación de las partes.
- b) Deber de minimizar pérdidas.
- c) Culpa in contrayendo.

2- Principio de Diligencia,

B) Principios Instrumentales.

- 1- La competencia arbitral (Principio Kompetenz – Kompetenz)
- 2- La separabilidad de la cláusula arbitral (Autonomía de la cláusula arbitral)
- 3- Interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria.

C) Algunas Interpretaciones Sobre Temas Específicos.

- 1- El Derecho aplicable.
- 2- El Principio “Pacta Sunt Servanda”.
- 3- La Exceptio Non Adimpleti Contractus.

D) Últimas Tendencias.

- 1- Los Principios UNIDROIT aplicados propiamente como ley del contrato internacional.
- 2- Los Principios de UNIDROIT como complemento para aplicar la ley doméstica aplicable.
- 3- Los Principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de convenciones internacionales.
- 4- Exclusión de los Principios de UNIDROIT.

VI- Se Trabaja la Tercera Edición de los Principios de UNIDROIT.

VII- Conclusiones.

Bibliografía.

LA COMPRA – VENTA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Lic. Luis Conrado Ramírez

I- INTRODUCCIÓN:

En razón de las características propias de la Compra- Venta Internacional, las dificultades surgidas a partir de la interacción comercial entre sujetos provenientes de diferentes sistemas jurídicos, además de tenerse como motor esencial de la economía en general y en especial de las relaciones comerciales internacionales a la Compra – Venta, hacen que tanto los sujetos que actúan en tal ámbito como los Estados, adopten medidas tendientes a plantear reglas o al menos “principios” básicos para un mejor entendimiento entre los actores comerciales del espectro internacional.

Así las cosas, se crearon la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980) y Los Principios para Los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de UNIDROIT), amén de la creación de estos dos instrumentos y su cada vez mayor aceptación, las controversias en materia de contratación comercial internacional se continúan presentando y por ello se hace necesaria la implementación de mecanismos para la solución de tales controversia, mecanismos que responda a las características propias del comercio internacional, encontrando entre tales medios el “Arbitraje”, por ello en el presente texto se pretende, al menos, conocer de manera panorámica la influencia de la

Convención de Viena de 1980 en conjunto con los Principios de UNIDROIT en la toma de decisiones Arbitrales (Laudos) en materia de Compra – Venta Internacional.

II- ASPECTOS GENERALES SOBRE NORMATIVAS DE LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL.

El esfuerzo por crear reglas y/o principios generales en la materia, dio inicio en 1930 en Roma en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el que se vio interrumpido a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, reanudándose posteriormente, llegando a presentar su consecuente proyecto en 1964 en una conferencia diplomática celebrada en La Haya, Holanda, que adoptó dos convenciones: a) Sobre la compraventa internacional de mercaderías que fue la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales (LUVI) ; y b) Sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías que fue la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (LUF); estas convenciones fueron criticadas al ser consideradas, por algunos y de cierta manera, excluyentes, pues en general se consignaban en ellas corrientes jurídicas y comportamientos comerciales propios de la Europa Occidental.

En 1968 se crea la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y casi de inmediato se da a la tarea de consultar a los Estados sobre la intención de Adoptar la LUVI y LUF y al encontrarse con la crítica arriba mencionada y por consiguiente la escasa o casi nula intención de Adopción de estas, la CNUDMI analiza ambas convenciones a fin de determinar los cambios a las mismas que las tornarían aceptables de manera más amplia por los Estados de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos; el resultado del análisis fue la adopción el 11 de abril de 1980 en conferencia diplomática llevada a efecto en Viena, Austria, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en la que se combinan las materias de la LUVI y LUF.

En el mismo año de 1968, en que se da inicio la tarea de consulta y estudios de la LUVI y LUF por la CNUDMI, también se plantea en el seno de UNIDROIT y con ocasión de su 40 aniversario de fundación, la idea de crear un instrumento de carácter normativo para los contratos comerciales internacionales, en virtud de ello el Consejo Directivo incluye en la agenda de trabajo de su reunión de 1971 la preparación de un ensayo de unificación relacionado a la parte general de los contratos, pero es hasta 1980 cuando se crea el grupo de trabajo conformado por representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, así mismo se consultaron expertos académicos, abogados dedicados al derecho de contratos, organismos gubernamentales y de negocios; concluyendo la labor en 1994 con la publicación de “Los Principios para Los

Contratos Comerciales Internacionales”, mejor conocidos como “Principios de UNIDROIT”.¹

Para determinar la categoría “Contrato Internacional” se han desarrollado diversas tesis, siendo las más relevantes la “Tesis del elemento extranjero puro” y la “Tesis del Efecto internacional”, la primera sostiene que “...un contrato es internacional cuando presenta, al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento”; y por su parte la segunda, que fue desarrollada en el arbitraje privado internacional, manifiesta que un contrato es internacional “...cuando produce « efectos conectados con otros países» o afecta a los intereses del comercio internacional”. Los Principios de UNIDROIT quisieron adoptar un criterio amplio en su interpretación, que permitiera excluir únicamente los contratos en que no exista ningún elemento internacional, o sea, en el que todos los elementos relevantes estén conectados a un solo Estado; el criterio adoptado por la Convención de Viena de 1980 se basa en la ubicación del establecimiento, sin importar para la determinación de la internacionalidad la ubicación de los bienes objetos del contrato, ni el lugar de ejecución.²

III- LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha tenido gran éxito y aceptación, lo que se aprecia de manera clara al considerar el hecho que fueron once los Estados originales

1 Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los Contratos Comerciales Internacionales. pp4. http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

2 Oviedo Albán, Jorge. Op. Cit. pp 9- 10.

de todas las regiones geográficas, grados de desarrollo económico y de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos, además, pocos días después de la fecha de entrada en vigor de la Convención, cuatro Estados más (Austria, Finlandia, México y Suecia) se habían convertido en partes de ella.

Zimmermann califica el texto de la Convención como el “más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado...”.³

La Convención se divide en cuatro partes, a ser:

Parte I: trata lo relativo al ámbito de aplicación y disposiciones generales.

Parte II: contiene las normas que rigen la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Parte III: relaciona los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor derivados del contrato.

Parte IV: contiene lo atinente a las disposiciones finales de la Convención relativas a asuntos tales como el modo y el momento de su entrada en vigor, las reservas y declaraciones que se permite hacer y la aplicación de la Convención a las compraventas internacionales cuando ambos Estados interesados se rigen por el mismo o similar derecho en esta cuestión.

A continuación esbozaremos de manera general lo relativo a cada parte de la

Convención, no entrando a profundizar en detalle sobre cada punto, pues, a como se anotó en la parte introductoria, el tema principal es al menos conocer de manera panorámica la influencia de la Convención en conjunto con los Principios de UNIDROIT en la toma de decisiones Arbitrales (Laudos), el esbozo precitado, se hará basado en la nota explicativa a la Convención preparada por la Secretaría de la CNUDMI, con fines informativos y la que no constituye una comentario oficial al texto de la Convención.⁴

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

A) Ámbito de aplicación.

Los artículos sobre el ámbito de aplicación establecen lo que se tendrá como comprendido en ella y lo que se le excluye. Siendo las más importantes las disposiciones sobre inclusión, teniendo que la Convención se aplica a los contratos de Compra - Venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante, ciertos Estados han aprovechado lo estipulado en el artículo 95 para declarar que aplicarían la Convención sólo en la primera pero no en la segunda de estas dos situaciones. En cuanto la Convención sea más ampliamente adoptada, disminuirá la importancia práctica de tal declaración. En el mismo sentido de lo relacionado las disposiciones finales introducen dos restricciones al ámbito territorial

³ Oviedo Albán, Jorge, Op. Cit. pp 2.

⁴ El texto completo en español y con la Nota Explicativa a la que se ha hecho alusión y en la que basan los comentarios del presente texto, se descargó de la página web que responde a la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

de aplicación que serán pertinentes para algunos Estados:

- a) La primera restricción se aplica sólo si un Estado es parte en otro acuerdo internacional que contiene disposiciones relativas a las materias que rige la Convención;
- b) La otra restricción permite que los Estados que tienen el mismo o similar derecho interno sobre Compra - Ventas declaren que la Convención no se aplicará entre ellos.

El artículo 3 distingue los contratos de compraventa de los contratos de servicios en dos aspectos:

- a) Se considerarán Compra - Ventas los contratos de suministro de mercaderías a ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.
- b) La Convención no será aplicable a los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

La Convención contiene una lista de tipos de compraventa que se excluyen de la Convención, por distintas razones, a ser:

- a) Por la finalidad de la compraventa (mercaderías compradas para el uso personal, familiar o doméstico),
- b) La naturaleza de la compraventa (compraventas en subasta, de carácter judicial), o

- c) La naturaleza de las mercaderías (valores mobiliarios, títulos, títulos de inversión, títulos o efectos de comercio, dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves o electricidad).

En muchos Estados algunas de esas compraventas o todas ellas se rigen por normas especiales que reflejan su especial naturaleza.

Ciertos artículos declaran que la materia de la Convención se limita a la formación del contrato y los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor que surgen del contrato; la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con fines informativos, ha manifestado que en particular, la Convención no concierne a la validez del contrato, a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas o la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

B) Autonomía de las partes.

El principio básico de la libertad contractual en la Compra - Venta internacional de mercaderías es reconocido por la Convención al contener la disposición que faculta a las partes excluir su aplicación o a que establezcan excepciones a sus disposiciones o a modificar sus efectos. La exclusión más frecuente se dará por la elección de las partes como ley aplicable la de un Estado no contratante o de la de un Estado contratante. Las excepciones se producen cuando se estipule en el contrato una norma diferente de las contenidas en la Convención.

C) Interpretación de la Convención.

La Convención cumplirá mejor su finalidad (unificación de la normativa de la C-V internacional de mercaderías) si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos, por ello en su preparación se cuidó el hacerla clara y fácil de entender. No obstante, se plantearán controversias sobre su significado y aplicación y cuando esto se de, las partes, tribunales nacionales y los arbitrales, deberán considerar su carácter internacional y promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional, cuando las cuestiones relativas a las materias que rige la Convención no estén expresamente resuelta en ella, se dirimirán de conforme los principios generales en los que se basa y a falta de estos se acudirá y decidirá conforme la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

D) Interpretación del contrato; usos.

La Convención estima cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el contexto de la formación o de su ejecución del contrato, teniendo como de posible obligatoriedad entre las partes contratantes los usos convenidos, las prácticas establecidas entre ellas y los usos de los que tenían o debían tener conocimiento, y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados entre ellas en contratos del mismo tipo.

E) Forma del contrato.

La Convención no estima requisito formal alguno para el contrato, así se deduce del artículo 11, sin embargo, el artículo 29 establece que, si el contrato consta por escrito y estipula que toda modificación o extinción

por mutuo acuerdo se hará por escrito, tal contrato no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma, la excepción a esto es que una parte puede verse impedida por sus propios actos de alegar la estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos de la primera.

Para facilitar a los Estados cuya legislación exige la escrituradad de los contratos de Compra - Venta, el artículo 96 les permite declarar que no aplicarán las excepciones de los artículos 11 y 29 en el caso que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en ese Estado.

II. FORMACIÓN DEL CONTRATO.

La Convención se ocupa de lo relativo a la formación del contrato por el cruce de una oferta con una aceptación; cuando la formación se verifica de esta manera, el contrato se celebra al hacerse efectiva la aceptación de la oferta, y para que una propuesta de celebración de contrato constituya oferta, debe dirigirse a una o más personas determinadas y ser suficientemente precisa (indicando las mercaderías y, expresa o implícitamente, señalando cantidad y precio o prever medio para determinarlos).

En lo relativo a la revocabilidad de la oferta la Convención adopta una postura intermedia entre la doctrina de la revocabilidad de la oferta hasta la aceptación y su irrevocabilidad general durante un cierto tiempo, teniendo como regla general que las ofertas pueden revocarse, pero, la revocación debe llegar a conocimiento del destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación; amén de ello, la oferta no es revocable si la misma indica que es irrevocable, lo que puede hacerse estableciendo un plazo fijo para la aceptación;

tampoco cabe revocar la oferta si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en la oferta.

La aceptación de una oferta puede hacerse de manera expresa o de manera tácita, mediante actos del destinatario que indiquen asentimiento, como la expedición de las mercaderías o el pago del precio, un acto de tal índole surtiría efecto como aceptación en el momento de su ejecución.

Para la Convención cuando la respuesta a una oferta contiene elementos nuevos o diferentes, y estos no alteran sustancialmente los de la oferta, la respuesta constituirá aceptación a menos que sin demora injustificable, el oferente objete esos elementos; Si no los objeta, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación; si los elementos adicionales o diferentes alteran sustancialmente los elementos de la oferta, la respuesta constituye una contraoferta que debe a su vez ser aceptada para que el contrato se celebre (los elementos adicionales o diferentes relativos a precio, pago, calidad y cantidad de las mercaderías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta).

III. COMPRA - VENTA DE MERCADERIAS.

a- Obligaciones del vendedor.

Las obligaciones generales del vendedor son:

- 1.- Entrega de las mercaderías (en cantidad, calidad, tipo y envase o embalaje fijado por el contrato)
- 2.- Transmitir su propiedad, y

- 3.- Entregar cualquier documentación relacionada a las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención.

La Convención proporciona normas supletorias para su utilización a falta de acuerdo contractual acerca del momento, lugar y la manera de cumplir esas obligaciones por parte del vendedor, estatuye reglas que precisan las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías; son de particular importancia las normas que entrañan la obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de cualquier derecho o pretensión de terceros, inclusive derechos de propiedad industrial y/o intelectual.

La Convención dispone la obligación del comprador de examinar la mercadería en relación a la calidad pactada y debe comunicar toda falta de conformidad con lo estipulado en el contrato en un plazo razonable, a partir del momento en que haya o debiera haber descubierto, a más tardar, dos años desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en su poder, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

b- Obligaciones del comprador.

Las obligaciones generales del comprador, básicamente, son:

- 1.- Pagar el precio de las mercaderías, y
- 2.- Recibir las mercaderías en las condiciones establecidas por el contrato y la Convención.

A falta de acuerdo contractual sobre la manera de determinar el precio, momento y lugar en que el comprador debe cumplir su obligación de pagar el precio, la Convención estatuye normas supletorias.

C) *Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.*

Los derechos y acciones del comprador por incumplimiento del contrato por parte del vendedor se exponen en relación con las obligaciones del vendedor y los derechos y acciones del vendedor se exponen en relación con las obligaciones que pesan sobre el comprador; o sea que la pauta de los derechos y acciones es la misma en ambos casos, y al satisfacerse todas las condiciones exigidas, la parte agraviada puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, reclamar daños y perjuicios o rescindir el contrato. Entre las limitaciones más importantes al derecho de una parte agraviada de valerse de una acción figura el concepto del incumplimiento esencial (que la otra parte sufra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato), limitación que no se aplica cuando la parte que haya incumplido no hubiera previsto el resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación.

Un comprador puede exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución sólo si las entregadas no eran conformes con el contrato y la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato, así mismo tiene derecho de reducir el precio cuando las mercaderías entregadas no sean conformes con lo estipulado en el contrato.

Las circunstancias que justifican la declaración de rescisión del contrato por la parte agraviada son dos, a ser:

- 1.- Existencia de un incumplimiento esencial.
- 2.- El caso de no entrega de las mercaderías por parte del vendedor o de no pago del

precio u omisión en recibir las mercaderías por parte del comprador, la parte que incumple no lo ejecute en un plazo razonable fijado por la parte agraviada.

Existen derechos y acciones restringibles por circunstancias especiales, así, si las mercaderías no son conformes al contrato, el comprador puede solicitar al vendedor que las repare para subsanar la inconformidad, a menos que esto no sea razonable atendiendo todas las circunstancias.

Una parte no puede reclamar daños y perjuicios que pudiera haber reducido adoptando las medidas apropiadas, y de igual manera una parte puede verse exenta de pagar daños y perjuicios por un impedimento ajeno a su voluntad.

D) *Transmisión del riesgo.*

Cuando exactamente el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías se transmite del vendedor al comprador es de gran importancia, Las partes pueden pactarlo en el contrato mediante disposición expresa o recurriendo a una condición del comercio; sin embargo, si el contrato no contiene esa disposición, la Convención contiene un juego completo de reglas al efecto.

En términos generales, el riesgo se transmite al comprador cuando éste se hace cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición, cuando el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha sido transmitido al comprador; Se dan dos situaciones especiales