

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Facultad de Derecho.



**Tesis para optar por el grado de
Licenciatura en Derecho**

“¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault.”

Alberto José Salas Salinas.

B26075

Luis Diego Weisleder Sorto.

B27356

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio Brenes.

Mayo, 2019.



24 de abril de 2019
FD-1092-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes Alberto José Salas Salinas, carné B26075 y Luis Diego Weisleder Sorto, carné B27356 denominado: "¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

| | |
|-------------------|-----------------------------------|
| Informante | Dra. Sofía Cordero Molina |
| Presidente | Dr. Ricardo Salas Porras |
| Secretario | MSc. Rubén Chacón Castro |
| Miembro | Licda. Vera Violeta Salazar Rojas |
| Miembro | Dr. Miguel Román Díaz |

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **13 de mayo del 2019**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv

Cc: arch. Expediente



San José, 22 de abril 2019.

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de Directora del Trabajo Final de Graduación titulado "*¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault.*", elaborado por los estudiantes **Luis Diego Weisleder Sorto** carné **B27356** y **Alberto José Salas Salinas** carné **B26075**, me permito indicarle que extendiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además de que el mismo, es un importante aporte a la rama de la Filosofía del Derecho, específicamente el tema de la "verdad" y las La Reforma al Código Procesal Civil 2015 el carácter de "verdad" a las resoluciones producto del proceso judicial, por el hecho de resultar de un juicio lógico, imparcial y objetivo por parte de la persona juzgadora; o disimula un método alternativo de creación de "verdades"

Con consideración y estima,



Dra. Sofía Cordero Molina
Directora

San José, 23 de abril 2019.

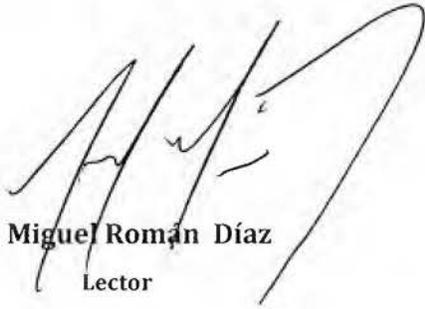
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de Lector del Trabajo Final de Graduación titulado ***“¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault.”***, elaborado por los estudiantes **Luis Diego Weisleder Sorto** carné **B27356** y **Alberto José Salas Salinas** carné **B26075**, me permito indicarle que extendiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además de que el mismo, es un importante aporte a la rama de la Filosofía del Derecho.

Con consideración y estima,



Dr. Miguel Román Díaz
Lector



22 de Abril de 2019

Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio, hago constar que en mi condición de Lector, he estudiado el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado: "*¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault.*" elaborado por los estudiantes Alberto Salas Salinas, portador del carné universitario N°B26075, y Luis Diego Weisleder Sorto portador del carné universitario N°B27356.

Considero que la investigación reúne todos los requerimientos de fondo y forma necesarios para ser sometida a Réplica ante el Tribunal Examinador, constituyendo un aporte académico valioso. Por ello, le otorgo mi aprobación como Lector para los efectos correspondientes.

Sin otro particular,



Dr. Ricardo Salas Porras

Lector

San José, 19 de abril, 2019

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación: “¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault”, elaborado por los estudiantes Alberto José Salas Salinas, carné B26075 y Luis Diego Weisleder Sorto, carné B27356, para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación, por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,



MSc. Edgar Rojas González

Carné 2443

Teléfono: 88822158

Correo: edgarrojasg27@gmail.com

DEDICATORIA

Esta investigación se la dedico a mi familia, amigos y gato, por haberme apoyado en estos meses de trabajo. Además, agradezco a la Facultad de Derecho por habernos dado la oportunidad espiritual de experimentar una pincelada de “El Proceso” de Franz Kafka, y poder crecer gracias a esto.

- Alberto Salas Salinas

DEDICATORIA

Deseo dedicarle este trabajo a mis padres: Elsa y Jaime, a mis hermanos: Maribel y Oscar. Y especialmente a mis sobrinos: Santiago, Sebastián, Luciana y Mariana, porque ellos son el futuro.

- Luis Diego Weisleder Sorto

AGRADECIMIENTOS

- Luis Diego Weisleder Sorto

Quiero agradecer a Dios, por la vida que me ha dado.

Asimismo quiero agradecer a mi familia: Mi madre Elsa Sorto por todo el apoyo y amor que me ha brindado; mi padre Jaime Weisleder porque es mi modelo a seguir, le doy gracias por todas las enseñanzas que me ha heredado; mi hermana Maribel Cortés, de quién aspiro algún día llegar a tener su mismo nivel de dedicación y perseverancia ante los obstáculos de la vida; a mi hermano Óscar Cortés, quién no tiene idea de lo mucho que lo admiro; y a Héctor Cruz por toda la paciencia que ha tenido conmigo.

A Sofía Cortés Mesén, por todo el amor, apoyo y tolerancia que me ha demostrado a lo largo del transcurso de todo este trabajo.

A Beto por embarcarse conmigo a realizar esta tesis, para mí fue un verdadero placer trabajar con él y aprender de él. A su familia por toda la bondad y hospitalidad que me brindaron a través de estos años.

A nuestra Directora Dra. Sofía Cordero Molina, por todas las ideas y enseñanzas brindadas, el apoyo y las acciones que realizó a lo largo de este viacrucis, que solamente hacen acrecentar mi estima y admiración hacía ella como profesional al igual que como persona.

A Daniel Weisleder, por darme una oportunidad.

En fin, a todos mis compañeros y conocidos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, quienes ayudaron a forjarme como persona y que hicieron de mi experiencia en la carrera única e inolvidable. Y no puedo olvidarme de mi perro Atticus.

Índice General

| | |
|---|-------------|
| Dedicatoria | i |
| Agradecimientos | iii |
| Índice General | iv |
| Resumen | v |
| Ficha Bibliográfica | viii |
| Introducción | 1 |
| Marco Teórico | 3 |
| Justificación | 17 |
| Tema | 17 |
| Problemática | 17 |
| Hipótesis | 18 |
| Objetivo General..... | 18 |
| Objetivos Específicos | 18 |
| Metodología..... | 18 |
| CAPÍTULO I: La libertad interpretativa del Juez ante el texto de la norma: Sus implicaciones ante la verdad..... | 22 |
| A. La influencia de los movimientos “Realistas” sobre el análisis del Derecho ... | 23 |
| B. Las facultades lógico – interpretativas del Juez..... | 54 |
| CAPÍTULO II: La concepción de “verdad” y las relaciones de poder en la filosofía de Michel Foucault, aplicada en los discursos | 78 |
| A. La Arqueología del Conocimiento y el Discurso del Lenguaje..... | 81 |
| B. Poder/Conocimiento..... | 116 |
| CAPÍTULO III: Un análisis de la reforma al Código Procesal Civil del 2015 a la luz de la filosofía de Michel Foucault..... | 147 |
| A. Surgimiento y características novedosas de la Reforma del 2015 al Código Procesal Civil..... | 149 |
| B. Modelo caso bajo la Reforma del 2015 al Código Procesal Civil | 182 |
| a. Los antecedentes del proceso | 182 |
| b. Primera instancia del proceso | 188 |
| c. La casación de la sentencia | 204 |
| CONCLUSIONES | 213 |
| BIBLIOGRAFÍA | 217 |

Resumen:

El artículo 5.6 de la Reforma al Código Procesal Civil establece que es una facultad y no una obligación del Juez: "*procurar la búsqueda de la verdad dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico*". Esto tiene implicaciones profundas que deben ser analizadas. Resulta imperativo entender a profundidad el sistema ontológico detrás de la producción de resoluciones judiciales en materia civil en esta supuesta búsqueda de la verdad, puesto que, si se está induciendo a error a los ciudadanos, ya que se les afirma que lo que motiva la toma de decisiones del Juez resulta de un proceso lógico formal, cuando realmente lo que se da es una fabricación de "verdades" a través de relaciones de poder, todo el ejercicio de la impartición de justicia civil estaría basado en una falsa apariencia de legitimidad.

Razón por la cual la hipótesis del trabajo consiste en: La reforma del 2015 al Código Procesal Civil, pretende hacer pasar sus resoluciones como "verdades" absolutas derivadas de la lógica, cuando en realidad lo que existe es una "verdad" resultado de un complejo aparato de relaciones de poder. Como objetivo principal se busca: Analizar si los juicios valorativos de las resoluciones que producirá la persona juzgadora, de conformidad con la reforma al Código Procesal Civil de 2015, responderán a "verdades" absolutas o a "verdades" producto de relaciones de poder dentro del proceso.

Debido a la índole del tema analizado, se elaborará un plan de trabajo bajo un enfoque cualitativo puesto que este "*postula una concepción fenomenológica inductiva, orientada al proceso. Busca descubrir o generar teorías. Pone énfasis en la profundidad y sus análisis no necesariamente son traducidos a términos matemáticos.*"¹ Este mismo contiene las siguientes características que son las indicadas para llevar a buen fin la presente investigación.

¹ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación: Un camino al conocimiento. Un enfoque cuantitativo y cualitativo* (San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2010) Página 71.

Resultado de esta investigación son: Existe una vaguedad interna a la norma jurídica, esta misma no está preconstruida, razón por la cual debe ser interpretada, y siendo que no es posible atribuirle una única solución al texto, el producto de dicha interpretación será fruto de la subjetividad del Juez.

El mismo ordenamiento reconoce que las normas son inciertas, y se instrumentaliza esta vaguedad en los textos jurídicos cuando se le quiere dar márgenes de libertad al Juez, esto con el fin de que pueda adecuarse a las particularidades de cada caso. De esto se desprende que la ambigüedad del texto no es un obstáculo para el derecho, sino más bien lo que permite que normas abstractas puedan ser aplicadas en situaciones concretas.

Para Foucault, al no existir una continuidad o lazo de unión entre la naturaleza y el ser humano, a este último le es imposible un conocimiento objetivo, es decir enteramente libre de subjetividades, razón por la cual sus acciones no pueden responder a una realidad imparcial, sino que el nexo causal del conocimiento subyace en los factores políticos y económicos de una sociedad determinada, por lo que dicho conocimiento es una reproducción de una relación de poder.

El derecho, siendo a la vez cuerpo de conocimiento y discurso, funciona como un organismo en continua evolución respecto a su contenido, y las formas en que los abogados utilizan su saber jurídico. Sin embargo, no es un proceso de descubrimiento de verdades objetivas lo que caracteriza esta evolución del derecho, las verdades se crean y se destruyen en un complejo juego de jerarquías y poder.

El Código Procesal Civil en su redacción da un mayor margen de decisión para que el Juez pueda moldear lo que se tendrá como verdadero al final de cada proceso, puesto que las partes tienen menos posibilidades de controlar el acervo probatorio y de cuestionar las resoluciones con recursos. Se tendrá que esperar a que se consolide una línea clara jurisprudencial en cuanto a la aplicación del código para determinar

efectivamente los mecanismos de creación de verdades con los que funcionarán los procesos civiles.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Salas Salinas, Alberto José y Weisleder Sorto, Luis Diego. *¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. viii y 221.

Director: Dra. Sofía Cordero Molina.

Palabras Clave: Verdad - Michel Foucault - Proceso Civil - Realismo Jurídico - Relaciones de Poder - Parcialidad del Juez - Resoluciones Judiciales - Juez - Jurisprudencia.

Introducción

Sobre el tema en cuál consiste la concepción de la verdad en los procesos judiciales en Costa Rica, el desarrollo doctrinario ha sido sumamente limitado, ya que únicamente se han encontrado 3 trabajos que lo tratan. Dos de ellos se refieren a la materia penal de manera exclusiva, por lo que únicamente existe un trabajo que hace mención a qué es la verdad en el proceso civil, pero ninguno se ha realizado hasta la fecha sobre la reforma del 2015 al Código Procesal Civil.

El primero es un Trabajo Final de Graduación con fecha del 2002, denominado "Principio de Verdad Real en el Derecho Costarricense"² en el que se realiza una investigación histórica sobre este tema de forma transversal, incluyendo dentro de su análisis un marco legal diverso que incluye: El Código Procesal Civil, la Ley de Jurisdicción Agraria, el Código de Trabajo y el Código Procesal Penal, al igual que un análisis jurisprudencial de cada una de las ramas anteriormente citadas, por lo que el desarrollo dado a la materia procesal civil es lacónico.

Los otros dos trabajos tratan específicamente del proceso penal. Se encontró una tesis del año 2008, denominada "Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal"³ que aborda el tema desde la perspectiva de los límites formales que presenta el texto normativo procesal en la averiguación de la verdad, analizando las garantías procesales que protegen al imputado de un posible abuso a manos de los demás órganos judiciales.

Asimismo, se encontró un artículo publicado en Acta Académica, por el Profesor Miguel Zamora-Acevedo⁴, en el cual se desarrolla el tema desde la rama procesal penal, razón por la cual las anteriores obras resultan de interés para la presente

² Meléndez Sánchez, Xinia, *Principio de Verdad Real en el Derecho Costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. (Universidad de Costa Rica. 2002.)

³ Cubero Artavia, María, *Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. (Universidad de Costa Rica. 2008.)

⁴ Zamora-Acevedo, Miguel, *La búsqueda de la Verdad en el proceso penal*. (Revista Acta Académica 54. 2014.)

investigación como fuentes bibliográficas, sin embargo, se desarrollan en otros ámbitos y con enfoques ajenos al objeto de estudio del presente trabajo.

Además, en el aspecto teórico del trabajo de Michel Foucault, se encontró la tesis del año 2005 denominada "Derecho y Violencia según Michel Foucault"⁵ en la cual sus autores realizan una exposición de las principales teorías del filósofo francés, desarrollándose meramente en un nivel teórico y dejando de lado la concepción de verdad del susodicho autor.

Por lo tanto, a partir de lo anterior se puede señalar que, un estudio sobre la concepción de la verdad en la materia Procesal Civil no ha sido abordada de forma satisfactoria por la doctrina nacional, y solamente ha sido estudiada de una manera general, y únicamente ha sido desarrollada con profundidad en la rama procesal penal. Además, en relación con la Reforma al Código Procesal Civil 2015, a causa de su reciente aprobación no se ha analizado de forma íntegra, lo que lleva a señalar que se ha dejado de lado las investigaciones en el aspecto filosófico de la rama procesal civil, puesto que, no se ha dado un estudio enfocado en esta área del derecho.

Junto a lo anterior, tampoco se ha hecho un estudio de Michel Foucault afuera de la materia penal, por lo que se estaría ampliando los horizontes doctrinarios nacionales en dos puntos que se han dejado de lado por otras investigaciones de esta índole.

⁵ Héctor Alejandro Hernández Gómez, y Álvaro Martín Rojas Salazar. "*Derecho y violencia según Michel Foucault*" Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2005.

Marco Teórico

Antes de iniciar con la profundización del tema, es necesario realizar una serie de aclaraciones conceptuales de palabras clave que serán utilizadas a lo largo de esta investigación. Esto sería con el fin de evitar confusiones posteriores que podrían llegar a distraer del fondo de la temática tratada, desviando a debates infértiles que sólo girarían alrededor de cómo se entendería algún concepto.

Siendo la principal rama del derecho sobre la que tratará este trabajo, Derecho Procesal se entenderá como:

“...el conjunto de normas que reglamentan la forma como la rama jurisdiccional actúa en el cumplimiento de su función, en su sentido más amplio, consiste en la administración de justicia”⁶. Además de esto, tiene las características de ser un derecho “Autónomo e instrumental”⁷, en el sentido que se configura en cuerpos normativos aparte del derecho material que viene a ejecutar y su función primordial resulta ser el instrumento mediante el cual se llega a aplicar.

En específico, cuando se haga mención de proceso o proceso judicial se estará haciendo referencia a:

“...el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, con el fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto o particular”⁸.

Además, es necesario hacer una aclaración, siendo el tema central de este trabajo la Reforma al Código Procesal Civil, cuando no se haga la aclaración explícita de la rama del proceso, se estará hablando respecto a los procesos civiles, siendo estos las

⁶ Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Procesal Tomo I.* (Bogotá, Editorial Temis, 2010). 7.

⁷ Azula Camacho, Jaime. *Ibíd.* 8.

⁸ Azula Camacho, Jaime. *Ibíd.* 9.

distintas modalidades que se encuentran en la Reforma al Código Procesal Civil: Ordinario, Sumario y Monitorio.

Cuando se hable de sentencia se entenderá como:

“La decisión que el funcionario judicial toma sobre el objeto del proceso, vale decir, las pretensiones formuladas por el demandante y la conducta que frente a ellas adopte el demandado. (...) El funcionario judicial agota con ella la actividad decisoria fundamental del proceso y, por ende, no puede alterarla, aun cuando procede la aclaración y adición en los casos y con las formalidades previstas al efecto por la ley”⁹.

Cuando se haga referencia al concepto de prueba se estará utilizando como:

“...aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal (o un órgano estatal en el ejercicio de una potestad de imperio) para que éste adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos del proceso”¹⁰.

También se hará mención de varios principios procesales, estos al tener un origen histórico, siendo moldeados por la jurisprudencia, no son explícitamente definidos por la normativa. Para evitar confusiones por su falta de enunciación textual en la norma, estos serán entendidos de la siguiente manera, conforme a la jurisprudencia nacional.

Brevemente, se entenderá como principio dispositivo como aquel por el cual:

“...depende de la solicitud expresa del interesado que restringe el actuar del órgano jurisdiccional”¹¹.

⁹ Azula Camacho, Jaime. *Ibíd.* 364-365.

¹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia 0002 del 15 de enero de 2015.

¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1298-F-S1-2016 del 7 de diciembre de 2016.

El principio de la unidad de la prueba sería que:

“El juez no puede analizar los elementos de juicio que aportan las partes al proceso, aislada o individualmente, sino en su conjunto, para darles de acuerdo a la sana crítica o la tarifa legal, el valor correspondiente. En el proceso de análisis que realiza el Juzgador, es necesario que examine primeramente las diversas pruebas con las que se pretende demostrar cada uno de los hechos, para luego evaluarlas globalmente, separando las que son favorables a las hipótesis planteadas por las partes, de las desfavorables. Finalmente, debe estudiarlas comparativamente para que la conclusión que adopte constituya una verdadera síntesis de la totalidad de los medios de convicción y consecuentemente, de los hechos que por su medio se manifiestan, y por último aplicar a la relación fáctica así lograda la normativa de fondo atinente al caso”¹².

En cuanto al principio de inmediación, este sería por el cual se establece la obligación al juzgador de:

“...constatar -por sí y ante sí- los elementos de prueba que se extraen de cada uno de los medios probatorios que debe apreciar, todo esto con el objeto ulterior de procurar aproximarse, gracias a la interacción con los medios de prueba, y hasta donde la reconstrucción posterior de los hechos lo permitan, a un cuadro fáctico lo más cercano posible a lo sucedido”¹³.

En cuanto a la teoría de la carga dinámica de la prueba, esta será entendida como:

“...imponer la carga de la prueba en cabeza de aquella parte que, por su situación se haya en mejores condiciones de acercar probanzas a la causa, sin importar si es la parte actora o la demandada. La situación técnica, la prevalencia, la mejor aptitud probatoria de una las partes, o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, genera que

¹² Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Sentencia 599 del 26 de agosto de 2016.

¹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 000613-F-S1-2012 del 23 de mayo de 2012.

se dé el traslado de la carga probatoria hacia quien se haya en mejores condiciones para acreditar”¹⁴.

A lo largo de un proceso judicial intervienen una serie de sujetos, los cuales tienen una relevancia especial y además una relación directa con el resultado del litigio en cuestión, que vamos a llamar Sujetos Procesales. Sin embargo, no toda persona involucrada en el proceso puede caer dentro de esta definición, el tratadista costarricense, y uno de los principales impulsores de la reforma procesal civil, Jorge Alberto López González indica:

“...la noción de sujetos procesales no puede entenderse en el sentido de que todo aquel que intervenga en un proceso es sujeto procesal. Así, no recibirá ese calificativo el escribiente que tramita el asunto, ni el traductor que ayudó a la práctica de una prueba, ni el perito que informó sobre algún asunto extraño al derecho; tampoco el testigo. Estas personas no serían sujetos procesales porque no tienen vinculación directa con el resultado del litigio, son colaboradores de la administración únicamente”¹⁵.

Por lo tanto, no sólo por la realización de una acción en un proceso judicial se adquiere el título de sujeto procesal, sino por el contrario, dicha condición solamente la ostentan el juez, las partes, los intervinientes que pueden ser terceros interesados en el proceso o también instituciones públicas, las cuales se encuentran facultadas, y hasta en algunos casos obligadas por ley, a intervenir en el proceso.

Para el nuevo código procesal civil el Juez como sujeto procesal tiene un rol determinante. Se puede definir al Juez como: *“[...] un profesional en derecho que integra, como funcionario al Poder Judicial. [...] Su función es resolver conflictos de*

¹⁴ Tribunal Segundo Civil Sección Primera. Sentencia 848 del 23 de noviembre de 2016.

¹⁵ López González, Jorge Alberto. *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense Tomo 1, según el nuevo Código: Parte General*. (San José, Costa Rica, Primera edición, EDINEXO) Página 103.

intereses y para ello, como garantía y expresión de su labor debe ser imparcial, es decir, resolver ajustándose a la ley únicamente”¹⁶.

No obstante, su función no se limita únicamente a dictar la sentencia que le dé fin al conflicto que se le presenta, siendo que la finalidad principal del proceso judicial es la resolución de dicho conflicto en su integralidad, el Juez cuenta con poderes/deberes accesorios a dicha finalidad, razón por la cual la anterior definición se queda muy corta, o resulta muy general. Por lo anterior, también se puede definir al Juez como:

“El que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa”¹⁷.

De esta última definición se pueden ampliar las actuaciones de la persona juzgadora, al igual que hacer énfasis en la investidura otorgada, en nuestro caso, por la Constitución Política de forma general y por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley de Carrera Judicial de forma específica.

Su cargo dentro del Poder Judicial implica a un nivel constitucional la sujeción de todas sus actuaciones a la ley, cuando la misma Constitución establece en su artículo 154:

“El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la Ley, y las resoluciones que dicte en asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”¹⁸.

Es a partir del anterior inciso que se pueden identificar dos principios esenciales para la correcta función de la persona juzgadora, esos son: el principio de independencia judicial y el principio de imparcialidad.

¹⁶ López González, Jorge Alberto. *Ibíd.* Página 102.

¹⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico Elemental.* (Buenos Aires, Argentina, Editorial HELIASTA, primera edición 1979). Página 171.

¹⁸ Hernández Valle, Rubén, *Constitución Política de la República de Costa Rica.* (San José, Costa Rica, Primera edición. Editorial JURICENTRO.) Página 400.

La independencia judicial responde a la concepción dentro de un Estado de Derecho de la Separación de Poderes, por lo que se entiende que el Poder Judicial se encuentra separado y en igual rango al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo y solamente puede intervenir éstos últimos en el ejercicio de su jurisdicción constitucional¹⁹.

“El principio de independencia se traduce en las potestades del Poder Judicial para auto-organizarse y nombrar su propio personal, con exclusión total de los otros Poderes”²⁰.

Así como la independencia judicial se proyecta a nivel institucional, eliminando cualquier intervención por parte de los otros Poderes en materia exclusiva de la Potestad Jurisdiccional, también se debe de extender este principio a las presiones externas al Juez, incluso dentro del Poder Judicial mismo:

“Esta independencia se plantea en dos direcciones: hacia lo externo, la cual se muestra en la posición frente a los otros poderes del Estado. Desde esta vertiente, el principio de independencia se refiere a la necesidad de que los funcionarios judiciales actúen de manera neutral e imparcial evitando influencias externas en las resoluciones que emitan, otorgándole de esta manera al administrador una garantía de justicia frente al administrado. El ámbito de extensión de la independencia a su vez, comprende el orden interno de los aparatos judiciales o independencia interna que, debe garantizar al juez también la independencia dentro de la estructura judicial”²¹.

El otro principio esencial para la correcta función de la persona juzgadora, y al mismo tiempo fundamental para lograr una justicia pronta y cumplida, es la imparcialidad del Juez, la cual se puede interpretar de diversas formas dilucidadas por el Tribunal Agrario en su sentencia 892 del año 2006, la cual indica: *“En primer término, ante la*

¹⁹ Hernández Valle, Rubén, *Constitución Política de la República de Costa Rica*. (San José, Costa Rica, Primera edición. Editorial JURICENTRO.) Páginas 427-428.

²⁰ Hernández Valle, Rubén, Rubén. *Idem*. Página 428.

²¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 229 del 23 de abril del 2004.

trascendencia del cuestionamiento hecho a la jueza de primera instancia sobre la violación de una garantía constitucional, debe señalarse, imparcialidad en sentido jurídico se entiende como la "actitud recta, desapasionada, sin prejuicios ni prevenciones al proceder y al juzgar". El diccionario de la Real Academia Española además indica: "...ya nos da a entender que la imparcialidad constituye la principal virtud de los jueces. La parcialidad del juzgador si es conocida, puede dar motivo a su recusación". Ferrajoli llama imparcialidad "...a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa" y explica que esa imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal (privado) como institucional (público), tiene otros dos aspectos o condiciones: la independencia (su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo otro sistema de poderes del Estado) y la naturalidad (que la designación del juez y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio) y añade que la imparcialidad "...más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento". Imparcialidad, independencia y naturalidad son condiciones indispensables de la sujeción de los jueces a la ley y de su rigurosa responsabilidad política, jurídica y social en el ejercicio del poder judicial. La imparcialidad es una condición ética indispensable para administrar justicia. La Jueza o el Juez no solamente ha de ser imparcial, sino que su conducta ha de excluir toda posible apariencia de que es susceptible de actuar a base de influencias de personas, grupos o partidos, o de ser influido por el clamor público, por consideraciones de popularidad o notoriedad, o por motivaciones impropias. Ha de tener siempre presente que su único empeño debe ser el de impartir justicia de conformidad con el Derecho aplicable, con absoluta ecuanimidad, y sin preocuparle el reconocimiento que pueda darse a su labor, ni la crítica injusta. También se considera que la imparcialidad es consustancial al principio de independencia judicial: "Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo"²².

²² Tribunal Agrario. Sentencia 892 del 31 de Agosto del 2006.

Sin embargo, pese a las obligaciones y los deberes descritos anteriormente que debe cumplir el Juez, se concuerda con el Doctor Picado Vargas, en cuanto *“Consideramos que ser Juez es más que cumplir con los requisitos que la ley exige para desempeñar el cargo. Ser Juez comprende un perfil comprendido de elementos axiológicos (imparcialidad, sensibilidad social) y fácticos (excelencia académica, esfuerzo, planificación, buen manejo de las relaciones humanas, vocación científica en investigar, lucha efectiva contra la morosidad judicial) además de lo meramente normativo”*²³.

Existen diversas teorías sobre el papel de la persona juzgadora dentro del proceso y asimismo los poderes que cada papel entraña. Se conocen dos sistemas o corrientes cuyos principios se basan en la iniciativa probatoria del juez, estos son el sistema Dispositivo y el sistema Inquisitivo:

Dentro de las posturas más “puras” del primero se encuentran las siguientes premisas:

- a) *“El juez no puede iniciar de oficio el juicio; (principio de gestión de parte).*
- b) *No puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes; (niega la iniciativa probatoria del Juez).*
- c) *Debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas estuviesen de acuerdo; (hechos no controvertidos) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado.*
- d) *El juez no puede condenar a más, ni a otra cosa que la pedida en la demanda (vicio de fallo extrapetita y ultrapetita)”*²⁴.

²³ Picado Vargas, Carlos Adolfo. *Debido Proceso Derechos de las partes y Potestades del Juez*. (San José, Costa Rica, Primera edición. Editorial JURICENTRO) Página 91.

²⁴ Picado Vargas, Carlos Adolfo. *Ibíd.* Página 534.

A diferencia del sistema dispositivo, encontramos el sistema inquisitivo, cuyas premisas son diametralmente opuestas a las anteriormente señaladas. El juez puede investigar de oficio y recabar prueba sin que esta sea de iniciativa de las partes, su fin último es llegar a "la verdad real".

El instituto de Cosa Juzgada se encuentra íntimamente ligada con el principio de Seguridad Jurídica, una vez que se emita una resolución o sentencia y esta misma se encuentre en firme, es decir, ya sea que no se presentaron recursos en tiempo, o los recursos presentados fueron rechazados por el superior. Es a partir de este momento que el asunto en discusión se define como Cosa Juzgada, la cual dentro de la doctrina asociada al nuevo Código Procesal Civil se califica como un estado jurídico.

*"La cosa juzgada tiene un aspecto negativo y otro positivo: negativo porque impide volver a emitir pronunciamiento sobre un conflicto o punto ya decidido; positivo, porque le brinda a las partes seguridad jurídica, de que la discusión no puede ser reabierto"*²⁵.

Su principal efecto es evitar que se presente un asunto de igual naturaleza ante los juzgados. En el nuevo Código Procesal Civil, se establece la excepción de Cosa Juzgada como un fundamento para rechazar de oficio una demanda, de acuerdo al artículo 35.5.4²⁶, la parte demandada puede interponer dicha excepción con la contestación o incluso antes que se inicie la alegación de conclusiones de conformidad con el numeral 37.2.²⁷

Por lo tanto, el instituto de cosa juzgada se aplica sobre de las decisiones tomadas por el tribunal que se encuentran en firme, permeándolas de un estado jurídico privilegiado, otorgando Seguridad Jurídica a las partes y finalizando una etapa o procedimiento del proceso. Sin embargo, existe una excepción al instituto de cosa

²⁵ López González, Jorge Alberto. *Op. Cit.* Página 406.

²⁶ Costa Rica. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Código Procesal Civil*. No.9342 En SINALEVI (Visitado el 2 de abril 2018).

²⁷ *Ibíd.*

juzgada, cuando la sentencia en firme se haya dado de forma irregular, se puede ejercer el recurso de revisión, cuyas causales y procedencias se encuentran taxativamente establecidas en el artículo 72 de la Reforma al Código Procesal Civil²⁸.

De acuerdo a la definición de Cosa Juzgada anterior podemos identificar dos momentos procesales y dos efectos diferentes, estas etapas y sus efectos se pueden dividir en Cosa Juzgada Material y Cosa Juzgada Formal. Ésta última se aplica para aquellos procesos en los cuales existe la posibilidad de elevar lo resuelto a una instancia superior, es decir, que el estado de Seguridad Jurídica de esta figura es precario, a diferencia del estado provisto por la Cosa Juzgada Material, en la cual, el estado de Seguridad Jurídica es total y lo resuelto no puede ser recurrido. Couture nos señala que las sentencias que dictan Cosa Juzgada Material:

“... Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”²⁹.

Asimismo, el Dr. Jorge López explica el razonamiento legislativo detrás de estas figuras:

“Para asumir ese sistema el legislador parte de una premisa básica: si se trata de un proceso plenario (ordinario), en que la discusión es muy amplia, la sentencia debe tener efecto de cosa juzgada material. Entenderlo de otra forma implicaría tener un sistema de justicia, en que después de una discusión muy amplia, se permita que un conflicto se analice y resuelva dos veces y en dos procesos, atentando contra la seguridad jurídica y la justicia pronta”³⁰.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (Buenos Aires, Argentina Ediciones DEPALMA, Tercera Edición, 1990) Página 416.

³⁰ López González, Jorge Alberto. *Op. Cit.* Página 407.

La jurisprudencia también ha sido consecuente con esta división, estableciendo: *“COSA JUZGADA. Por medio de ella se establece que la voluntad del Estado, contenida en la ley, es definitiva e inmutable para el caso concreto, lo cual es básico para la certeza y seguridad jurídica. Esa voluntad es declarada por el Juez en sentencia. De esa manera se busca ponerle fin a los asuntos decididos en fallo judicial, impedir el sucesivo replanteamiento del conflicto, evitando así la incertidumbre jurídica, todo lo cual propende a la eficacia de la función jurisdiccional del Estado. En nuestro medio, las sentencias emitidas en proceso ordinario o abreviado, así como aquellas otras resoluciones señaladas en forma taxativa, producen la autoridad de la cosa juzgada material. Esta se halla limitada -con la salvedad que adelante se consignará- a la parte resolutive del fallo. Sea, no comprende sus fundamentos. Para que la sentencia incida en otro proceso mediante la cosa juzgada, es imprescindible que en ambos procesos exista identidad de partes, causa y objeto”*³¹.

El concepto de verdad dependerá del sistema filosófico que se esté estudiando en específico. Por lo que se realizará a continuación una serie de explicaciones sobre distintos autores y sus sistemas filosóficos, los cuales tendrán como producto distintas concepciones de qué es la verdad.

Platón: Bajo su teoría de las formas, este autor expone una visión jerárquica según la cual existen opiniones, las cuales se basan en los sentidos y en la imperfecta comprensión inicial del mundo, y superior a estas se ubican las ideas universales, las cuales gozan de ser el conocimiento objetivo y verdadero de las cosas. La única forma de pasar de una opinión a una idea universal es mediante el uso de la razón, puesto que este es el camino que "libera" a los sujetos de sus falsas concepciones³².

Bertrand Arthur William Russell: Como uno de los grandes defensores modernos de la Teoría de la Correspondencia, propone que la verdad requiere 3 elementos: 1)

³¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 680 del 4 de setiembre de 2002.

³² Platón, *Diálogos III: Fedón, Banquete, Fedro*. (Madrid, España, Editorial Gredos, 1988) Páginas 51-64.

Admitir su posibilidad contraria, o sea la falsedad. 2) Es una propiedad de la creencia y no el objeto de la creencia en sí misma. 3) Depende exclusivamente en la relación entre la creencia y el objeto de la creencia, o sea si corresponde una con la otra³³.

William James: Bajo su concepción, la verdad de una afirmación no es algo estático o inherente a dicha idea. La verdad es algo que se le asigna a determinada idea dependiendo del contexto en que se encuentre y la validez de dicha asignación dependerá únicamente en que sea útil para lidiar con algún problema en específico, por lo tanto, la "verdad" no sería una cualidad sino una decisión convertida en herramienta³⁴.

Michel Foucault: Para este autor no existen "verdades" por sí solas, sino que existen regímenes de verdad, los cuales son aparatos discursivos que otorgan la calidad de "verdad" o "falsedad" a los objetos de dicho discurso. Según lo expuesto por este autor, los regímenes de verdad tienen las siguientes características: 1) Son históricos y su evolución es constante. 2) Tienen una estrecha relación con los sistemas políticos, económicos y los cambios sociales que se den en su entorno. 3) Están formados por una acumulación de conocimientos relacionados entre sí bajo una misma temática general. 4) Es la relación entre los conocimientos acumulados lo que permite procesar objetos dentro del aparato discursivo y determinar si algo es "verdadero" o "falso".³⁵ Un ejemplo de un régimen de verdad es el ordenamiento jurídico, en el sentido que discrimina entre comportamientos permitidos y no permitidos, la división entre ambas categorías es histórica y se encuentra en evolución constante, su relación con la realidad económica, política y social es innegable, está formado por conocimientos distintos como las normas propiamente dichas, la doctrina y la jurisprudencia, y finalmente, mediante el uso de este cúmulo de conocimientos se puede determinar si una conducta, que sería el objeto del discurso, está permitida o prohibida.

³³ Russell, Bertrand. *Los problemas de la filosofía*. (Traducción de Joaquín Xirau, Barcelona: Labor, 1983) Páginas 76-79.

³⁴ James, William, *El significado de la Verdad*. (<https://www.gutenberg.org/files/5117/5117-h/5117-h.htm>, The Project Gutenberg, 2002). Página 2. Consultado el 16 de mayo 2018.

³⁵ Foucault, Michel, *La Arqueología del Conocimiento*. (Nueva York, Estados Unidos de América, Vintage Books, 2010) Páginas 44-46.

Alfred Tarski: En su artículo "La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica", propone que el análisis de si algo es verdadero o falso, se debe llevar a cabo en un nivel de semántica formal. Bajo su concepción, la verdad es un adjetivo que se le añade a determinada oración que toma el rol de sujeto en la nueva oración que formaría junto con el adjetivo. Entonces algo sería verdadero cuando la oración que funciona como sujeto corresponde a la realidad de la forma como su adjetivo indica³⁶.

La "pos-verdad": Es de actual importancia la corriente denominada como "pos-verdad", la cual fue incluso catalogada como "palabra del año" por el diccionario de la Universidad de Oxford en el 2016³⁷. El mismo la define como un adjetivo relacionado o que denota circunstancias en las cuales los hechos objetivos son menos influyentes en la formación de la opinión pública que los llamamientos a la emoción y la creencia personal³⁸.

Este concepto se ha tornado polémico en los últimos años, ya que se considera como una nueva tendencia en la política mundial que explica el auge de nuevos populismos y nacionalismos, los cuales producen discursos enfocados principalmente, en lo emotivo y no en los medios de verificación tradicionales. Asimismo, el término posee un matiz ético ya que trata de relacionar a la verdad y honestidad como valores moralmente necesarios y que deben ser perseguidos, a diferencia de una persona mentirosa o deshonesto, la cual debe ser castigada o reprimida.

³⁶ Tarski, Alfred. *La Concepción Semántica de la Verdad y los Fundamento de la Semántica*. (Traducido por Paloma García Abad, A parte Rei, Revista de filosofía. <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>. Consultado el 16 de mayo 2018).

³⁷ Real Academia Española. "El termino pos-verdad entrará en el diccionario antes de final de año." <http://www.rae.es/noticias/el-termino-posverdad-entrara-en-el-diccionario-antes-de-final-de-ano> (consultado el 16 de mayo 2018).

³⁸ *Oxford Dictionaries*. s.v. "post-truth" <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth> (consultado el 16 de mayo 2018) "Post-truth: adjective Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief" Traducción libre de Alberto Salas Salinas.

*"Vivimos en la era de la pos-verdad. La pos-veracidad existe en una zona gris ética. Nos permite disimular sin considerarnos deshonestos [...] Pocos de nosotros queremos pensar que no somos éticos, y mucho menos queremos admitirlo ante los demás, así ideamos enfoques alternativos a la moral"*³⁹.

Este trabajo considera que, si se toma como punto de partida que la concepción de verdad siempre dependerá del sistema filosófico que se vaya a aplicar como método discriminador entre lo "verdadero" y lo "falso", no existen hechos realmente objetivos de los cuales alejarse, ya que decir que algo es objetivo implica que se está aplicando determinado sistema filosófico en el fondo. Además, que esta corriente desprestigia lo emocional y lo acerca a la falsedad sólo por el hecho del carácter emotivo de los argumentos, por lo que genera una dicotomía poco profunda epistemológicamente hablando ya que separa todo entre hechos objetivos, los cuales no identifica y hechos emotivos, por lo que se considera que la pos-verdad es más un concepto político que uno ontológico.

³⁹ Keyes, Ralph. "The post-Truth era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life. Primera edición. San Martín Press. Nueva York. 2004. Página 13. *"we live in a post truth era. Post truthfulness exists in an ethical twilight zone. It allows us to dissemble without considering ourselves dishonest [...] Few of us want to think of ourselves as being unethical, let alone admit that to others, so we devise alternative approaches to morality."* Traducción libre de Luis Diego Weisleder Sorto.

Justificación

El artículo 5.6 de la Reforma al Código Procesal Civil establece que es una facultad y no una obligación del Juez: "*procurar la búsqueda de la verdad dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico*"⁴⁰. Esto tiene implicaciones profundas que deben ser analizadas. Resulta imperativo entender a profundidad el sistema ontológico detrás de la producción de resoluciones judiciales en materia civil en esta supuesta búsqueda de la verdad, puesto que, si se está induciendo a error a los ciudadanos, ya que se les afirma que lo que motiva la toma de decisiones del Juez resulta de un proceso lógico formal, cuando realmente lo que se da es una fabricación de "verdades" a través de relaciones de poder, todo el ejercicio de la impartición de justicia civil estaría basado en una falsa apariencia de legitimidad.

Tema

¿La verdad como descubrimiento o creación? Un acercamiento a la producción de resoluciones judiciales en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil según la filosofía de Michel Foucault.

Problemática

¿Atribuye La Reforma al Código Procesal Civil 2015 el carácter de "verdad" a las resoluciones producto del proceso judicial, por el hecho de resultar de un juicio lógico, imparcial y objetivo por parte de la persona juzgadora; o disimula un método alternativo de creación de "verdades"?

⁴⁰ Costa Rica. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Código Procesal Civil*. No.9342 En SINALEVI (Visitado el 2 de abril 2018).

Hipótesis

La reforma del 2015 al Código Procesal Civil, pretende hacer pasar sus resoluciones como "verdades" absolutas derivadas de la lógica, cuando en realidad lo que existe es una "verdad" resultado de un complejo aparato de relaciones de poder.

Objetivo general

Analizar si los juicios valorativos de las resoluciones que producirá la persona juzgadora, de conformidad con la reforma al Código Procesal Civil de 2015, responderán a "verdades" absolutas o a "verdades" producto de relaciones de poder dentro del proceso.

Objetivos Específicos

- Compilar algunas de las principales teorías sobre la indeterminación de las normas.
- Desarrollar la concepción de "verdad" dentro de las relaciones de poder en la filosofía de Michel Foucault en el contexto del derecho.
- Analizar e identificar cómo las relaciones de poder y la concepción de "verdad" de Michel Foucault se manifiestan en los principales elementos normativos de la Reforma del 2015 al Código Procesal Civil.

Metodología

Debido a la índole del tema analizado, se elaborará un plan de trabajo bajo un enfoque cualitativo puesto que este *"postula una concepción fenomenológica inductiva, orientada al proceso. Busca descubrir o generar teorías. Pone énfasis en la profundidad y sus análisis no necesariamente son traducidos a términos*

matemáticos"⁴¹. Este mismo contiene las siguientes características que son las indicadas para llevar a buen fin la presente investigación.

El enfoque cualitativo permite una mayor confiabilidad externa, entendiendo esta como la que *"se busca recogiendo bien las instancias y a los informantes se les identifica como típicos y atípicos"*⁴². La presente investigación, puesto que se realiza en el ámbito jurídico se identificarán todas las instancias como de fuentes típicas, es decir, libros filosóficos, doctrina jurídica, jurisprudencia, entre otros. Asimismo, el enfoque cualitativo admite varios métodos científicos generales que son de gran ayuda para la presente investigación, principalmente las siguientes:

Por un lado, tenemos el método de la síntesis que para efectos del trabajo se va a definir como: *"el método de investigación por el que reunimos los elementos para formar un todo"*⁴³. No obstante, el tipo de síntesis que será utilizada es la denominada Síntesis Racional o Demostración Sintética, por cuanto *"parte de los principios generales más simples y evidentes para concluir de ellos, a manera de consecuencia, el asunto propuesto"*⁴⁴. Es de especial utilidad dicha técnica para el estudio del primer objetivo, y por consiguiente para el desarrollo del primer capítulo, puesto lo que busca el presente trabajo es exponer de forma sustancial la indeterminación de las normas, o poner en evidencia el Mito básico del Derecho.

Por otro lado, se encuentra el método de la inducción, el cual *"se pone en práctica cuando nos fundamos sobre la observación y la experiencia que, por sí mismas dan a conocer solo hechos particulares, para extraer de ellas una verdad general. La inducción procede de lo particular a lo general, concluye del hecho a la ley"*⁴⁵.

⁴¹ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación: Un camino al conocimiento. Un enfoque cuantitativo y cualitativo* (San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2010) Página 71.

⁴² *Ibíd.* Página 68.

⁴³ Pérez Escobar, Jacobo. *"Metodología y técnica de la investigación jurídica"*. Tercera edición. Editorial TEMIS. (Bogotá, Colombia. 2010.) Página 39.

⁴⁴ *Ibíd.* Página 40.

⁴⁵ *Ibíd.* Página 41.

Por sus características anteriormente descritas, el principio de inducción resulta como el más adecuado para ser aplicado en la consecución del segundo objetivo y por lo tanto, en el segundo capítulo del presente trabajo, ya que se desarrollan las principales ideas filosóficas del autor Michel Foucault, ligadas a la producción de "verdades" dentro de relaciones de poder.

Igualmente, la naturaleza de este trabajo permite también el uso de la deducción, definida como el método que *"parte de una proposición general para llegar al conocimiento de lo particular que dimana como consecuencia de aquella: ella concluye de la ley a los hechos particulares"*⁴⁶.

Esta técnica parece adecuada para lograr demostrar el tercer objetivo ya que parte de las observaciones generales del capítulo anterior, para derivar casos particulares que se ven manifestados dentro del cuerpo normativo de la Reforma al Código Procesal Civil del 2015.

Finalmente, para el tercer capítulo se utilizarán dos métodos propios del Derecho, como son los de interpretación de la Ley. Sin embargo, debido a la novedad del texto normativo en estudio, se limitará únicamente al sistema de interpretación doctrinal o privada ya que *"a través de ella logra el derecho su mayor avance, porque el examen crítico y racional de los principios del derecho puede conducir a la modificación de las teorías reinantes y consideradas como verdaderas"*⁴⁷. Por ende, se realizará un ejercicio teórico de un proceso civil ordinario que se regirá por lo dispuesto en el Código Procesal Civil del 2015, donde se explorarán escenarios potenciales de creación de verdades. Por esto, se utilizará además el modelo práctico-realista⁴⁸ que ofrece ventajas como que reconoce *"... sin disimulaciones ni eufemismos, el hecho básico de que a menudo los textos jurídicos cabe entenderlos de*

⁴⁶ *Ibíd.* Página 44.

⁴⁷ *Ibíd.* Página 61.

⁴⁸ Haba Müller, Enrique Pedro. *"Los Juicios de valor: Elementos Básicos de Axiología General"*. Segunda edición. Editorial UCR. (San José, Costa Rica 2010) Página 287.

maneras distintas"⁴⁹ y que busca "... poner sobre el tapete la cuestión de los fines prácticos a que esté destinada tal o cual norma"⁵⁰ A través de esta combinación de metodologías se pretende utilizar el caso simulado para explorar algunas de las implicaciones prácticas del Código Procesal Civil del 2015 en cuanto a lo que interesa a la presente investigación, o sea cómo se maneja la verdad en los procesos.

⁴⁹ *Ibíd.* Página 287

⁵⁰ *Ibíd.* Página 293.

CAPÍTULO I

La libertad interpretativa del Juez ante el texto de la norma: Sus implicaciones ante la Verdad

En el presente capítulo se estudiará, en primer lugar, los movimientos de pensamiento jurídicos principales en el siglo XX que analizan el sistema normativo desde una perspectiva distinta, destacando su contexto inestable y contradictorio, dentro de los cuales se destacan el realismo jurídico americano y la Sociología Jurídica. Asimismo, como estas denuncian la ausencia de un sentido inequívoco de las palabras que construyen las normas y las consecuencias que conlleva esto para el ordenamiento jurídico como una estructura lingüística, y por lo tanto para las verdades que se construyan mediante este.

En segundo lugar, se analizará el poder que detenta el Juez por la vaguedad del texto jurídico, en el ejercicio de su función de intérprete calificado. Además, se explorarán las falacias y argumentos engañosos utilizados en la fundamentación de las resoluciones para ocultar la arbitrariedad en las decisiones tomadas.

A. La influencia de los movimientos "Realistas" sobre el análisis del Derecho

El Juez tiene que amparar su decisión en un conjunto dado de normas, cuyas resoluciones no solamente tienen la función de resolver el conflicto, sino que también deben de cumplir con ciertos criterios para imbuir el texto de legitimidad y orden. Puesto que las normas serán las bases para las resoluciones, se genera una dicotomía importante en su aplicación, más adelante se desarrollarán dos vertientes; o las normas son claras e inequívocas, permitiendo una sola interpretación, por lo tanto, su aplicación deriva en el descubrimiento a través de un ejercicio de lógica por parte del Juez para llegar a la interpretación correcta, o bien, tienen algún nivel de vaguedad y son equívocas por lo que el Juez se ve obligado a llenar esa incertidumbre en sus resoluciones.

La última de estas vertientes resulta en lo que se conoce como el "*Mito Básico del Derecho*". Esta va estrechamente ligada con la concepción de seguridad y certidumbre que debe componer todo sistema jurídico para poder aplicarse en apariencia de forma legítima.

Uno de los partidarios del movimiento de realismo jurídico americano o *sociological jurisprudence*⁵¹ en exponer este fenómeno jurídico y denunciar este tipo de pensamientos fue el jurista estadounidense Jerome Frank. Quién denunció la realidad cambiante, azarosa e inconmensurable en la que se inserta el Derecho y estableció la inseparabilidad de los Jueces y Legisladores con dicha realidad, por lo que concluye en

⁵¹ Sobre este movimiento de pensamiento jurídico aparte de las obras posteriormente citadas cabe señalar los siguientes autores: Pound, Roscoe. "*Introducción a la filosofía del derecho*." Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1972; Pound, Roscoe. "*Jurisprudence*" St. Paul, Minnesota, Estados Unidos de América. 1959; Pound, Roscoe. "*Justicia conforme a derecho*" Primera edición. Editorial Letras, México D.F. 1965. Cardozo, Benjamín Nathan. "*La función judicial*" Pereznieto, México. 1996; Cardozo, Benjamín Nathan. "*La naturaleza de la función judicial*" Arayu, Buenos Aires, Argentina. 1955. Llewellyn, K. N. "*A Realistic Jurisprudence - The Next Step*.", Columbia Law Review. Tomo 30, 1930.

la imposibilidad de establecer un conjunto de normas unívocas y califica como "fantasías" cualquier intento de superar dicha coyuntura.

En su libro "Law and the Modern Mind", el jurista americano explora las diferentes antinomias dentro del Derecho y de las diferentes acciones que toman los Jueces, los abogados y los civiles que buscan asesoría de estos últimos. Frank expone el aparente absurdo entre el abogado cuya posición siempre debe de ser cautelosa al garantizar el resultado de una controversia judicial, mientras que el Juez en su sentencia, justifica su decisión de forma impecable con una lógica precisa y absoluta, que deja poco lugar a la incertidumbre y revela cómo de forma manifiesta una "verdad" evidente cuyo origen resulta indudable, por lo que el abogado de la parte perdedora aparentaría incompetencia.

"(...) la Ley, como la conocemos, es incierta, indefinida, sujeta a cambios incalculables. Esta condición se le atribuye a los hombres de Derecho, la persona promedio considera que los abogados son gravemente negligentes o que son culpables de mala praxis, ocultando sencillas verdades legales, con la intención de fomentar litigios innecesarios, constituyéndose en un gremio conspirador de distorsión y confusión, bajo el interés de percibir mayores honorarios"⁵².

Una forma en la que dicho mito se manifiesta es en la falta de *intersubjetividad* en las resoluciones judiciales, en realidad, estas mismas son impredecibles ya que diferentes jueces pueden fallar de diferentes formas sobre el mismo caso. Inclusive en la academia se establecen simposios, se organizan paneles y mesas de conversación con la finalidad de discutir los diferentes puntos de vista jurídicos y diferentes interpretaciones que pueden resultar de un mismo texto, como se explicará posteriormente el lenguaje jurídico en *algunos* casos deja abiertamente lagunas o

⁵² Frank , Jerome. "Law and the Modern Mind" 6ta edición. Londres. Editorial Stevens & Sons Limited. 1949. Página 5. "The Law as we have it is uncertain, indefinite, subject to incalculable changes. This condition the public ascribes to the men of law; the average person considers either that lawyers are grossly negligent or that they are guilty of malpractice, venally obscuring simple legal truths in order to foment needless litigation, engaging in a guild of conspiracy of distortion and obfuscation in the interest of larger fees." Traducción realizada por el estudiante Luis Diego Weisleder.

términos con definiciones ambiguas y vagas que sirven para amparar casi que cualquier interpretación deseada para ciertos extremos de la norma.

No obstante lo anterior, la búsqueda de la certeza y seguridad jurídica a través de la “correcta interpretación de las leyes” persiste en la percepción de las instituciones judiciales, incluso se manifiesta en la Reforma al Código Procesal Civil del 2015, aspectos que se desarrollarán más adelante. Para Frank, la causa principal de resistencia contra este tipo de pensamientos es el anhelo de recuperar una autoridad paterna infalible, como resume Pedro Haba:

"Frank insiste, además, en que dicho afán de certeza es producto de un "infantilismo" en nuestros modos de pensar [...] Es una reminiscencia de nuestra fe de niños en la autoridad paterna, la cual se manifiesta en muchos campos.

[...]

La crítica de Frank no se dirige tanto contra el afán en sí mismo, sino contra las falsas ilusiones, los autoengaños que este contribuye a engendrar"⁵³.

Asimismo, encontramos una falta de uniformidad en la jurisprudencia, esto implica que incluso un mismo Juez puede cambiar su decisión para un mismo caso. Lo anterior se reconoce de forma implícita, incluso en la alta jerarquía del Poder Judicial. Razón de esto la Ley de Jurisdicción Constitucional establece en su artículo 13:

"La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma".

La norma anterior, por sí misma no es indiciaria del hecho que la Sala Constitucional pueda incurrir en contradicciones, su redacción más bien tiene como propósito evitar el estancamiento jurídico de su jurisprudencia. Sin embargo, conforme ha ido evolucionado dicha instancia se ha hecho manifiesto la gran cantidad de trabajo que le

⁵³ Haba Müller, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental*. (San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2010). Página 178-179.

corresponde. Únicamente en el año 2017, dicho órgano produjo 21071 votos, por lo que al menos de forma implícita se tuvo que incurrir en contradicciones⁵⁴.

A manera de ejemplo de lo anterior, se puede analizar el giro interpretativo que se dio respecto a la posibilidad de la reelección presidencial que, frente a una acción de inconstitucionalidad contra la reforma al artículo 132 inciso 1 de la Constitución Política, cuyos efectos se dieron desde 1969, la Sala Constitucional declaró sin lugar dicha acción mediante el voto número 7818-2000. La opinión de la mayoría de los jueces constitucionales declaró que el procedimiento de reforma al artículo señalado no constituía un vicio suficiente para declarar su inconstitucionalidad. Lo importante de este fallo fue lo indicado sobre su competencia para conocer el asunto el cual, estimó lo siguiente en sus consideraciones:

*"En consecuencia, no le es dable invadir los ámbitos que corresponden a los poderes políticos u otros órganos constitucionales o legales del Estado. En este sentido, aunque se le haya pedido, incluso en la propia audiencia oral, la Sala carece de toda competencia para valorar el mérito de la reforma constitucional que aquí se impugna o de la Ley que la incorporó a la Carta, ya fuera en sí o por su forma o contenido, o su correspondencia o no con la voluntad o deseos de los ciudadanos; menos, para subsanar la alegada omisión de la Asamblea Legislativa al negarse a discutir o a aprobar una eventual reforma constitucional que devolviera a los Ex presidentes la posibilidad de ser reelectos, de cualquier manera o después de dos períodos, como lo disponía el artículo 132 inciso 1° original; o, mucho menos, para juzgar si la pretendida reelección presidencial contribuiría o no a resolver problemas coyunturales de la política electoral costarricense"*⁵⁵.

Sin embargo, únicamente 3 años después de la anterior desestimación y con el reemplazo de dos integrantes, la Sala declaró con lugar las mismas acciones de

⁵⁴ De acuerdo con los datos proporcionados por el Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedido el 16 de agosto 2018.

⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No. 7818-2000 de las 16 horas con 45 minutos del 5 de setiembre del 2000.

inconstitucionalidad sobre dicho impedimento, en esa ocasión sobre su cambio de criterio en razón de su competencia y la excepción de cosa juzgada material interpuesta, la opinión de mayoría del voto 2771-2003 señaló:

"[...] este Tribunal tiene la facultad de revisar, incluso, un asunto que haya sido igual o similar, y de variar su criterio si lo estima pertinente, tomando en consideración que la Sala no se encuentra sujeta a sus propios precedentes de conformidad con el artículo 13 de la misma ley. Aunado a ello, el artículo 76 de la ley de la Jurisdicción Constitucional no se aplica al caso concreto, toda vez que en este asunto la legitimación deriva de la existencia de intereses difusos, y por ende, no tiene asunto base, como refiere el artículo de cita. Una vez aclarado lo anterior y teniendo claro que en este caso no es oponible la excepción de cosa juzgada material, es válido entrar a conocer las acciones sometidas a estudio bajo una nueva ponderación, incluyente de perspectivas no analizadas en la previa decisión. Sobre este extremo, este Tribunal estima que tiene plena competencia"⁵⁶.

De lo anterior se puede ilustrar la falta de uniformidad y univocidad de las altas instancias judiciales en nuestro país, dando mérito de la existencia al *Mito Básico del Derecho*. No obstante, como lo señala también Frank, es imposible que los Jueces reconozcan de forma explícita dicha condición tan precaria en la que se encuentra el Derecho como sistema jurídico.

Esta posición se conoce como el "Normativismo de los juristas" o "platonismo juricista" mediante la cual la persona juzgadora reconoce la función del texto normativo a través de su "razonamiento" simplemente con la lectura atenta de lo escrito. El contenido de la norma se revela ante el jurista únicamente por medio de una concienzuda leída de su texto, cuya intención se presenta unívoca e incontestable.

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No. 2771-2003 de las 11 horas con 40 minutos del 4 de abril del 2003.

*"Tal descubrimiento se efectúa por ciertas vías de pensamiento que solo consisten –se supone– en un "darse cuenta", mediante la inteligencia profesional, de aquello que la letra dice por sí misma, o de la "voluntad del legislador"; o bien, en todo caso, se invoca la "naturaleza jurídica" del instituto en juego(...) [y] no puede implicar –se supone– más que una sola respuesta verdaderamente "correcta" para cada caso, en función de la disposición jurídica aplicable"*⁵⁷.

Es a partir de esta posición que se deriva la denominada "*Superstición del Único Significado Verdadero*" o también conocido como "*Única Solución Justa*", en la cual todo texto jurídico tiene una sola interpretación pre-establecida y válida, al igual que cada caso que se presente frente a las autoridades judiciales tiene una exclusiva solución legítima. Como bien lo señalan en el voto 14421- 2004 cuando indican:

*"No sobra, por lo demás, advertir que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una Única Solución Justa(...)"*⁵⁸.

Por lo tanto, frente a todas estas variables institucionales que impiden la estabilidad de cualquier conjunto de normas jurídicas, ¿por qué se persiste en afirmar lo contrario? Esa es precisamente la problemática que intenta resolver Frank. El común denominador de las teorías que buscan explicar dicha condición es el anhelo psicológico de ejercer control sobre un destino en el cual no tenemos ninguno o encontrar orden frente a la "naturaleza" incierta y aleatoria de la realidad que nos

⁵⁷ Haba Müller, Enrique Pedro. *Op cit.* Página 224.

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No. 14421-2004 de las 11 horas del 17 de diciembre del 2004. Citado por Salas, Minor. "*Yo me engaño, tú te engañas, él se...* Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales." Segunda edición. Editorial ISOLMA. San José. Página 107.

rodea. "La búsqueda de criterios racionales de decisión jurídica opera, por lo tanto, no solo como una ideología profesional del jurista, sino como una ideología general del conglomerado humano"⁵⁹.

Es así como los humanos, frente a una realidad sin sentido aparente y caótica, en la cual la vida y la muerte se dan de forma absurda, se aferran a cualquier vestigio de razonamiento y certidumbre para sentirse dueños del destino. Una manifestación de este deseo de imponerse a la realidad la encontramos en el *Mito Básico del Derecho* y en el *Normativismo Jurídico*, en el cual encontramos un reduccionismo a nivel lingüístico como es el *Único Significado Verdadero*.

Parte de la importancia del movimiento del Realismo Jurídico Americano o *sociological jurisprudence*, es su influencia en el pensamiento iusfilosófico francés del siglo XX. Cabe analizar que dentro del contexto histórico en el cual se ubica el principal sujeto de la presente investigación, la obra de Michel Foucault, en la Francia de la década de 1960 se gestaba un movimiento de estudio denominado Sociología Jurídica o Sociología del Derecho, afirmación que reconocen los propios tratadistas de este movimiento. Razón por la cual, si bien la lectura del pensamiento filosófico de Michel Foucault puede distanciarse de este entorno teórico-legal, a la hora de relacionar el trabajo del intelectual francés al ámbito jurídico es necesario realizar un análisis de las principales ideas doctrinarias que se desarrollaban en su país.

La Francia de la década 1960, se encontraba en un período de crecimiento económico luego de la Segunda Guerra Mundial, que había dado lugar también a una serie de reformas constitucionales, principalmente la adopción y puesta en vigencia de la Constitución de la Quinta República en el año 1958. En ese período uno de los movimientos de pensamiento jurídico principales era el denominado *Sociología Jurídica*⁶⁰, este mismo tiene como fundador a Henry Levy-Bruhl y como principales

⁵⁹ Salas, Minor. Ibid. Página 108.

⁶⁰ Aparte de los autores citados se deben tomar en cuenta también las siguientes obras que ayudaron a desarrollar el movimiento en Francia. Duguit, León. "Las Transformaciones Del Derecho: Público Y

doctrinarios: Georges Gurvitch y al jurista civilista Jean Carbonnier. Este último definió el movimiento en estudio como:

*"[La] rama de la Sociología general que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales: los fenómenos jurídicos o fenómenos de derecho. La palabra fenómeno es capital, ya que marca de golpe la intención de mantenernos dentro de las apariencias y de renunciar a alcanzar las esencias. De lo que se trata es, pues, de fenómenos jurídicos"*⁶¹.

Cabe destacar de la anterior definición la nueva perspectiva que se le otorga al estudio del Derecho, entendiendo este como el resultado de acciones del cuerpo social, en un primer lugar se consideraría simplemente como la observación de las consecuencias reales de hechos de relevancia jurídica.⁶² En cuanto al examen de su objeto de estudio, este movimiento hace uso de otras materias como la estadística y la encuesta, entre otros, para componer los datos de conocimiento.

Para los tratadistas de este movimiento, el Derecho como objeto de conocimiento "es, ante todo un fenómeno social"⁶³, lo anterior puesto que a partir del adagio latino *Ubi societas, ubi ius*, el Derecho y la sociedad humana se encuentran inextricablemente ligados ya que sin uno no existiría el otro, y por lo tanto, las normas jurídicas son causadas por la sociedad y entonces se convierten en la expresión de la voluntad del cuerpo social. Por tanto, es de relevancia estudiar los impactos que estos tienen realmente al seno de la sociedad. Carbonnier habla de esta novedosa *perspectiva* de la Sociología del Derecho y de su contraposición al estudio, dogmáticos del Derecho de la siguiente manera: "Entre el derecho dogmático y la Sociología del derecho, la diferencia

Privado" Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1975. Duguit, León. "Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón." Librería Española y Extranjería de Francisco Beltrán. Madrid, España. 1970; Duguit, León. "La Transformación del Estado" F Beltrán, Madrid, 1921. Hauriou, Maurice. "La teoría de la institución y de la fundación: ensayo de vitalismo social." Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1968.

⁶¹ Carbonnier, Jean. *Sociología Jurídica*. Editorial TECNOS, Madrid España. 1982, Página 15.

⁶² Cornu Gerard. Op cit. Página 199.

⁶³ Levy- Bruhl, Henri. *Sociología del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires Buenos Aires, Argentina. 1964. Página 13.

no se refiere al objeto. Es una diferencia de punto de vista o de ángulo de visión. El mismo objeto que el derecho dogmático analiza desde dentro, la Sociología del Derecho lo observa desde fuera. Y precisamente porque lo observa desde fuera, lo ve como fenómeno, como exterioridad, como apariencia, sin interrogarse sobre lo que puede ser en sí mismo, en su profundidad ontológica, considerado como esencia”⁶⁴.

Este movimiento considera como su objeto de estudio el Derecho percibido en la realidad, es decir, el impacto tangible y empírico que puede resultar de las acciones derivadas de estructuras legales, entendiendo estas como las emanadas por operadores del Derecho, dentro de una sociedad o grupo específico y laboriosamente determinado.

De todo lo anterior, la Sociología Jurídica se convierte entonces en una materia o disciplina auxiliar del Derecho arropada por la Sociología General. Por lo que cabe destacar el método de análisis que utiliza esta rama de la Sociología del fenómeno jurídico de la Jurisprudencia:

“En el estudio dogmático, el comentarista de la sentencia se esfuerza por extraer la regla de derecho aplicada en la decisión incluso quizá creada por ella, en la medida en que la jurisprudencia es creadora de derecho. En el estudio sociológico, el sociólogo busca la extracción de un trozo de vida, el conjunto de fenómenos sociales, interindividuales o incluso individuales, que la decisión ha hecho salir a la luz”⁶⁵.

El estudio de esta dimensión del derecho queda en completa contraposición al formalismo y normativismo jurídico. El análisis de la Sociología Jurídica se basa en la realidad y no se preocupa por la validez interna del razonamiento legal o de las leyes empleadas para fundamentar dicha decisión.

⁶⁴ Carbonnier, Jean. Op cit. Página 18.

⁶⁵ Carbonnier, Jean Op cit. Página 157.

“Para el positivismo jurídico, por supuesto, toda Sociología del Derecho es un crimen de lesa majestad contra el Estado y su ordenamiento. El jurista, en su torre de marfil, se aleja con desprecio de todo lo que tiene que ver con la realidad social del derecho. Está orgulloso de discurrir en el vacío formalista del santuario del Estado, de los textos legislativos y de las decisiones de los tribunales oficiales que cierran el camino a todo contacto con la vida social”⁶⁶.

Como reconocen los partidarios de la Sociología Jurídica, la interpretación del jurista puede ser racional y lógica, pero socialmente inválida, esto por diversos factores, entre ellos el uso de normas en desuso o anticuadas, así como otros factores extra-jurídicos que pueden socavar la legitimidad de la sentencia frente al cuerpo social.

“Además, la validez del derecho puede no ser establecida por una simple interpretación y sistematización de textos legislativos y decisiones de los tribunales. Las reglas jurídicas pueden ser enteramente impotentes, esto es, sin aplicación alguna, mientras que las decisiones pueden ser contradictorias entre sí. Si el jurista no tiene en cuenta el derecho vivo, el derecho espontáneo en acción, el derecho flexible y dinámico (que fluye constantemente y que evidentemente no puede separarse de la realidad social del derecho), la conducta, las prácticas, las instituciones, las creencias relacionadas con el derecho, corre peligro de construir un edificio enteramente separado del derecho realmente válido, del derecho realmente eficaz en el medio social dado”⁶⁷.

Como parte de toda Escuela Sociológica, y especialmente para el ámbito del derecho civil, es necesario desarrollar el impacto que tuvo el movimiento de la Jurisprudencia de Intereses en la Sociología Jurídica Francesa. En paralelo, estos movimientos se hallan en contraposición a las tendencias de formalismo y conceptualismo en el seno del análisis jurídico. Dentro de ellos se encuentra la influencia de Jhering como precursor de ambos movimientos: *“Su realismo sin ilusión tuvo por lo menos una fecundidad sociológica, pues hizo a los juristas tocar con los dedos la vanidad de las*

⁶⁶ Gurvitch, Georges. *Sociología del Derecho*. Editorial Rosario. Rosario, Argentina. 1945. Página 5.

⁶⁷ Gurvitch, Georges. *Ibid.* Página 10.

construcciones conceptuales y les habituó a pensar más el derecho en términos de intereses. Es un realismo que por otra parte no es un pesimismo. Sopla en Ihering una especie de vitalismo jurídico”⁶⁸.

Asimismo, cabe destacar para los fines de la presente investigación la influencia que tuvo el movimiento de la Jurisprudencia de Intereses o Escuela de Tübingen dentro del Derecho Privado, puesto que la idea generadora de esta escuela deriva de la definición que le otorgó Ihering al Derecho Subjetivo como “*interés jurídicamente protegido*”⁶⁹ destacando el carácter meta-legislativo de este, puesto que su existencia no tiene como causa la positivización en el ordenamiento jurídico, es decir, la publicación de una ley vigente, más bien la consecuencia de esta legitimación es su protección y garantía. Esto en oposición a la concepción dominante de aquella época en la cual los postulados del Derecho Subjetivos se veían como licencias reconocidas por el legislador y por ende del Derecho Positivo.

Es entonces que la Escuela de Tübingen decide expandir el ámbito de análisis, no limitándolo a la voluntad del legislador concentrada en la fórmula legal, sino que estas últimas responden a un contexto social, a una realidad en la vida humana y no se agotan en los conceptos insertos en la norma escrita.

“El objeto o fin práctico de la Jurisprudencia de Intereses es servir a la vida diaria, persiguiendo el reconocimiento de la importancia que la ley tiene en la vida y entendiéndola en función de su efecto sobre la vida”⁷⁰.

Una vez mencionado el movimiento de Jurisprudencia de Intereses, es menester hacer referencia a la Jurisprudencia Valorativa, o para efectos de esta investigación también conocida como Jurisprudencia Teleológica. Ambas escuelas de pensamiento, al igual que la Sociología del Derecho, comparten perspectivas realistas sobre el

⁶⁸ Carbonnier, Jean Op. cit. Página 59.

⁶⁹ Pérez Vargas, Víctor. *La Jurisprudencia de Intereses*. Segunda edición. Litografía e Imprenta LIL, S.A 1991. Página 23.

⁷⁰ Pérez Vargas, Víctor. *La Jurisprudencia de Intereses*. Ibíd. Página 36.

comportamiento y rol de los juristas en relación con la interpretación de las normas jurídicas, así como el impacto empírico y constatable que se obtiene de la observación de dichas resoluciones. No obstante, la Jurisprudencia Teleológica difiere en cuanto a su concepción teórica ya que se distancia del término multívoco “interés” para efectos de regla interpretativa y se centra en valores cuyo beneficio implica que poseen una *validez objetiva*⁷¹, además emplea conceptos finalísticos puesto que para sus partidarios la norma es un medio para alcanzar un determinado fin.

Una vez recalcado lo anterior, para efectos de la presente investigación no se desarrollará mucho esta escuela de pensamiento ya que los fundamentos teóricos de este se adecuan más a la rama del Derecho Penal, en cuanto establecen el concepto de “*bien jurídico*” como objeto de tutela. Aspecto que no logra calzar con el mismo acierto dentro de los principios o axiomas del Derecho Privado, cuestión que sí logra mejor la Jurisprudencia de Intereses⁷².

Es importante señalar, ciertas debilidades dentro de la escuela de pensamiento sociológica: En un primer lugar, los partidarios de este movimiento reconocen a la Sociología Jurídica como una ciencia jurídica por sus principios objetivos y de materialidad frente al análisis de los hechos, así como reducen la indeterminación dentro de sus estatutos, negando las actitudes arbitrarias del juez así como la incidencia del azar y capricho en los fenómenos sociales, aunque sean conscientes de la existencia de estos hechos.

*“Esta indeterminación, hay que insistir en ello, es solo parcial y no es incompatible con un determinismo de principio. Por tanto, no impide que, dentro de ciertos límites, el análisis causal se realice eficazmente. Sin embargo, es verdad que, de ese modo, enturbia y hace frágiles las leyes científicas que ambicionamos establecer”*⁷³.

⁷¹ Haba Müller, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental*. (San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2010). Página 57.

⁷² Otras diferencias sobre ambas escuelas de pensamiento se pueden encontrar en: Pérez Vargas, Víctor. *La Jurisprudencia de Intereses. Op. Cit.* Páginas 44-46.

⁷³ Carbonnier, Jean. *Op cit.* Página 206.

Como se puede apreciar, todo este movimiento francés de pensamiento jurídico se basa o tiene como precursores las obras de Max Weber⁷⁴, quién fue jurista en formación, así como los propios sociólogos franceses, en relación con la influencia de la Sociología General⁷⁵.

Sin embargo, incluso eliminando la incertidumbre a nivel institucional recién mencionada, esta vaguedad persiste a nivel semántico de las normas.

Toda norma jurídica está compuesta por una serie de palabras, que en su conjunto se deriva el mandato de comportamiento. Por la simpleza en el mandato que dispone la norma, el primer ejemplo de estudio será el delito de Hurto que dispone el artículo 208 del Código Penal:

"Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena".

Para garantizar la pureza del ejemplo, la norma será analizada de una manera aislada de cualquier otra norma superior o de igual rango en la pirámide normativa.

Si se lee hasta la primera coma de la norma, se pueden extraer algunos lineamientos, pero no se puede considerar que existe un mandato de conducta: *"Será reprimido con prisión de un mes a tres años"*. Ya de este fragmento se puede deducir lo siguiente; del *"Será reprimido"* se establece que el objetivo de esta norma es sancionar, luego añadiendo *"con prisión de un mes a tres años"* se puede establecer que la sanción en concreto es la privación de libertad en prisión y el plazo posible de esta sanción.

⁷⁴ Sobre esto cabe destacar las obras Weber, Max. *"Economía y Sociedad"* Fondo de Cultura Económica, Tercera edición, comentada por Francisco Gil Villegas. México D.F, México, 2014; Weber, Max. *"Ensayos sobre Metodología Sociológica"*. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina. 1973. Al igual que las obras de Geiger, Theodor Julius *"Ideología y verdad"* Amorrortu, Buenos Aires, Argentina. 1972. Geiger, Theodor Julius. *"Moral y Derecho. Polémica con Upsala"* Alfa. Barcelona, España. 1982.

⁷⁵ Sobre estos es importante mencionar: Durkheim, Émile. *"Las Reglas del Método Sociológico"* Quinta Edición. Coyoacán. Distrito Federal, México. 2001.

Posteriormente, al añadir el resto de la norma, se pueden establecer los elementos faltantes del mandato de conducta establecido por el legislador: "*el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena*". En este fragmento final se establece el sujeto de la sanción y la conducta por sancionar, los cuales están muy entrelazados en esta norma en particular, puesto que la conducta es apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena y el sujeto es cualquier persona que cometa dicho apoderamiento. Por lo anterior, se puede establecer que esta norma está compuesta de la siguiente forma:

[Naturaleza de la norma + tipo de sanción a aplicar + Limitaciones temporales de la sanción a aplicar + Sujeto por sancionar + Acción objeto de la sanción]

Esta deconstrucción del texto recién realizada demuestra que el mandato de conducta, o sea sancionar con prisión a quien cometa hurto, está compuesta por distintos elementos cuyo propósito es especificar el comportamiento. Si tan solo se realiza este superficial análisis sintáctico, se puede caer en la aparente idea de que la norma es clara, puesto que la oración que la compone establece que el tipo de norma es sancionatoria, a quién, y por qué acción, hay que sancionar y hasta qué tipo de sanción aplicar. Sin embargo, al hacer un estudio más minucioso queda en evidencia lo engañoso de este sentimiento de seguridad inicial.

La norma está compuesta por distintos elementos y deriva su contenido de la combinación de estos. De la misma forma, cada uno de los elementos está compuesto de palabras individuales que en conjunto le dan un sentido. Por lo tanto, el contenido de cada palabra que compone la sintaxis de la norma va a afectar directamente el mandato de conducta que conlleva. Esta afirmación, que resulta bastante obvia, tiene implicaciones sumamente importantes y no tan evidentes.

Por ejemplo, del delito de Hurto recién visto, la palabra "*ilegítimamente*" resulta central en la delimitación de la acción que se busca sancionar, ya que si se realiza una

supresión hipotética de dicha palabra, cualquier acto que implicara tomar una cosa ajena sería un potencial hurto. Sin embargo, ¿Qué se entiende por "*ilegítimamente*"? Toda palabra siempre tendrá un grado de vaguedad y la norma no brinda una definición de cómo debe interpretarse esta palabra, lo que fuerza al Juez a buscar su definición afuera del artículo. La aclaración de conceptos cuya definición ha sido puesta en duda, normalmente es realizada mediante resoluciones precedentes – jurisprudencia, trabajos académicos – doctrina, y/o lo establecido en otras normas – unidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, dichas fuentes, y cualquier otra en realidad, únicamente dan una solución falsa, sin resolver el fondo del problema, puesto que se está tratando de resolver la vaguedad de una palabra, mediante el uso de otras palabras, las cuales tienen la misma vaguedad inherente e invencible. Sabiamente se ha indicado qué: "*no se encuentran casualmente lagunas en la ley; lo que pasa, es (como se puede afirmar sin temor a equivocarse) que hay tantas lagunas como palabras*"⁷⁶.

Esta vaguedad inherente e invencible de las palabras deriva exactamente de lo que ha permitido al lenguaje florecer como herramienta comunicativa, que son una construcción social. Al ser el lenguaje un convencionalismo, es su uso a través del tiempo lo que va a ir creando nuevas palabras como van surgiendo nuevas necesidades comunicativas, y cambiando los significados de estas, por lo tanto, las palabras no son un objeto estático con un contenido determinado.

El derecho, como rama del conocimiento, al tener como principal objeto de estudio las normas jurídicas, las cuales están compuestas en su totalidad de palabras, ha tenido que aprender a lidiar con esta vaguedad de los conceptos. De lo contrario, no se habría logrado utilizar normas construidas mediante palabras como instrumento de organización social, pero este punto será desarrollado más adelante.

⁷⁶ Haba Müller, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental. Op cit.* Página 177.

Para desarrollar otro ejemplo, y ahora de la norma que es de interés para el presente trabajo, se tiene el artículo 44.1 del Código Procesal Civil:

"Admisibilidad. Será admisible la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos.

Las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por particulares, instituciones públicas o por medio de un colegio profesional. Se adjuntarán, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación. Asimismo, podrán solicitar el nombramiento de un perito por parte del tribunal".

Nuevamente, a simple vista dicha norma parece ser sumamente clara por lo que no deja espacio para cuestionamientos. Sin embargo, en la primera oración al dejar la frase "...cuando sean necesarios..." se está generando una indeterminación considerable. El artículo recién citado no indica cuando son necesarios estos conocimientos especiales, solo que si son necesarios se puede solicitar un perito. Esto implica que, a final de cuentas, quien decidirá cuando son necesarios tendrá que ser el Juez sin mayor criterio que su opinión de si sus conocimientos personales le bastan o no.

En este último ejemplo, la vaguedad de la expresión "...cuando sean necesarios...", parece incluso ser incorporada adrede por el legislador y que su intención era exactamente dejar a la libre decisión del Juez determinar los casos en que sería necesaria prueba pericial. Siendo este el caso, la vaguedad de las normas no sería únicamente un problema, en el sentido que genera inseguridad jurídica, sino una potencial herramienta para dar un considerable margen de libertad al Juez.

Entonces, la ambigüedad es inherente a toda norma, pero esto no es un problema sino un factor necesario para su aplicación, incluso más allá del ejemplo recién citado donde en ciertos casos se deja un grado de ambigüedad mayor para dar más

disposición al Juez en cómo ha de surtir efectos la norma. Puesto que nuestro sistema jurídico funciona con base en normas generales que deben ser aplicadas a casos concretos, se necesita que estas manejen cierto grado de indeterminación, y por lo tanto, de ambigüedad, para que el Juez pueda aplicarlas a casos que serán distintos, pero que contiene elementos específicos en común. De lo contrario, sería necesaria una norma para cada caso en concreto, ya que, si se pretende eliminar la ambigüedad lo más posible, no se podrían utilizar normas que hablasen en términos generales.

Sin embargo, siendo que uno de los principales objetivos de un ordenamiento jurídico es dar seguridad jurídica a las personas que se regirán por él, esta ambigüedad debe ser administrada o controlada de alguna manera. De lo contrario, esa vaguedad invencible podría potencialmente amenazar esa seguridad a la que aspira producir el ordenamiento.

Un intento de controlar esta ambigüedad mediante la imposición de una guía interpretativa se puede observar en el artículo 10 del Código Civil el cual dispone lo siguiente:

"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas".

Dicho artículo, que en apariencia establece reglas claras para la interpretación que debe hacer el Juez de las normas, en realidad establece 6 formas válidas de interpretar cualquier norma. Estas formas serían:

1. *"según el sentido propio de sus palabras"* - Interpretación literal
2. *"en relación con el contexto"* - Interpretación casuística
3. *"los antecedentes históricos"* - Interpretación historicista
4. *"...y legislativos"* - Interpretación según la voluntad del legislador

5. "... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" - Interpretación contextualizadora
6. "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas" - Interpretación esencialista

Estas formas de interpretación permitidas no sólo son sumamente distintas, sino que puede llegar a ser excluyentes entre sí. Obtener una interpretación que satisfaga las seis vías es imposible en la gran mayoría de los casos. Ante esta imposibilidad queda en manos del Juez nuevamente determinar cuál aplicar, bajo su libre criterio, puesto que todas son igualmente válidas. Esto deja en evidencia que establecer criterios interpretativos obligatorios no elimina la vaguedad de las normas, en el mejor de los casos, brinda mejores herramientas al Juez para lidiar con esta vaguedad.

Transformar la indeterminación del significado de las normas, en indeterminación de la vía interpretativa, da un margen de libertad considerable al Juez de cómo afrontar los casos en que haya disputa. Por ejemplo, el siguiente voto:

*"Anteriores agravios son de recibo. Es claro que el Juzgado hace una interpretación estrictamente literal de lo preceptuado en el artículo 953 del Código Procesal Civil según el cual "Los escritos presentados en tribunal distinto al que conoce del proceso no surtirán efecto; lo surtirán si llegan a éste dentro del plazo correspondiente.". En efecto, aparte de que en materia sancionatoria es deber del operador jurídico estarse (sic) a un talante restrictivo, para la determinación de la sanción ahí establecida ha de estarse a una interpretación histórico-evolutiva, más que al sólo tenor literal del texto de la norma, a tono con lo que prescribe el numeral 10 del Código Civil con base en el cual "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, **en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas**" (lo destacado en subrayado y negrita no es del original). Es claro que para la época en que fue sancionado tal precepto -década de los años noventa-, la actuación de las partes lo era en un contexto de expedientes físicos, en el que la gestión*

de parte se hacía únicamente a través de documentos físicos, mediante entrega personal que tenía que hacer directamente en el mostrador del despacho judicial correspondiente. Por supuesto que ese contexto de gestión judicial ha variado sensiblemente. [...] Lo medular aquí es que a diferencia de lo que acontecía en el primer supuesto en que la presentación correcta y oportuna de los escritos al expediente dependía en exclusiva de la diligencia de la parte, en tanto debía presentarlos directamente en el mostrador del despacho judicial correspondiente en forma personal, en la actualidad, tal presentación de gestiones judiciales está mediatizada administrativamente por la Institución misma, particularmente en lo que hace a la citada Oficina Centralizada de Recepción de Documentos, merced a lo cual para esos efectos la parte pierde aquel contacto directo con el despacho al cual tiene la intención de dirigir su gestión. Es por esa razón que para desentreneñar el sentido de lo sancionado por el legislador en aquel citado artículo 953, no debe perderse de vista esta nueva realidad de gestión, por cuanto el espíritu de la norma es conjurar aquellas conductas negligentes del usuario en que por su incuria incumple la carga procesal de presentar su gestión ante la oficina judicial correcta, cuando por el contrario lo hace en un despacho equivocado”.

La sentencia procede a desarrollar su razonamiento de la siguiente manera:

“Esto es así por cuanto naturalmente le es más reprochable al usuario tal negligencia en situaciones donde la gestión de escritos la hace él directamente en el mostrador, a diferencia de lo que ocurre en situaciones en que tal gestión administrativa no tiene esa inmediatez, y que, por lo mismo, está sujeta a factores que escapan al control de la parte como correctamente lo sugiere el apelante en su recurso. Por eso, es claro que el alcance sancionatorio del artículo en comentario hay que relativizarlo ahora caso por caso, con la finalidad de constatar si en el caso concreto la presentación extemporánea del escrito obedece o no a una negligencia atribuible a la parte interesada, dado que si no hay tal constatación, no es dable entonces aplicar la sanción de ineficacia procesal ahí establecida y eso es lo que ocurre aquí como se verá. [...] Claro que este último Juzgado luego remitió el escrito al Juzgado de primera instancia pero lo hizo hasta el 3 de mayo próximo siguiente, cuando ya había vencido el aludido plazo para cumplir la prevención.

Pero entonces aquí deviene elocuente que la extemporaneidad del ingreso del escrito al expediente se debió a factores ajenos al control de la parte actora, con lo cual no hay negligencia o incuria alguna que le sea reprochable y, por eso, no es de recibo la sanción de ineficacia establecida en el tantas veces citado artículo 953 del Código Procesal Civil. De este modo, se tendrá por cumplida en tiempo la prevención deducida por el a quo, lo que da mérito para revocar la resolución recurrida para en su lugar ordenar se le dé curso a la demanda, salvo que alguna otra razón de índole legal lo impida”⁷⁷.

En dicho extracto se puede observar cómo se antepone una interpretación contextualizadora y esencialista a una interpretación literal del artículo 953 del Código Procesal Civil de 1989. Es difícil cuestionar el razonamiento del Tribunal en dicha sentencia, puesto que la norma referida resultaba anacrónica y se encuentra descontextualizada al funcionamiento moderno de los juzgados y la presentación de escritos. Sin embargo, se podría decir que al tomar este criterio el Tribunal invadió funciones del legislador, puesto que su deber es aplicar todas las normas dadas y no decidir de manera arbitraria cuales ya no aplicar. Sin embargo, si el Tribunal hubiera más bien defendido la interpretación literal de la norma, le habría sido criticable que esta estaba descontextualizada y no cumpliría su fin último, esto revela que la ambigüedad, ahora en un nivel interpretativo, persiste, y únicamente no habría disputa si se logra una interpretación conforme a las 6 vías establecidas en el artículo 10 del Código Civil ya visto, situación sumamente difícil por obvias razones.

Esta construcción, tiene como único propósito intentar encausar las posibilidades interpretativas del Juez, como un intento de brindar algún grado de seguridad jurídica ante la incerteza del texto. Y es que, si no se puede dar seguridad alguna en cuanto a cómo se entenderá cualquier norma, todo el ejercicio de crear un ordenamiento jurídico con base en ellas resultaría inútil, puesto que los mal entendidos que se darían entre el legislador y aquellos que las aplicarían, respecto al significado de las normas, impedirían que estas cumplieran sus propósitos.

⁷⁷ Sentencia 10336 de las trece horas con veintiún minutos del veintiocho de septiembre de 2017 del Tribunal Primero Civil.

Esta necesidad de seguridad es intrínseca al derecho mismo, puesto que *"la comunidad como forma de la existencia es solo posible en la medida en que cada individuo puede calcular en cierto grado cómo habrán (sic) de comportarse con los demás en ciertas situaciones típicas y cómo se habrá de reaccionar - En las sociedades civilizadas esta reciprocidad de comportamiento es llamada seguridad jurídica"*⁷⁸.

Volviendo a la incertidumbre del texto que compone la norma, conciliar la necesidad de brindar seguridad del ordenamiento con esta indeterminación de las palabras, resulta una tarea compleja para el Juez. Si se añade además que la sociedad sufre continuos cambios, por lo que constantemente surgen situaciones de relevancia jurídica no previstas en dichos textos, lo que significa que esta tarea conciliadora entre el caos del texto y la aspiración de orden del sistema no se detendrá nunca. Como bien resalta el Profesor Haba: *"Casi siempre existe cierta pugna entre una institución como estructura y la finalidad a la que ha de servir; es decir, entre la forma reconocida, que impide que el arbitrio se convierta en arbitrariedad, y la función social para cuyo ejercicio, en definitiva, la forma fue creada"*⁷⁹.

Todos los dilemas vistos hasta ahora, aunque distintos en sus implicaciones, tienen un elemento central común y es el uso del lenguaje a través del cual se manifiesta el derecho.

Como toda disciplina a lo largo de los años, el Derecho ha creado un lenguaje jurídico propio con un vocabulario especializado. Tal vez por ser uno de los campos de estudio más antiguos con la mayor cantidad de escritos, por algunas de las mentes más brillantes a lo largo de los años, dicho lenguaje se ha ido especializando, y correlativamente su comprensión se ha dificultado para las personas no estudiosas de la materia.

⁷⁸ Haba Müller, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental*. (San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2010). Página 188.

⁷⁹ *Ibíd.* Página 194.

Se puede criticar que dicho lenguaje es a veces excesivamente complejo y arcaico, por ejemplo, a través del uso de expresiones en latín, y tecnicismos lo cuales pueden ser utilizados para desorientar al ciudadano dentro del marco del proceso judicial. No obstante, el presente capítulo no tiene por objetivo hacer un recuento de dichas fórmulas legales, sino más bien exponer las prácticas engañosas y falaces que dicha lingüística jurídica engendra incluso en la modernidad.

Es importante destacar que, como variante del Lenguaje General al Lenguaje Jurídico, se le debe reconocer un carácter convencional, esto significa que:

"... el elemental hecho de que los significados lingüísticos dependen de cierta elección (<arbitrio>) efectuada por seres humanos, consciente o inconsciente, pues no hay nada en las palabras mismas que haga imposible, y mucho menos inconcebible, utilizar cualquiera de ellas para mentar sea lo que fuere (si bien, por costumbre, no se hace así)"⁸⁰.

La lingüística jurídica, por más especializada, no escapa a dicha convencionalidad, mediante la cual una generalidad de personas versadas en la materia "acuerdan", de forma implícita o tácita, darle cierto contenido a determinado "concepto" sin reconocer el hecho que su "voluntad humana en común" fue el único gestor en la creación de dicho "concepto". Voluntad que al conformarse de seres humanos se encuentra sujeto a divergentes interpretaciones.

Dentro de este lenguaje especializado jurídico encontramos, disperso en todas las ramas del Derecho, el caso representativo de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados", una definición amplia de los mismos sería: *"...expresiones que remiten a "conceptos", si así puede llamárseles, caracterizados por su amplia falta de univocidad entre distintos grupos de locutores del lenguaje en cuestión, la ausencia de*

⁸⁰ Haba Müller, Enrique Pedro. "Los Juicios de valor: Elementos Básicos de Axiología General" segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial UCR. 2010. Página 122.

*un consenso real sobre lo que aquellas significan o pueden llegar a significar en la práctica. Dicho de la manera más breve: son formulaciones que carecen de intersubjetividad en sus usos para ciertos contextos de decisión que se hacen presentes en los discursos **jurídicos***"⁸¹. (El resaltado no es del original)

Ahora bien, como indica la cita anterior, dichos conceptos no se encuentran totalmente vacíos de significado, estos simplemente tienen un ámbito semántico mucho más grande y con una pluralidad de definiciones aceptadas por el gremio. Ejemplos de estos conceptos son: "Orden público", "Interés Superior del Niño", "Buena fe" y "Bien Común", entre muchos otros.

No obstante, dicha pluralidad de significados no es reconocida por la mayoría de la doctrina, que se resiste a reconocer el margen de licencia que le otorga dicha indeterminación al intérprete, como se pudo apreciar en el voto 2004-14421 de la Sala Constitucional, citado anteriormente. El jurista español Sainz Moreno, nos explica dicha posición, excepcionalmente para los conceptos indeterminados:

*"Bajo la denominación "Teorías de los conceptos jurídicos indeterminados" se entiende en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones "posibles" aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que **una sola solución correcta** y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la **solución justa**"*⁸². (Resaltado no es del original)

⁸¹ Haba Müller, Enrique Pedro, *Op cit.* Página 242.

⁸² Sáinz Moreno, Fernando. Citado por CÓRDOBA O Jorge. "¿Son los conceptos jurídicos indeterminados fuente de discrecionalidad administrativa?" Revista IVSTITIA número 160, Abril 2000. Página 12.

La cuestión que surge de dicha posición es: ¿Existe un método, entendido este como un conjunto de reglas o procedimientos científicos a los cuales se debe ajustar el sujeto cognoscente, para lograr el desentrañar dicha solución única, cuyo resultado sea verificable intersubjetivamente? La posición de esta tesis es que con las herramientas actuales de la legislación no es posible lograr alcanzar dicho nivel de certidumbre.

Incluso las pautas señaladas por las leyes como forma de interpretar las mismas no resultan eficaces para evitar que bajo tales criterios diversos juristas lleguen a diferentes interpretaciones del mismo texto normativo, como se evidenció anteriormente con la deconstrucción de las normas ejemplificadas, específicamente el artículo 10 del Código Civil.

Como bien lo señala el profesor Haba Müller, los conceptos jurídicos indeterminados se desplazan en diferentes ámbitos semánticos.

Se debe diferenciar los espacios semánticos fuera del ámbito lógico, estos son los contenidos que no se ajustan a ninguno de los usos habituales permitidos. Y por lo tanto, en relación con expresiones normativas indeterminadas, existirían conductas que no podrían caber dentro de su calificación habitual; de los siguientes ámbitos consolidados:

"El ámbito lógico-semántico que lo conforman todas las interpretaciones posibles de una expresión lingüística, llamando "posibles" a aquellas que responden a reglas de uso comunes de los términos en cuestión; es decir significados suyos que son reconocidos como tales por la generalidad de sus locutores, o en algunos círculos de estos (numerosos o no).

El ámbito semántico social: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito lógico, se toman en consideración sólo aquellas que aceptan locutores de una cierta colectividad, en un momento histórico dado; vale decir, interpretaciones reconocidas hic

et nunc, ya sea por la generalidad de los locutores de ese medio o al menos por quienes pertenecen a los sectores sociales más influyentes"⁸³.

Se puede observar, de lo expuesto anteriormente por el profesor Haba, que el ámbito lógico-semántico en el cual normalmente se mueven las interpretaciones jurídicas es por su descripción el medio más amplio. Y es dentro de estas diversas apreciaciones a partir de las cuales se pueden ir eliminando ciertas que son calificadas como inválidas mediante el uso de otros baremos. Pero este descarte no significa o implica que al final se llegue a una definición estimada como correcta. Continúa el autor con los siguientes niveles:

"El ámbito semántico real: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito semántico social, se admiten solo las que tienen bastante "peso" político para ser recogidas eventualmente como palabra del apartado estatal de ese país y ejecutadas por parte de este; son solo aquellas interpretaciones cuya puesta en práctica es promovida, o al menos pueda ser tolerada, por las fuerzas sociales dominantes.

*La interpretación autorizada: es **una** dentro del ámbito real, escogida por un intérprete autorizado (legislador, gobernante, juez, personal administrativo) o sea, por funcionarios estatales cuya ubicación en el apartado del Estado hace que la determinación decidida por ellos quede respaldada por ese aparato*"⁸⁴.

Es dentro de dicho espacio que encontramos los diferentes sentidos válidos de los conceptos jurídicos indeterminados, con el único fundamento de validez, la autoridad que emite el fallo como reconocimiento de interpretación "verdadera".

Por todo lo anterior, queda en evidencia que, tanto el sistema jurídico como la norma en específico, siempre serán tanto ambiguas como abstractas, a diferencia de lo que algunos juristas afirman que tales son unívocas y firmes. Por lo que, el Juez se ve

⁸³ Haba Müller, Enrique Pedro. *Op cit.* Página 238-239.

⁸⁴ *Ibíd.* Página 238-239.

obligado a recurrir a distintas herramientas intelectuales para lidiar con esta indeterminación del texto y de esta forma generar, tal vez únicamente de un modo ilusorio, la deseada seguridad jurídica.

Ahora, estas posiciones fueron criticadas por varios doctrinarios, por ejemplo, dicha oposición al realismo jurídico americano se encuentra de forma más predominante en el autor británico Herbert Lionel Adolphus Hart (H.L.A Hart) quién en su libro *“El concepto del Derecho”* esbozó sus principales argumentos en contra. Sin embargo, el blanco de sus ataques era el grupo de los “escépticos ante las reglas”, la cual se definió como:

“[Aquellos que] Buscan una mayor certeza jurídica. Es decir, ellos consideran socialmente deseable que los abogados sean capaces de predecir a sus clientes las decisiones que se tomarán en la mayoría de los pleitos que aún no han comenzado”⁸⁵.

Como contra argumento, Hart indica que el hecho de que las decisiones judiciales no sean predecibles con total certeza no significa que dichas reglas no existan, existe un aspecto interno de las reglas que obligan al Juez, de ser cuestionado al respecto, a justificar por qué no decidió la aplicación de dicha norma. Bajo este caso la persona juzgadora realiza su juicio de acuerdo con lo que él considera que son las normas válidas, calificando las demás reglas como inválidas o innecesarias para el caso concreto, pero aun reconociendo su existencia y lugar en el Derecho.

“El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. [...] La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un

⁸⁵ Haba Müller, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental. Op cit.* Página 204.

*ideal inalcanzable y cuando descubre lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna*⁸⁶.

De la anterior cita se extrae una de las principales críticas de Hart al realismo jurídico. Principalmente, que el hecho de que existan excepciones o falta de regularidad en su uso, no desacredita la existencia de una regla, y puesto que es imposible para cualquiera predecir todas las transmutaciones de las relaciones humanas sería obstinado y radical desconocer por completo su influencia en la toma de decisiones. En otras palabras, el realista se basa en un “todo o nada”, ya sea que las sentencias pueden ser predecibles por el uso de reglas claras y univocas, previamente establecida, o por el otro extremo, puesto que la predicción de dichos fenómenos jurídicos es aleatoria, dichas reglas son ilusorias.

*“Considerar la regla como un estándar que debe ser observado por el grupo como un todo, involucra estimar la existencia de esa regla como una buena razón para la crítica y desviación de su aplicación, y también involucra aparentemente, en opinión de Hart, la crítica real de esos que se desvían de ella”*⁸⁷.

Para Hart, el reconocimiento y existencia de una regla implica también la crítica y alejamiento de la misma, siempre y cuando la generalidad del grupo reconozca la presencia de la misma, ya que de lo contrario el Juez estaría hablando cosas sin sentido e inútiles.

“Es posible que en una determinada sociedad, los jueces tomaran siempre su decisión en forma intuitiva, o “por pálpitos” y luego se limitaran a elegir de entre un catálogo de reglas jurídicas aquellas que, según su modo de ver, se parecieran más al caso ocurrente [...] pero es evidente que la mayoría de ellas [...] son obtenidas mediante el esfuerzo

⁸⁶ Hart, H.L.A. “El concepto del derecho”. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1963. Página 173.

⁸⁷ Hodson, John D. “Hart on the Internal Aspect of Rules” Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. Vol 62. No. 3 (1976) página 381. “Looking upon the rule as a standard to be followed by the group as a whole involves regarding the existence of the rule as a good reason for criticism of those who do deviate from it and apparently also involves, on HART’s view, the actual criticism of those who deviate from it.” Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

*genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida*⁸⁸.

Al respecto de esta crítica, más adelante se desarrollará la posición de Michel Foucault sobre la naturaleza del conocimiento humano. Sin embargo, para la presente sección cabe señalar que, en un plano lingüístico, Hart y los realistas contienen muchos argumentos en común y solamente varían de formas muy ínfimas. Ambos reconocen una indeterminación inherente a las palabras, de la cual, para el filósofo británico se puede hacer la distinción entre un núcleo, una penumbra y una franja de vaguedad, incluyendo los conceptos jurídicos indeterminados, cuestión que fue desarrollada anteriormente, aunque el filósofo británico si estima que los términos diluyen su significado una vez atravesada esta franja de vaguedad, por lo que incluso los conceptos jurídicos indeterminados no admitirían ciertas concepciones.

Asimismo, comparten y reconocen la falacia de la forma lógica como criterio para asegurar la certeza de las decisiones judiciales. *“Ambos Hart y los realistas aceptan que el método silogístico no es una explicación suficiente para todas las decisiones jurídicas*⁸⁹.

No obstante, como se señaló anteriormente en relación con el movimiento francés de la Sociología Jurídica, se reconoce que el filósofo británico y los realistas se enfocan en aspectos distintos del Derecho como cuerpo de conocimiento, mientras que Hart se dirige hacia el aspecto interno de este (el análisis de las normas) proponiendo una teoría legal, mientras que el realismo jurídico (al igual que la Sociología Jurídica), estudia el aspecto externo es decir la aplicación de las normas en la sociedad. Una vez

⁸⁸ Hart, H.L.A. *Op Cit.* Página 175.

⁸⁹ Taylor Jr. E. Hunter. “H.L.A Hart’s Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism.” *The Modern Law Review.* Vol. 35. No. 6. Nov. 1972. Página 610. *“Both Hart and the Realists agree that the syllogistic method is not a satisfactory explanation of all legal decisions”*. Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

identificado esa diferencia de perspectiva, se pueden observar puntos en común entre ambas posiciones.

“De nuevo, Hart y los realistas no se encuentran mucho en un desacuerdo teórico como se podría imaginar en principio. Simplemente se enfocan en diferentes materias – una diferencia más en el énfasis que en una verdadera teoría. Hart está construyendo un modelo de Derecho de la forma más completa posible. Los realistas se enfocan no en una construcción total, pero en serios problemas que ocurren día a día”⁹⁰.

Finalmente, en relación con los realistas, Hart incurre en una falacia naturalista de la cual extrae un juicio valorativo “Deber ser”, de una situación fáctica “ser” puesto que para él existe una correcta aplicación de las normas, a diferencia del enfoque epistemológico en el cual se sitúan los realistas, es decir, el derecho como es practicado en la realidad.

“Por la mayor parte, las reglas son para la teoría del Derecho de Hart el “ser”. Y el “deber ser” más relevante para la Teoría del Derecho de Hart es la aplicación correcta de reglas que proveen una respuesta relativamente clara en la mayoría de casos”⁹¹.

Otra de las tesis opuestas al realismo jurídico se encuentra en la Teoría de Argumentación Jurídica. Dentro de sus principales exponentes se encuentran Ronald Myles Dworkin,⁹² Robert Alexy⁹³ y, en la lengua española, Manuel Atienza Rodríguez.

⁹⁰ *Ibíd.* Página 617. “Again, Hart and the Realists are not so much at theoretical odds as one might initially expect. They are simply focusing on different matters – a difference more in emphasis than actual theory. Hart is constructing a model of law in as complete a form as possible. His primary concern is with legal rules. The Realists are focusing not on a total legal construct but on serious everyday problems.” Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

⁹¹ *Ibíd.* Página 607. “For the most part, the rules of law are Hart’s objective is. And the ought most relevant to Hart’s legal theory is the correct application of rules which provide relatively clear answers in most cases.” Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

⁹² Sobre la obra del iusfilósofo americano cabe destacar: Dworkin, Ronald M. “Los Derechos en serio”, Ariel. Barcelona, España. 2012; al igual que Dworkin, Ronald M. “Filosofía del derecho”. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.

⁹³ Sobre la obra del jurista alemán es importante señalar: Alexy, Robert. “La institucionalización de la justicia”, 3. Edición ampliada. Editorial Comares, S.L, Granada, España. 2016, y de forma más predominante, Alexy, Robert. “Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como

Para la presente investigación, se enfocará sobre el pensamiento de este último, en razón de la facilidad para encontrar los textos en el idioma español, así por el valioso debate que ha suscitado con el profesor Pedro Haba. En un primer lugar, es necesario definir cuál es el ámbito en el cual se realiza el análisis de la teoría de Argumentación Jurídica:

“La teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. En principio, pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. [...] Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo los jueces en sentido estricto [...] puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones – los casos difíciles – relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia [...] Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica”⁹⁴.

De lo anterior, se puede concluir que este movimiento se encasilla en las argumentaciones que se dan en los fenómenos jurídicos, entendiendo estos ya sean las leyes o las resoluciones judiciales. El propósito de la teoría de la argumentación jurídica es impregnar estas argumentaciones de sentido lógico. Para eso, Atienza hace la distinción entre el Contexto de Descubrimiento, durante esta etapa el juzgador establece cuales son las premisas y conclusiones posibles, durante el cual se ve influenciado por cuestiones extra-jurídicas como el contexto social, entre otros. Y el Contexto de Justificación, mediante el cual, la persona juzgadora se da a la tarea de justificar mediante los recursos técnicos disponibles la decisión que está dispuesto a sentenciar. Es en el segundo ámbito que se encasilla la argumentación jurídica.

teoría de la fundamentación jurídica.” 2. Edición actualizada. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2007.

⁹⁴ Atienza, Manuel. “Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.” Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. Página 2.

“Así, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión [...] Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificatoria. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas”⁹⁵.

No obstante, para efectos de la presente investigación, en el aspecto lingüístico las teorías de la argumentación jurídica subestiman la indeterminación del vocabulario jurídico, específicamente en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, así como de conceptos claves como “razonable”, “racionabilidad”, entre otros, otorgándoles una definición estática. Al igual que, como se desarrollará más adelante y se mencionó anteriormente, la forma lógica es insuficiente para asegurar la validez de la sentencia.

⁹⁵ *Ibíd.* Página 4.

B. Las facultades lógico - interpretativas del Juez

Tal y como se introdujo en la sección anterior de este capítulo, la vaguedad del texto normativo lleva a la necesidad de que el Juez tenga que interpretarlo. Además, como también ya fue mencionado, el mismo ordenamiento jurídico, mediante el artículo 10 de Código Civil, establece una serie de vías interpretativas autorizadas para que el Juez enfrente esta vaguedad. Siendo este el caso, el mismo sistema jurídico reconoce que las normas por si solas son inciertas, y que únicamente mediante un ejercicio interpretativo se le puede dar sentido al texto jurídico.

La implicación principal de esto es que no existe una única y verdadera interpretación de la norma, sino que esta va a depender de la subjetividad del interprete y su contexto, entonces existirán tantas interpretaciones posibles como haya intérpretes. Y esto es ya que *"la opción por la que un intérprete se decide (...) depende de múltiples factores: creencias (vulgares, ideológicas, dogmático-jurídicas o hasta científicas) intereses, emociones, presiones sociales. Todo esto y más, obra en la «cabeza» del juez, diga este lo que diga –y teniendo en cuenta también lo que no dice- en la fundamentación expresa de la sentencia. Ahora bien, entre todos esos factores juega papel no desdeñable la intervención de unas pautas de valor en que el juez cree, estén o no estén enunciadas en los textos mismos que él invoca; por lo demás, muy a menudo él podrá apoyarse también, si así lo desea, sobre uno entre los variados criterios de «justicia», o en alguna otra «fórmula vacía» constitucional. Esos criterios de valoración, que constituyen unos fines o intereses con los cuales el intérprete se identifica, obran en su «cabeza» consciente o subconsciente. Él elegirá como sentido para las disposiciones jurídicas invocadas, ceteris paribus, una manera de entenderlas que responda precisamente a tales preferencias suyas"⁹⁶.*

⁹⁶ Haba Müller, Enrique Pedro. *Ibíd.* Página 256.

La misma jurisprudencia ha tenido que reconocer que una interpretación divergente de una misma norma entre dos jueces no es resultado de un error por parte de alguno de los intérpretes, el cual debe ser sancionado, sino una situación inevitable puesto nuestro sistema judicial implica la coexistencia de varios intérpretes autorizados que frente a un mismo texto entenderán cosas distintas. Esto se puede ver en el siguiente voto:

"La jurisprudencia patria se ha encargado de deslindar y aclarar cuáles actuaciones de los funcionarios que administran justicia pueden hacerlos civilmente responsables. Para ello, ha considerado que la responsabilidad civil no se origina en la mera discrepancia de criterios entre lo resuelto por el superior e inferior, ni tampoco de aquellos sobre materias oponibles o dudosas, sino que en los que la infracción de las leyes constituye quebrantamiento del deber de ciencia del juez o de dedicación al cargo, pues de esa forma se garantiza el principio de independencia del juez consagrado en el numeral 154 de la Constitución Política, según el cual "El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos". El tema de la responsabilidad de los juzgadores ante terceros, aparece normativamente desarrollado en el artículo 85 del Código Procesal Civil, según el cual cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones, infringieren las leyes, la parte perjudicada puede exigir responsabilidad contra aquellos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario que haya precedido proceso penal. En relación con la responsabilidad civil del funcionario público, el numeral 199 de la Ley General de la Administración Pública, establece como elementos condicionantes la demostración de dolo o culpa grave, o en su caso, la acreditación de que los actos sean manifiestamente ilegales. Consecuente con esta normativa, esta Sala ha resuelto que no es cualquier infracción la que hace surgir la responsabilidad civil del juzgador, pues ello atentaría contra la necesaria independencia del juez, sino que debe darse como presupuesto el dolo, la culpa grave, el actuar con malicia, el ánimo de perjudicar, o bien proceder con ignorancia grave respecto de las normas legales aplicables al caso concreto".

La sentencia continúa desarrollando su racionamiento de la siguiente manera:

*“En este sentido, en el voto N° 321 de las 8:50 horas del 4 de julio de 2003, expresó: “... La antigua Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre el particular, en el Voto de las 10:45 horas, del 29 de noviembre de 1938, dio cuenta de **la improcedencia de la responsabilidad civil, cuando se hace descansar en supuestos errores “in iudicando”, por incorrecta interpretación y aplicación de las leyes, su preterición o bien la mala interpretación de los hechos debatidos, con incidencia en la aplicación de aquellas.** En el mismo sentido, esta Sala, a la luz de esa misma resolución, en el Voto N° 51, de las 9:00 horas, del 2 de mayo de 1990, manifestó: “...**de lo que se trata es del campo de acción del juez, cuyo producto es siempre la síntesis de una labor de interpretación de los hechos debatidos y de las normas que gobiernan el caso, tanto en su letra como en su espíritu, de manera que por tratarse de una labor intelectual dirigida a desentrañar sentidos que pueden ser diversos según se valoren los principios de interpretación de los hechos y de las normas y porque nadie puede reputarse en semejante campo dueño de la verdad absoluta, resulta de esencia para el sistema reconocer un margen razonable de discrecionalidad. Es contrario al interés público de una administración de justicia libre permitir la revisión de las cuestiones decididas en procesos contra los jueces para resarcirse de ellos lo que se perdió con el otro litigante, porque por la sola posibilidad de que a consecuencia del sistema otro funcionario pueda interpretar las situaciones y las normas de manera diferente como ocurre frecuentemente, no habría una administración de justicia verdaderamente libre y posiblemente no la habría del todo...** La expresión “infringieren las leyes”, tomada en su tenor literal induce a los litigantes a creer que pueden echar mano al recurso de responsabilidad para resarcirse de las pérdidas sufridas, cada vez que, según su modo de pensar, el juez no ha hecho una correcta aplicación de las leyes, o ha incurrido en una mala interpretación, o ha dejado de aplicar los preceptos legales que rigen el caso decidido. [...] La doctrina corriente en esta materia es la de que la responsabilidad civil no puede prosperar, sino en el caso de dolo o culpa grave del Juez. Es necesario que haya en el funcionario malicia que lo haya*

llevado a perjudicar a la parte perdidosa, o una ignorancia tan grande de las normas básicas del derecho o un estudio tan evidente en el estudio general del pleito, que hagan imposible toda excusa en el proceder del Juez... Nuestra legislación admite la responsabilidad en términos generales, pero es natural que, de acuerdo con la doctrina, está supeditada a los casos de dolo o culpa grave..." (en el mismo sentido se puede consultar el Voto N° 791, de las 10: 10 horas, del 25 de agosto del 2000) ..." **De forma tal que la responsabilidad civil del juez sólo procede en aquellos casos en que se haya actuado con dolo o culpa grave, con la intención de perjudicar, o que el perjuicio lo haya ocasionado un grave desconocimiento del proceso o de la normativa aplicable, no en la interpretación de las normas y de los hechos debatidos, en que por tratarse de una labor intelectual los resultados pueden ser distintos**⁹⁷. (El resaltado es agregado)

Tal y como fue mencionado anteriormente, y como se desarrolla en el voto recién citado, la labor interpretativa que realiza el Juez de la norma es tan variable como necesaria para nuestro sistema judicial. Y es que las normas jurídicas no tienen un contenido objetivamente descifrado como se desarrolló en la sección anterior de este capítulo, por lo que realmente produce dicho contenido es la interpretación que realiza el Juez. Esto conlleva un desplazamiento de la norma como foco central en las decisiones judiciales, frente a la labor intelectual del Juez donde este le crea un significado a esta, puesto que ya no importa tanto el texto en sí mismo, sino lo que se entendió de este.

Las normas, bajo esta concepción, dejan de ser un conocimiento objetivamente alcanzable, con contenido único e inequívoco, y se convierten en la materia prima, con una consistencia bastante flexible, que el Juez utilizara para construir sus valoraciones jurídicas. Aceptar que las valoraciones jurídicas son creaciones derivadas de un proceso intelectual y no un descubrimiento de un único significado de las normas, permite a los operadores del derecho, y en especial al Juez, tomar una mayor

⁹⁷ Voto 469 de las 11:45 horas del 1 de junio de 2005 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

conciencia de las fundamentaciones que utilicen al momento de elaborar dichas valoraciones. Y es que:

"Los juristas y los teóricos ocultan frecuentemente el hecho de que no existen normas pre-construidas a la operación interpretativa; que las normas son el producto (y no el objeto) de las operaciones de los juristas; que en el mundo de la jurisprudencia, las normas no son objeto de conocimiento, sino resultado de la actividad practica"⁹⁸.

Ahora, es de gran importancia profundizar en cuanto a la problemática que surge de los puntos anteriores, si las interpretaciones de las normas se derivan de la subjetividad del Juez entonces ¿Qué es primero, la fundamentación que lleva a la interpretación de la norma, o la apreciación de la norma que luego se busca fundar en dicho texto? La necesidad de solventar esta incógnita reside en que, si la fundamentación se da de manera posterior a la interpretación de la norma, esta únicamente sería una forma de encubrir que todo juicio valorativo jurídico realmente deriva de un antojo y no de un razonamiento estrictamente lógico, aun cuando dicho razonamiento sea propio del Juez.

La estructura clásica de la sentencia está compuesta por: 1) Resultando, 2) Considerando y 3) Por tanto. La secuencia de esta estructura es que primero el Juez haga un resumen del proceso en el Resultando, posteriormente haga un análisis de los hechos, prueba y normas relevantes al caso en el Considerando y finalmente en él. Por tanto, se establece la valoración jurídica, supuestamente basada en lo expuesto en el Considerando. De este orden lógico se asumiría que el Juez primero fundamenta y posteriormente interpreta, sin embargo, si desde un primer momento de ser expuesto a la controversia interpretativa se formó un criterio, el acto de fundamentar, únicamente sería una justificación que viene a cubrir una arbitrariedad, y no un ejercicio intelectual imparcial que llevó al Juez a su conclusión.

⁹⁸ R. Guastini, Citado por Haba Müller, Enrique Pedro. Ibíd. Página 257.

Esta necesidad de mostrar una secuencia lógica entendible para las partes en las resoluciones ha sido una preocupación constante de los tribunales, y la falta de esta resulta ser una de las principales causas de por qué se interponen recursos contra las sentencias de las primeras instancias. Esta preocupación de que haya un desarrollo claro de ideas en los fallos judiciales se ha manifestado de manera expresa, por ejemplo:

*"Las sentencias y todas las resoluciones pronunciadas por los tribunales deben ser claras, precisas, congruentes y fundamentadas. Claras, para la fácil comprensión literal de la escritura a través de un lenguaje fluido y nítido, y para evitar incertidumbre o confusión; precisas porque la autoridad judicial debe de abocarse a satisfacer los requerimientos propios de la contienda, sin entrar en desviaciones; congruentes, que significa guardar la debida correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, sea que se acoja o se rechace, con el respectivo fundamento en uno u otro caso; fundamentadas, en el tanto deben darse las razones precisas que llevan al juzgador a tomar la decisión, con mención y análisis de todos los elementos de prueba que respaldan los hechos tenidos por probados. Si no se cumplen estos requisitos, la nulidad se declarará de oficio conforme lo señalan los artículos 194 y 197 del Código Procesal Civil"*⁹⁹.

La importancia del ejercicio de la fundamentación por parte del Juez es que, históricamente, se ha visto como una protección para los ciudadanos ya que, al menos en la teoría, no permitiría que las sentencias fueran producto de arbitrariedades sino de ejercicios de razonamiento que deben ser expuestos desde sus premisas hasta sus conclusiones, puesto que esto generaría transparencia en las resoluciones y las razones que tenían detrás de ellas. Pero si la fundamentación se da únicamente para justificar una opinión arbitraria, esta transparencia se convierte en un falso consuelo.

Y es que *"... mediante la motivación de las sentencias, se consigue reproducir el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a la conclusión, es decir reconstruye*

⁹⁹ Sentencia 416 de las 8:40 horas del 22 de diciembre de 2016 del Tribunal de Trabajo, Sección III.

el silogismo de la sentencia. No es infrecuente que el juez invierta el orden del silogismo y encuentre primero la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarla. La determinación de las premisas justificatorias se confía, más bien, a la pura sensibilidad mora, pues es esta íntima voz la que ha producido el dictamen. De aquí que llenar con argumentaciones jurídicas las motivaciones de las sentencias se considera un lujo de intelectuales desocupados. Según esta perspectiva, los fallos justos son más frecuentes que las motivaciones impecables; y el juez siente por intuición de que parte está la razón, y por ello, no siempre sentencia bien motivada quiere decir sentencia justa, ni viceversa"¹⁰⁰.

Si el Juez realiza la fundamentación con el único fin de que calce exactamente con su valoración jurídica inicial, esta nada más servirá como una excusa para maquillar la subjetividad de todo juicio valorativo. Existe una enorme diferencia entre seguir un camino para descubrir a donde lleva este, y tomar un camino específico para llegar a una locación determinada y pretender sorpresa al momento de la llegada.

Idealmente, la decisión final del juez para resolver el conflicto que se le presenta de antemano debe responder a las reglas de la lógica. Sin embargo, usualmente la “forma” lógica que se expone frente a las partes, no es el resultado de un razonamiento metódico al cual se le aplica la deducción o la inducción como se acababa de introducir.

Halper estudia 5 situaciones en las cuales el método utilizado por el Juez para llegar a su conclusión es incorrectamente equiparado o denominado como “lógica”¹⁰¹.

La primera situación consiste en la mera interpretación literal, en la cual el juez simplemente “repite” el texto normativo, sin efectuar ningún proceso intelectual. En dicho método omite tanto el contexto en el que se emitió la ley como en el que se

¹⁰⁰ Haba Müller, Enrique Pedro. *Ibíd.* Página 258.

¹⁰¹ Halper, Thomas. “*Logic in Judicial Reasoning*” *Indiana Law Journal*: Vol. 44: Edición. 1, Artículo 2. Página 33.

aplica, además como hemos planteado anteriormente en esta investigación resulta de una falsa creencia en que los conceptos enmarcados en el texto son unívocos, que tienen un único significado “verdadero”, en las palabras de Wittgenstein una “esencia” la cual es estable e inmutable de forma permanente.

La segunda circunstancia, explica Halper, resulta en la completa oposición de la anterior tesis. En esta situación, el Juez presenta una forma lógica para una conclusión de su preferencia, puesto realiza una racionalización decidiendo primero la solución y después buscando los elementos que le ayuden a respaldar dicho juicio, siendo esta la teoría que mantiene este trabajo.

En tercer lugar, se utiliza la noción de “lógica” para dar a entender que los principios generales se aplican de forma uniforme a través de todo el sistema jurídico. Esto quiere decir que existe la convicción de que por estar presente ante uno de los elementos constitutivos del principio jurídico, por lo tanto siempre debe de aplicarse este. Por lo que en el caso de que dos principios se encuentren en contradicción se determine una excepción para salvar dicha discordancia. Para ejemplificar lo anterior, en el ordenamiento costarricense encontramos el principio de buena fe, el cual juega un rol muy importante en el caso del adquirente a non domino en el delito de fraude inmobiliario registral, ejemplo desarrollado a continuación:

“[Se] plantea una versión del conflicto verus domina - adquirente a non domino. El esquema del fraude usualmente es el siguiente: Se presenta al Registro Público un documento falso que consigna el consentimiento del verus domino en un acto traslativo de dominio o en una hipoteca a favor de un estafador o de su testaferro. A partir de la inscripción de este documento apócrifo, se crea una falsa apariencia, una falsa publicidad registral: El estafador o su testaferro (el non domino) figura como aparente propietario del derecho real adquirido mediante falsedad. Acto seguido, el non domino contrata con un tercero de buena fe (el adquirente a non domino) la venta o la

constitución de un préstamo. En tales casos – cuando el tercero no es cómplice -, se plantea la confrontación civil el verus domino y al adquirente a non domino”¹⁰².

Frente a la anterior situación fáctica, existen dos posturas diametralmente opuestas defendidas por las altas instancias judiciales de nuestro país. Uno por la Sala Primera y la otra por la Sala Tercera. Por su parte, la Sala Primero ha indicado:

“La asignación numérica diferente por parte del Registro Público, no excluye la aplicación de la figura en cuestión. El principio que sirve de base a ésta, se halla presente en el sub-júdice. A saber, la disposición de un bien ajeno, como si fuera propio, con fundamento en la información emanada del Registro Público, con arreglo a la cual actúa el adquirente, de buena fe. En consecuencia, el interés general amparado por la fe pública registral, prevalece sobre el particular de las partes afectadas con una adquisición tal. [...] Sólo que la solución se decanta a favor de aquél cuya actuación, en aras de la adquisición, se basa en un procedimiento de interés general. A la parte perjudicada con la pérdida de su derecho real, le asiste el derecho personal al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos”¹⁰³.

Por su parte la Sala Tercera, encargada de dirimir los conflictos en alzada de materia penal, frente a dicho delito se ha inclinado por la posición completamente contraria a la expuesta por su similar civil:

“Resulta innegable que las disposiciones que, en el derecho privado, regulan el tráfico de los bienes, contienen normas directamente encaminadas a salvaguardar la seguridad en ese tráfico y la tutela de quienes han contratado, actuando de buena fe, que es el principio rector –artículo 21 del Código Civil [...] De lo dicho resalta que, ambas esferas del ordenamiento jurídico –el derecho privado y el derecho penal- si bien conforman una

¹⁰² Torrealba Navas, Federico. Lecciones de Contratos. Editorial ISOLMA. San José, Costa Rica. 2009. Páginas 351-352.

¹⁰³ Voto número 53-1997 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 14 horas, 30 minutos del 2 de julio de 1997, citado por Jiménez Bolaños, Jorge. “Análisis del fraude inmobiliario a la luz de nuestra jurisprudencia.” Revista de Ciencias Jurídicas número 125, edición mayo-agosto 2011. Página 95.

unidad normativa, ello no significa que los principios que en uno, se dirigen a asegurar el tráfico de bienes y la buena fe, prevalezcan o se contradigan con aquél que tutela en forma represiva, la lesión a los bienes jurídicos esenciales[...] Por eso, es criterio de esta Sala que, como sucede en el caso concreto, la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falso que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, **aun cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral**” (el resaltado no es del original)¹⁰⁴

Cabe destacar, que si bien los párrafos anteriores son representativos de la jurisprudencia reiterada de ambas Salas, existen casos aislados en los cuales han intercambiado posiciones¹⁰⁵. Ahora bien, incluso si el Tribunal Colegiado Penal reconoce que su posición difiere completamente de su homólogo civil, al hacerlo no admite que esto implica relegar la “prevalencia” de dicho principio por sobre todo el ordenamiento jurídico, indicando acto seguido, que si bien se dio el elemento constitutivo de “Buena fe”, no se puede aplicar sus efectos para el caso concreto, de acuerdo a lo resaltado en el texto.

Razón por la cual, la palabra “lógica”, de acuerdo con Halper, es mal utilizada en dicha ocasión desde dos planos. El primero resulta en el hecho de creer que dichos principios son omnipresentes a través de todo el ordenamiento y por lo tanto, se aplican por igual y de forma unívoca frente a cualquier situación. Mientras que la segunda acaece cuando se da por un hecho que el principio es aplicable solamente por estar frente a uno de sus elementos constitutivos.

Asimismo, el anterior ejemplo es representativo de una cuarta instancia del indebido uso del concepto de “lógica” para describir el razonamiento jurídico que denuncia el autor estadounidense. Específicamente, se refiere a aquellos casos cuando se

¹⁰⁴ Voto número 346-1998 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 9 horas, 30 minutos del 3 de abril de 1998, citado por Jiménez Bolaños, Jorge. *Ibíd.* Página 103.

¹⁰⁵ Ver por ejemplo la sentencia número 680-1998 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 16 horas, 10 minutos del 4 de setiembre de 1998.

sobrepone un principio a otro, limitándose únicamente al hecho de expresar malestar por la falta de consistencia en fallos anteriores sin desarrollar un verdadero argumento.

Finalmente, Halper denuncia la noción equivocada de que la lógica equivale al rol del Juez como un simple autómatas, que aplica el ordenamiento sin ninguna otra inferencia en su mente que la tarea de aplicar reglas a situaciones. Para ilustrar dicho pensamiento el autor cita la siguiente decisión de la Corte Suprema de Justicia estadounidense:

“Cuando un acto del Congreso es cuestionado debidamente ante la Corte como inconforme ante el ordenamiento constitucional, el poder judicial del Estado tiene un único deber, -colocar el artículo de la Constitución invocado al lado de la ley impugnada y decidir si este último se ajusta al primero”¹⁰⁶.

Este tipo de conductas, denuncia Halper, se presentan como un razonamiento “lógico” sin embargo, en realidad deberían calificarse como “hábitos” o “actitudes” para la toma de decisiones en vez de hacerse pasar por un método o forma lógica, la cual es requerida por el sistema jurídico para dotar de legitimidad a la conclusión arribada.

Incluso elementos que han sido llamados a estandarizar las resoluciones judiciales, como es el caso de la jurisprudencia, no logran subyugar por completo la licencia que posee el intérprete frente a la norma. Como bien se ha señalado, una de las proposiciones que debe de tomar en cuenta todo Juez a la hora de fundamentar su decisión, son los antecedentes jurisprudenciales realizados por Tribunales superiores, lo que se conoce en Common Law como “stare decisis” o en nuestro ordenamiento como el “precedente vinculante”. Sobre esto Halper señala una anécdota sobre el Juez

¹⁰⁶ Halper, Thomas. “Logic in Judicial Reasoning” Indiana Law Journal: Vol. 44: Edición. 1, Artículo 2. Página 35 “When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the constitutional mandate, the judicial branch of the government has only one duty, -to lay the article of the Constitution invoked beside the statute challenged and to decide whether the latter squares with the former.” United States v. Butler. Traducción del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

Oliver Wendell Holmes, la cual ilustra el nivel de imprevisibilidad judicial en las resoluciones de los jueces, el cual narra:

“[La historia] concierne un molesto abogado quién, después de citar un casi infinito número de casos de un antecedente específico, se dirigió a la Corte y declaró que esta debía decidir ya sea en resolver a favor de su cliente o revertir la línea jurisprudencial que acababa de citar. Esto encolerizó al Juez Holmes quién, apuntando su dedo al provocador abogado dijo: “Joven, si esta Corte lo desea, no decidirá a favor del demandante ni tampoco revertirá la larga línea de decisiones, y encontrará el lenguaje apropiado para hacerlo”¹⁰⁷.

Por lo tanto, después de analizado lo anterior, se puede indicar que, en el gremio de los intérpretes judiciales, el concepto de “lógica” es a veces aplicado a argumentos que en la realidad, no tienen ningún vestigio de logicidad. Lo anterior, para cumplir o atribuir legitimidad al texto jurídico frente al ciudadano no versado en Derecho. Sin embargo, dichas prácticas, no pueden nunca ser equiparadas con un razonamiento lógico estricto. Y esto se manifiesta en la imprevisibilidad y falta de *intersubjetividad* de las resoluciones judiciales.

Es importante referirse en este punto de la presente investigación, al argumento hecho que cualquier abogado con la suficiente experiencia puede predecir con un grado aceptable de precisión el resultado de un determinado conflicto, una vez se le hayan presentado todos los argumentos y pruebas que se le hayan mostrado al Juez.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Halper, Thomas. *Ibíd* Páginas 41-42 “[The tale] concerns a tiresome lawyer who, after citing an almost infinite number of cases for a proposition, turned to the Court and declared that the Court would wither have to decide the case in favor of the plaintiff or reverse the line of decisions he had just cited. This aroused Justice Holmes who... pointed his finger at the menacing attorney and said: “Young man, if this Court so desires, it will decide neither in favor of the plaintiff nor reverse a long line of decisions, and it shall find appropriate language in which to do so”. Traducción del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

¹⁰⁸ Haba Muller, Enrique Pedro, *Op Cit*. Página 269.

Sin embargo, frente a esta postura, que es a la que la presente investigación se adhiere, que es la realizada por los partidarios del Critical Legal Studies, mediante la cual la “arbitrariedad” denunciada no resulta en el capricho del juez que toma una decisión antojadiza puesto que eso se espera de él. Sino que se manifiesta de forma más sutil y a veces incluso inconsciente y tácita en su redacción.

Si bien se pueden predecir sus decisiones, esto es por la “cultura jurídica” que ha tomado lugar en su gremio, con el cual se ven forzados a convivir y compartir hasta cierto punto; convenciones interpretativas entre los intérpretes, que si bien son más elaboradas que las convenciones lingüísticas analizadas anteriormente, no impiden la multiplicidad de conceptualizaciones y no son por lo tanto unívocas¹⁰⁹.

La “arbitrariedad” señalada es en la forma de los esquemas justificatorios, específicamente la falta de una lógica formal estricta, por así decirlo, en los razonamientos realizados por la persona juzgadora. Cómo se ha señalado anteriormente, el juez primero toma una vía interpretativa y después se dedica a la tarea de razonar o justificar su decisión, por antonomasia, *“cabe destacar el ejemplo clásico de Bartolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el Corpus Iuris, puesto que él tenía poca memoria”*¹¹⁰.

Esta crítica no es nueva, desde finales del siglo 19 el jurista estadounidense Oliver Wendell Holmes se refirió a esta problemática en su artículo “La senda del Derecho”:

“La capacitación de un abogado es una capacitación en lógica. Los métodos de analogía, discriminación, y deducción son aquellos en los cuáles ellos se encuentran más familiarizados. El lenguaje de la decisión judicial es una decisión principalmente en el lenguaje de la lógica. El método y la forma lógica favorecen ese deseo de certeza y sosiego que se encuentra en toda conciencia humana. Pero certeza general es una

¹⁰⁹ Haba Müller, Enrique Pedro, *Ibíd.* Página 269.

¹¹⁰ Haba Müller, Enrique Pedro, *Op Cit.* Página 283.

*ilusión, y el sosiego no es el destino del hombre [...] Se le puede dar una forma lógica a cualquier conclusión*¹¹¹. (El resaltado no es del original)

A raíz de la anterior cita, se deben señalar lo siguiente: ¿Cuáles son las formas lógicas a que hace alusión el autor? Y además ¿Por qué estas formas son incapaces de evitar que el Juez las manipule para llegar a la decisión deseada por el mismo? De las formas lógicas existen bastantes, pero en esta investigación se va a analizar la más utilizada y asociada con el oficio del juez, el silogismo jurídico.

La mayoría de las personas identifican el razonamiento del Juez equivalente a un silogismo, en el cual toma en consideración de los hechos afirmados por el demandante y el demandado, así como de las pruebas aportadas para sustentar dichos hechos, a lo cual luego pondera a través de la “sana crítica” y, una vez determinado la situación fáctica que de acuerdo a lo presentado acaeció, subsume en las normas y reglas jurídicas que de acuerdo al ordenamiento se le aplican a dichas acciones. El maestro francés Cornu nos esquematiza el silogismo de la siguiente manera:

“Entre las premisas, la mayor enuncia el derecho. La primera proposición consiste en exponer la regla de derecho que se aplica en el hecho particular (por ejemplo, decir que la violación por parte de uno de los esposos al deber de fidelidad constituye una falta y es causa de divorcio. La premisa menor puede dividirse en dos si es el caso. La primera parte, que es siempre necesaria, expone el hecho (el juez hace constar que los hechos imputados a uno de los esposos son ciertos o no); la segunda parte, una vez que se ha comprobado el hecho, está dedicada a la calificación jurídica de éste (los hechos constituyen una infidelidad bastante grave para justificar el divorcio). Finalmente, la conclusión del silogismo extrae, en forma de decisión, las consecuencias de las proposiciones precedentes (las premisas). Esta conclusión deduce la aplicación al caso

¹¹¹ Wendell Holmes, Oliver. “La senda del Derecho” Harvard Law Review, 1897, edición número 457. “The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind [...] You can give any conclusión a logical form.” Traducción del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

de la regla de derecho enunciada: el juez declara el divorcio si se reúnen las condiciones legales, o rechaza la demanda de divorcio en el caso contrario (sea que los hechos no sean probados, sea que no se puedan calificar de falta)”¹¹².

Por lo tanto, existen distintos tipos de premisas, por un lado, encontramos los “hechos” ya sean estos probados o no, y por el otro el conjunto de normas jurídicas aplicables dicha situación fáctica, de los cuales a través de la técnica de la subsunción (entendiendo esta como la consideración de algo, como parte de un conjunto más amplio, en el caso jurídico de un hecho o acción, o como caso particular sometido a un principio o norma general)¹¹³ se llega a la conclusión o decisión jurídica. Sobre la relación lógica de dicha forma se entiende:

“La tesis del carácter lógico de la relación entre la norma general y la norma individual correspondiente (emanada del órgano de aplicación) es sostenido asimismo por Kelsen, en base a que el hecho comprobado in concreto por el tribunal puede ser subsumido en el hecho determinado in abstracto por la norma general. Esta subsunción –escribe Kelsen– es lógica.

El Juez subsume el hecho por él comprobado en un caso concreto –“Meier ha provocado intencionalmente la muerte de Schulz, disparándole” –en el concepto de asesino contenido en la norma general. Esta relación de correspondencia es una relación de subsunción y, puesto que la subsunción en cuestión es una relación lógica, por tanto, existe una relación lógica entre la norma general y la norma individual que aplica aquella a un caso concreto”¹¹⁴.

¹¹² Cornu Gerard, “Introducción al derecho” Editorial JURICENTRO, primera edición, San José Costa Rica. 2007. Páginas 168-169.

¹¹³ Diccionario de la Real Academia Española. “Subsumir” <http://dle.rae.es/?id=YaXgA93> Consultado el 15 de agosto 2018.

¹¹⁴ Iturralde Victoria, Sobre el Silogismo Judicial. Anuario de filosofía del Derecho (VII), 1991, páginas 243-244.

Frente a la teoría del Silogismo, Iturralde¹¹⁵ identifica cuatro maneras distintas las cuales, si bien no son excluyentes entre sí, logran dar una aproximación sobre cómo o qué se entiende como silogismo en el ámbito judicial.

El primer ámbito semántico del silogismo jurídico se encuentra como tesis explicativa, esto quiere decir que sirve para explicar a alguien ajeno o primerizo frente a las instancias judiciales porqué el juez tomó dicha decisión.

“el juez es considerado como un agente que intenta alcanzar ciertos fines y que tiene a su disposición cierta información. Con base en esto intentará descubrir un medio o herramienta (silogismo) que garantice la realización de sus fines y la decisión debe de estar de acuerdo con el sistema de fines subyacentes al sistema jurídico. De ahí deduce Aarnio que el comportamiento del juez es –al menos en cierta medida-teleológico”¹¹⁶.

Bajo esta tesitura, el Juez utiliza el silogismo no como un argumento dentro del razonamiento, sino más bien como una herramienta para dotar de simpleza y logicidad a la decisión alcanzada. Como hemos señalado anteriormente, esta disposición no se ocupa del orden en que se den tanto las premisas, como la conclusión, dando lugar a la llamada “inversión del silogismo” mediante el cual el Juez ya sea por corazonada (*judicial hunch*) o por intuición se decide por la conclusión y luego “explica” su decisión a través de la forma del silogismo. Este aspecto fue denunciado por los partidarios del movimiento de la Jurisprudencia de Intereses, de la siguiente forma:

“El punto de vista de Isay puede resumirse así: 1º Los jueces por regla general deciden los casos, no por medio de subsumción (sic) sino visualizando intuitivamente el resultado; 2º la fuerza vinculante de la ley es enseñada en teoría pero no tiene confirmación de hecho; 3º las reglas jurídicas no son la fuente de las decisiones sino que son un instrumento para presentarlas racionalmente; 4º la reconciliación entre el

¹¹⁵ Iturralde Victoria, *Ibíd.* Página 250.

¹¹⁶ Iturralde Victoria, *Ibíd.* Página 251.

resultado y los fundamentos de la decisión es realizada a menudo mediante una ficción"¹¹⁷.

La segunda manera de entender el silogismo es como la forma descriptiva, según la cual el silogismo es únicamente la forma lógica que se utiliza para justificar su decisión. Esto quiere decir que todo el razonamiento jurídico se agota o se puede reducir al silogismo. La única forma de corroborar que esto sea el caso es de forma empírica, analizando todas las resoluciones judiciales emitidas.

La tercera manera de entender la forma lógica analizada es como una tesis normativa o prescriptiva. Bajo esta definición el silogismo se convierte en la manera *de facto* de cómo debe de presentarse el razonamiento jurídico. El jurista o intérprete debe respetar dicha forma estricta y obligatoriamente en todas sus resoluciones, esto por cuanto que *"a través del mismo se garantizan valores jurídicos como los de legalidad, seguridad, certeza jurídica, etc..., evitándose al mismo tiempo cualquier posibilidad de creación judicial de derecho"*¹¹⁸.

Finalmente, la autora española señala que el silogismo se puede entender como un mecanismo de control ex post de la racionalidad de la decisión judicial. Esto da a entender que la decisión judicial debe cumplir con las reglas del silogismo para su eficacia y surtir sus efectos, por lo que es sujeto a revisión ante una instancia superior e incluso de revocatoria en caso de no satisfacer dicho requisito. Esta posición resulta como corolario del silogismo como tesis prescriptiva o normativa, puesto que dicha forma debe ser obligatoria para ser objeto de su fiscalización respectiva.

Sobre esta última tesis, y su corolario, es que la autora plantea su problemática, si en realidad el silogismo jurídico tiene algún valor como mecanismo de control lógico en

¹¹⁷ Pérez Vargas, Víctor. *Op cit.* Página 55. Pero también sobre este razonamiento es importante señalar la obra de Nieto, Alejandro. "Crítica de la Razón Jurídica". Editorial Trotta. Madrid, España. 2007. Al igual que la obra de Carnelutti, Francesco. "*Derecho y Proceso*", EJEA. Buenos Aires, Argentina. 1971.

¹¹⁸ Iturralde Victoria, *Ibíd.* página 251.

el razonamiento de los jueces dentro de sus decisiones finales. A lo que llega a algunas conclusiones que ya se han tratado anteriormente y que sirve recapitular.

El término de “lógica” en el ámbito legal no es unívoco y más bien en algunas ocasiones se utiliza para enmascarar razonamiento que no tienen formas concretas basadas en la inferencia lógica. La autora como tangente señala: *“El empleo de algún tipo de lógica para el control de la racionalidad de la decisión judicial sería relevante si efectivamente se aplicara dicha lógica, esto es, todas sus reglas y sólo ellas. Ahora bien, como sabemos, el razonamiento jurídico es un razonamiento que, al menos parcialmente, está sometido a unas normas jurídicas; y esto da lugar (entre otras cosas) a que en derecho se cumplan leyes (al menos una) que no forman parte de la lógica de enunciados”*¹¹⁹.

Asimismo, las premisas dentro del silogismo son sujetas a interpretación dada la inherente indeterminación de algunos conceptos o de la vaguedad del lenguaje empleado dentro del texto normativo, excluyendo de fiscalización lógica, la escogencia o el método utilizado para llegar a dichas interpretaciones de las premisas.

“Además, la aplicación de la regla modus ponens presupone que las variables pueden tener valor veritativo. Pues bien, en el caso del contenido de las variables de una decisión judicial (entendidas no como normas sino como proposiciones normativas) la presencia de este requisito puede, al menos, ser dudosa. Las proposiciones normativas, principalmente las relativas a las normas aplicables, implican frecuentemente el empleo de criterios que van más allá del marco legal (porque éste no soluciones los casos de lagunas, contradicciones e indeterminaciones lingüísticas). Esto hace que éstas tengan carácter valorativo y no cognoscitivo, lo que les excluye (al menos parcialmente) del tratamiento lógico.

¹¹⁹ Iturralde Victoria, *Ibíd.* Página 267

Para terminar, sirvan las palabras de Guastini (que nosotros aplicaríamos a la regla modus ponens): “Se puede decir, como MacCormick dice: “realizada la interpretación, realizada además la convalidación (o juicio de validez de las normas) el juez realiza una inferencia lógica; Pero esto, aunque sostenible, suena ahora ya francamente irrelevante. La teoría del silogismo judicial reducida así entre límites estrechísimos, pierde todo interés”¹²⁰.

Con vista en todo lo anterior, resulta evidente que la función del Juez va mucho más allá de únicamente aplicar las normas que le son dadas por el legislador mediante funciones lógicas. Debido a que, como ya fue desarrollado, las normas deben ser interpretadas para que tengan algún sentido, y que esta interpretación derivará de la subjetividad del Juez, pues este último es quien realmente crea derecho y las funciones del legislador se limitan únicamente a establecer límites lógicos-interpretativos a las decisiones de los jueces mediante las normas que emitan.

El legislador únicamente produce normas para aplicación general, en abstracto si se quiere decir, y es el Juez quien determinará la aplicación en los casos reales y diarios, lo que significa que produce derecho en concreto. Normas sin aplicación ni ejecutividad realmente no se podrían llamar derecho, como mucho serían un sistema teórico de comportamiento humano. Tal como ya se desarrolló anteriormente, la interpretación deseada por el legislador del texto normativo, no será necesariamente la que tenga el Juez, y será únicamente la interpretación de este último la que tendrá relevancia real en los procesos judiciales, y por lo tanto la norma jurídica será lo que diga la persona juzgadora y no la legisladora.

Esto se puede observar fácilmente por ejemplo en la relevancia de la jurisprudencia en los litigios. Cuando en un determinado caso que gire alrededor de la interpretación de una norma, la parte que encuentre que la jurisprudencia dominante ha tomado su misma posición tiene una enorme ventaja y tendrá el caso ganado en ese aspecto,

¹²⁰ Iturralde Victoria, *Ibíd.* Páginas 268-269.

porque al final de cuentas es más importante qué entienden los jueces que el mismo texto que diseñó el legislador, y la razón es que son los primeros quienes al final de cuentas decidirán en los casos concretos y no este último.

Esto lleva al debate sobre si el Juez crea derecho al emitir sus resoluciones, o si meramente se limita a aplicar lo dispuesto por el legislador. La posición de esta investigación es que, si se considera que la expresión “crear derecho” se refiere a la expansión de lo jurídico de maneras novedosas o la modificación de ideas preestablecidas, entonces efectivamente el Juez es un creador de derecho. Lo que interesa no es si el Juez crea o no derecho, sino como lo crea. Siendo el tema de interés se refiere a las posiciones de Michel Foucault en cuanto a que este trabajo se limitará a explorar los aspectos de este debate que tengan puntos en común con este autor, sin embargo, en caso de que el lector desee profundizarlo, se le remite al profesor Pedro Haba para un análisis más profundo¹²¹.

Volviendo a lo que interesa, hay que aclarar qué facultad de producción de derecho que tiene el Juez no es ilimitada, ni tampoco el legislador carece de control alguno. A diferencia de las teorías de curso en este tema, el rol del legislador no es darle las herramientas al Juez para fallar, sino limitar sus facultades de decisión. Bajo esta perspectiva, la norma no es una brújula que guía al juez al momento de dictar resoluciones, sino una cadena que limita sus facultades de juzgar.

En este aspecto hay dos puntos complementarios importantes por considerar, esta función de cadena tiene dos partes: (i) que el Juez debe fundamentar sus resoluciones en las normas del ordenamiento jurídico que es dado por el legislador y (ii) que aún cuando existe una libertad interpretativa del Juez particular sobre el texto normativo, el convencionalismo no permitiría justificar a otros operadores del derecho una interpretación más allá de cierto punto, tema que será desarrollado a profundidad más adelante.

¹²¹ Haba Müller, Enrique Pedro, Op. Cit. Página 303. “Apéndice: ¿Los jueces <crean> derecho? (discusión)”

Puede surgir la duda de en qué otra cosa puede basarse el Juez para dictar resoluciones que no sea en las normas, y la respuesta es en lo que utiliza de todas formas en la actualidad, su subjetividad, pero de manera irrestricta. Al forzar al Juez a tener que utilizar las normas emitidas por el legislador para fundamentar sus fallos, este último realmente no se garantiza ningún control con únicamente esto, pero cuando fuerza a utilizar las normas y además existe un régimen recursivo que obligue al Juez a justificar su valoración jurídica a otros intérpretes autorizados si se logra controlar la creación de derecho.

Por separado ninguna de las dos medidas le garantiza al legislador ningún control, puesto que solo obligar a utilizar las normas de base en las resoluciones permitiría que se realizaran las interpretaciones más estafalarias sin límite alguno, y si únicamente se obligara a que los jueces se justificaran entre ellos sus resoluciones, el ordenamiento jurídico sería únicamente lo que decidieran como grupo. Sin embargo, al aplicar ambas, el legislador se asegura, en cierta medida, que las interpretaciones que realice el Juez no se vuelvan demasiado inventivas, puesto que su texto tendrá que ser utilizado por todos los jueces, y este uso colectivo produce un control interno puesto que, al utilizar todos la misma base para sus resoluciones, se generará un consenso grupal que se encargará además de rechazar las interpretaciones individuales que surjan y se alejen demasiado del texto.

Por supuesto, esta garantía que obtiene el legislador depende únicamente de que la interpretación que surja del consenso grupal de los jueces no sea demasiado alejada de la intención original del texto, pero esto es solventado por la base común en todas las interpretaciones. Aun cuando cada Juez tuviera una valoración jurídica distinta de un mismo texto, existirían elementos comunes en la mayoría de los casos que permitan la construcción de un acuerdo, y estos elementos comunes se darán por esa misma base interpretativa de la que partirían todos, el texto del legislador. Por supuesto este control interno recién explicado es una simplificación, ya que la justificación que tiene que hacer el Juez a otros de su valoración jurídica es mucho

más compleja, ya que hay jueces de mayor jerarquía que imponen a los inferiores sus valoraciones, y el legislador designa los más altos jueces, los magistrados, sin embargo, los balances entre poderes y los controles políticos no son el tema de este trabajo por lo que la simplificación basta para lo que está siendo tratado en la presente investigación.

Por ejemplo, el delito de hurto que fue mencionado anteriormente establecía una pena entre un mes y tres años, y no mencionaba nada sobre si la valoración se realizaría por acto o por el número de bienes hurtados. Por esto último, bajo un escenario hipotético, donde no hay un régimen recursivo de las valoraciones de los jueces, perfectamente un Juez podría interpretar que se aplica dicha pena por cada bien hurtado en el acto, y no para el acto en conjunto. En el caso de que se hubiera hurtado un bolso con otros tres bienes dentro, este Juez podría dictar una pena de 12 años de prisión siguiendo esta línea interpretativa. Puesto que no existe un control de otros operadores del derecho, el Juez mediante una interpretación logró obviar la limitación de la pena que interpuso el legislador y no hay nada que hacer frente a esto.

Sin embargo, bajo un sistema recursivo como el aplicado en el ordenamiento jurídico vigente, la interpretación hipotética de este Juez sería rechazada por la jurisprudencia dominante, que considera que el delito de Hurto debe ser analizado en el acto como acción total y no por cada bien hurtado. Este ejemplo busca mostrar el método de control previsto para las facultades creadoras de derecho que tiene el Juez. Es claro que no es un método infalible, puesto que es muy probable, y ha sucedido en repetidas ocasiones que la jurisprudencia dominante toma una posición distinta a la querida por el legislador, además de que, de la misma forma que la sociedad cambia con el tiempo, la jurisprudencia va evolucionando, por lo que la permanencia de una interpretación “correcta” siempre será una potencial disputa.

Por lo tanto, el Juez se acerca a la norma mediante su subjetividad, y es esta última quien determinará la interpretación que se vaya a exponer en las resoluciones. Se intentará ocultar que la interpretación es una arbitrariedad y no un resultado lógico,

esto mediante el uso de una fundamentación posterior y elegida para llevar al resultado que quiere. Este proceso es encubierto mediante falacias lógicas, incluso muchas veces el mismo Juez no está consiente de ellas. Y es que frente a la vaguedad de las normas el Juez no tiene más opción que darles un contenido mediante su subjetividad, y al hacerlo crea derecho. Esta facultad de crear derecho se trata de fiscalizar mediante mecanismos de control por otros jueces y la obligación de usar el texto de la norma, sin embargo, no es un sistema realmente efectivo.

Este acto de llenar la norma de un contenido tiene incidencia directa en lo que llegará a ser tenido como “verdadero” en los procesos judiciales, puesto que será mediante estas normas con lo que el Juez resolverá los casos concretos. Y si la norma está condicionada por el Juez que la interpreta, el resultado del juicio valorativo que se hará mediante esta norma también estará condicionado por el mismo Juez. Lo verdadero en los procesos judiciales sería al final de cuentas un producto del Juez y no se descubrimiento.

El propósito de este capítulo era en primer lugar hacer un análisis lingüístico y epistemológico de las normas como textos ambiguos, posteriormente, estudiar cómo se lidia con esta ambigüedad mediante interpretaciones y tercero, estudiar en específico cómo el Juez lidia y racionaliza con esta ambigüedad. Finalmente, se desarrolló que, si es el Juez quien le da contenido al texto mediante su interpretación, es él quien tiene las facultades de generador de derecho y no es un simple ejecutor de la voluntad del legislador o la exégesis de la norma.

Sobre este plano, el rol del Juzgador posee también una dimensión política de su ocupación. Es decir, dentro del esquema de un Estado de Derecho, la Constitución le delega únicamente a estos la fundamental y decisiva tarea de tanto interpretar como poner en práctica los principios y/o normas establecidos por la rama legislativa, incluso a través de la creación de Derecho. Razón por la cual, esta tarea es por su naturaleza política. Incluso si su capacidad o alcance difiere de otros poderes estatales

con más marcadas tendencias políticas, no se puede desechar dicha dimensión bajo la distinción que los Jueces actúan, inicialmente, a instancias de las partes¹²².

“La función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, es una función política por antonomasia. Una función que tiene a su cargo –como la ejecutiva y la legislativa- la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. La circunstancia de que ésta sea una tarea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, de técnicas y de procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta aquel carácter”¹²³.

Que el Juez sea un creador de derecho implica que tiene un enorme poder, mucho mayor al que se considera que tiene como “juzgador”. Este poder que ejerce el Juez al dictar resoluciones, se da por una serie de estructuras sociales y lingüísticas que lo ponen en una posición de superioridad, donde se le legitima para emitir resoluciones, las cuales tendrán efectos concretos en la vida diaria de la sociedad. Sin embargo, el Juez no sólo crea derecho mediante sus resoluciones, también decide qué es, y no es, verdad, y por lo tanto, para el filósofo Michel Foucault, el Juez crea realidades. Esto último será desarrollado y ejemplificado en los capítulos siguientes.

¹²² Hernández Valle, Rubén. *“El Derecho de la Constitución.”* Volumen II. Editorial JURICENTRO. San José, Costa Rica. 1993. Página 208.

¹²³ Cárcova, Carlos María. *“Derecho, Política y Magistratura.”* Biblos. Buenos Aires, Argentina. 1996. Página 106.

CAPÍTULO II

La concepción de “verdad” y las relaciones de poder en la filosofía de Michel Foucault, aplicada en los discursos

En este segundo capítulo se desarrollarán ciertas ideas claves del filósofo e historiador Paul-Michel Foucault. Nacido en 1926 en Francia, sus múltiples trabajos buscaron estudiar fenómenos sociales como el poder y la verdad desde una perspectiva estructuralista, enfocándose en los mecanismos de control. Su obra desarrolló principalmente, la medicina, psicología y el derecho penal como cuerpos de conocimiento compuestos por una serie de prácticas y métodos de control que evolucionaron con su contexto social.

Siendo el Derecho en general inseparable del poder y del control social, y especialmente de lo que se considera como verdad, los textos de este autor brindan un terreno rico para realizar estudios jurídicos. El tema del derecho es común en sus escritos por estas razones, y en múltiples ocasiones hace críticas a su instrumentalización, ejercicio y finalidades: *“No es tanto, o únicamente, a los privilegios de la justicia, su arbitrariedad, su arcaica arrogancia, sus derechos irrestrictos que son criticados; sino más bien la mezcla de sus debilidades y excesos, sus exageraciones y sus trampas, y sobre todo, el principio que mezcla todo esto, su posición de súper poder del monarca”*¹²⁴. Aun cuando sus textos se enfocaron principalmente en el Derecho Penal, su metodología es fácilmente aplicada para el Derecho en general y específicamente a la materia procesal civil, que es la de interés para la presente investigación.

Sí resulta pertinente en este punto hacer un breve acercamiento a lo que Foucault consideraba como *regímenes de la verdad*: *“Lo importante aquí es que la verdad no es ajena al poder, o carente de este: contrario al mito, cuya historia y funciones merecerían*

¹²⁴ Michel Foucault. *Discipline and Punish*. (Nueva York, Second Vintage Books, 1995) Página 80 “It was not so much, or not only, the privileges of justice, its arbitrariness, its archaic arrogance, its uncontrolled rights that were criticized; but rather the mixture of its weaknesses and excesses, its exaggerations and its loopholes, and above all the very principle of this mixture, the ‘super-power’ of the monarch.” Traducción realizada por el estudiante Alberto Salas Salinas.

un mayor estudio, la verdad no es la recompensa de espíritus libres, no es el producto de una soledad meditativa, ni el privilegio de aquellos que se consideran liberados. La verdad es algo tangible de este mundo: es producida únicamente por una multitud de medios de control. Además, esta produce efectos sobre las relaciones de poder. Cada sociedad tiene su propio régimen de la verdad, sus políticas generales respecto a lo verdadero: que es los tipos de discurso que acepta, y los califica como verdaderos; los mecanismos e instancias ante los cuales se puede distinguir lo verdadero y lo falso, los medios por los cuales son sancionadas las afirmaciones; las técnicas y procedimientos que permiten obtener la calificación de verdadero; el estatus que adquiere aquello que se considera como verdadero.

En sociedades como las nuestras, "la economía política" de la verdad está caracterizada por cinco cualidades. La "Verdad" está centrada en la forma de un discurso científico y de las instituciones que lo producen; es sujeta a una constante incitación económica y política (la demanda por la verdad se da al igual que la demanda por la producción económica por parte del poder político.); es el objeto, de distintas maneras, de una inmensa difusión y consumo, pues circula a través de los aparatos de educación e información, cuyo alcance es bastante amplio en el cuerpo social; es producida y transmitida bajo el control de un par de aparatos políticos y económicos (universidades, ejército, literatura, medios de comunicación masiva etc.); y por último, es el objeto de constantes debates políticos y sociales (luchas "ideológicas")¹²⁵.

Como se podrá ver, para este autor la verdad no es un descubrimiento al que se llega mediante un adecuado uso de la razón y la lógica, sino una creación que resulta del choque de fuerzas opuestas, de una parte "sujeto", que a través de su voluntad somete y extrae conocimiento de una parte "objeto"¹²⁶. En cuanto a este punto: *"Por este camino, que rompe con gran parte de la tradición filosófica, la noción de voluntad no remite aquí a la capacidad de un sujeto de determinar sus acciones en relación con que considera lo verdadero y lo bueno, sino a un conjunto disperso de acontecimientos*

¹²⁵ Paul Rabinow. "The Foucault Reader". (Nueva York, Pantheon Books, 1991) Página 72.

¹²⁶ Edgardo Castro "Diccionario Foucault". (Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2018) Página 388.

*anónimos: lucha, violencia, dominación. En este sentido, la voluntad es un lugar de desubjetivación. La articulación entre voluntad y verdad no se da a través de la libertad, sino de la violencia*¹²⁷. (El resaltado es agregado)

La verdad es un tema sumamente relevante para el derecho, puesto que constantemente la función jurisdiccional establece qué se tendrá como verdadero y qué se tendrá como falso. Cuando en una sentencia se falla a favor de una de las partes, se está determinando que su posición respecto a los hechos del caso era la verdadera, y que la de la contraparte era falsa, además, esta decisión tomada en sentencia no es meramente filosófica, sino que tendrá efectos tangibles en la sociedad, como serían la transferencia de propiedades, sumas dinerarias, cambios en sociedades comerciales etc. Por esta razón resulta de gran relevancia realizar el seguido análisis de cómo se relaciona el poder y la verdad, y como esta última es forjada.

Por su cercanía temática y pertinencia para el presente trabajo, este capítulo se basará en dos libros principalmente, (i) *La Arqueología del Conocimiento y el Discurso del Lenguaje* y (ii) *Poder/Conocimiento*. El primero, siendo un desarrollo amplio y detallado en cómo funcionan los cuerpos de conocimiento y los discursos para legitimarse a sí mismos, y el segundo, una compilación de conferencias que realizó entre los años 1972 y 1977 donde se profundiza elementos claves relevantes para esta investigación. Además, se utilizarán otros textos del autor que servirán como complemento y para profundizar de una mayor manera las ideas pertinentes.

Los dos puntos que interesa desarrollar en esta sección sería primero como se conceptúa la verdad dentro de los cuerpos de conocimiento, su producción y administración, y luego identificar las relaciones de poder que subyacen en esta producción de verdades. En este capítulo se manejará en un nivel teórico el análisis comparativo entre las ideas desarrolladas por Michel Foucault y el Derecho, y en el

¹²⁷ Edgardo Castro. *Ibid.* Página 388.

tercer capítulo se desarrollará un ejemplo práctico donde se expondrán, mediante un proceso civil ordinario, las ideas siguientes.

A. La Arqueología del Conocimiento y el Discurso del Lenguaje

En el presente subcapítulo se analizará el funcionamiento del Derecho como un cuerpo de conocimiento y como discurso, esto en cuanto a su funcionamiento y mecanismos internos. Esto es relevante para el tema de esta investigación, puesto que es mediante el funcionamiento de estas dos figuras, el cuerpo de conocimiento y el discurso, que se ejerce el poder y se crean verdades. Por lo tanto, es necesario profundizar en cómo funcionan para llegar a tener el conocimiento necesario para poder demostrar cómo se crean verdades en la legislación procesal civil.

Para iniciar se requiere entender, los cuerpos de conocimiento, como sería el Derecho por ejemplo, serían cúmulos de conocimientos regidos por una serie de normas particulares y distintivas que se manifiestan a nivel discursivo. Por ejemplo, la expresión “*repetir lo pagado*” dentro del cuerpo de conocimiento del Derecho significa que el que recibió un pago, lo devuelva a quien realizó el pago en primer lugar, sin embargo, afuera de este cuerpo se entendería como volver a pagar. Esto sucede porque dentro del derecho existe una norma discursiva de cómo entender dicha frase en el mundo jurídico. Esta forma de entender la frase “*repetir lo pagado*” es tan solo un ejemplo de las múltiples convenciones que se han ido tejiendo en el discurso jurídico a través de la historia. Que al aislarse de otros discursos y producir aún más convenciones discursivas únicas, resulta en que, el Derecho ha generado una serie de prácticas y mecánicas propias que lo distinguen en su funcionamiento en comparación a otros cuerpos como la Economía o las Ciencias Políticas.

Para Foucault, el primer objetivo de estudiar un cuerpo de conocimiento debe ser “*cuestionar esas síntesis pre-hechas, esas agrupaciones que normalmente se aceptan sin ningún tipo de análisis, esas construcciones cuya validez es reconocida de manera automática: se debe exponer las formas y obscuras fuerzas que controlan los discursos;*

*deben ser sacadas de esa oscuridad donde gobiernan. Y en vez de darles un valor espontáneo injustificado, se debe aceptar, en nombre del rigor metodológico, que únicamente son cúmulos dispersos de eventos humanos*¹²⁸.

Se podrían entender los cuerpos de conocimiento como máquinas procesadoras, hay de muchos tipos distintos cuyos objetivos difieren. Por ejemplo, la Medicina es muy diferente al Derecho, esto ya que los conocimientos que producen y sus mecanismos de validación son completamente distintos, por lo que frente a un mismo evento procesará los hechos de maneras distintas y producirán saberes distintos. Por ejemplo, se dio una colisión vehicular cuando el conductor del vehículo A no respetó el semáforo y chocó el vehículo B que tenía a dos personas dentro, los pasajeros del vehículo B resultaron heridos y tuvieron que ser trasladadas a un hospital. Para la Medicina las heridas que recibieron los pasajeros deben ser objetos de estudio para determinar su diagnóstico y posteriormente, determinar los tratamientos más convenientes para la recuperación de los pacientes. En cambio, para el Derecho estas heridas tienen un significado completamente distinto, para el abogado, son los daños que generan responsabilidad civil extracontractual y son la base para acusar al conductor del vehículo A por el delito de lesiones culposas. Entonces frente a un mismo objeto, las heridas sufridas por los pasajeros, ambas “máquinas” emitieron conocimiento sumamente distinto, la Medicina produjo diagnósticos y tratamientos por aplicar y el Derecho produjo un marco para asignar la responsabilidad, civil y penal por tal situación.

Lo que se propone esta investigación en el presente capítulo es realizar un acercamiento al funcionamiento interno del Derecho como cuerpo de saberes, para poder adquirir una visión más clara de las relaciones de poder que se ejercen en los

¹²⁸ Michel Foucault. *"The Archaeology of Knowledge And The Discourse of Language"*. (Londres, Tavistock Publications, 1969) Página 22. *"We must question those ready-made syntheses, those groupings that we normally accept before any examination, those links whose validity is recognized from the outset; we must oust those forms and obscure forces by which we usually link the discourse of one man with that of another; they must be driven out from the darkness in which they reign. And instead of according them unqualified, spontaneous value, we must accept, in the name of methodological rigour, that, in the first instance, they concern only a population of dispersed events."* Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

procesos civiles, y en cómo estos son utilizados para crear “verdades”, o sea, lograr entender el funcionamiento interno de esta máquina epistemológica. Para esto es necesario enfocar el análisis desde la deconstrucción y la desconfianza a aquellas partes del discurso jurídico que no se cuestionan por considerarse preestablecidas.

Como resultará evidente, el Derecho existe únicamente en un nivel lingüístico, en el sentido que se manifiesta exclusivamente a través de mandatos expresados a través del lenguaje que pretenden regular las interacciones humanas. Es necesario diferenciar el Derecho de aquello que pretende regular, por ejemplo, un automóvil tiene una existencia material innegable, sin embargo, todas las regulaciones de tránsito que le impusimos al uso de dicho automóvil únicamente existen como discurso en un contexto social determinado. Estas regulaciones serían afirmaciones hechas por este cuerpo de conocimiento jurídico de qué se debe y no se debe hacer con el automóvil, pero no son el automóvil.

Ante esto, Foucault considera que: *“Por supuesto, un sistema lingüístico (...) puede ser establecido a través de un cuerpo de afirmaciones, o una serie de hecho discursivos; pero es necesario definirlos, siendo que estas agrupaciones, que tienen valor como muestra, tienen reglas y mecanismos que hacen posible la construcción de otras afirmaciones distintas a estas, (...) el lenguaje de este cuerpo de conocimiento es un sistema para posibles nuevas afirmaciones, un grupo finito de reglas que puede producir un número infinito de nuevos enunciados”*¹²⁹.

Esto significa que los cuerpos de conocimiento no son estáticos, tienen la capacidad de crecer y aumentar su contenido con nuevos elementos. Si se aumentaran las normas de tránsito que regulan el automóvil ya mencionado, el Derecho como conjunto

¹²⁹ Ibid. Página 27. *“Of course, a linguistic system can be established (unless it is constructed artificially) only by using a corpus of statements, or a collection of discursive facts; but we must then define, on the basis of this grouping, which has value as a sample, rules that may make it possible to construct other statements than these: even if it has long since disappeared, even if it is no longer spoken, and can be reconstructed only on the basis of rare fragments, a language (langue) is still a system for possible statements, a finite body of rules that authorizes an infinite number of performances.”* Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

abstracto seguiría siendo el mismo cuerpo de conocimiento, pero su contenido no. Es expansivo en el sentido que, mientras se cumpla con la coherencia de los parámetros que se dispongan, puede aumentarse indefinidamente con nuevos contenidos. Sobre estos parámetros de coherencia sería, por ejemplo, que el mismo día que se emitieron las nuevas normas de tránsito también se publicó un libro de cocina con una serie de recetas. Aun cuando ambos son lineamientos de comportamientos, únicamente las normas de tránsito se tienen por incorporadas al cuerpo de conocimientos jurídicos, puesto que solo estas últimas cumplieron con los criterios de validez que impuso el mismo cuerpo como necesarios para ser consideradas como “Derecho”.

El contenido del Derecho como cuerpo de conocimiento es sumamente variado; toda norma, sentencia aislada, principio, jurisprudencia, tratado doctrinario, contrato privado, reglamento, y en general cualquier fuente de relaciones jurídicamente relevantes o de teoría normativa es parte del conjunto. Estos se relacionan entre sí para generar la unidad del Derecho, puesto que por separados no serían un sistema, tan solo a través de su interacción continua es que se teje la telaraña epistemológica que permite que funcione como un sistema vivo capaz de crecer y procesar situaciones novedosas.

Siguiendo esta línea, una ley de tránsito y un contrato privado de compraventa vienen a regular cosas completamente distintas. Sin embargo, resulta innegable que ambas cosas forman parte del Derecho como cuerpo de conocimiento. Ante esto surge la duda, cómo textos con fines tan distintos, como sería establecer normas de tránsito y regular los intercambios comerciales entre dos personas empresarias, pueden formar parte de un mismo cuerpo de conocimiento. Para Foucault en estos casos se puede entender que existe un cuerpo común de conocimiento cuando: “...*enunciados que sean distintos en su forma y dispersados en el tiempo, forman parte de un mismo grupo si se refieren a un mismo objeto*”¹³⁰. En el caso del Derecho, este objeto en común que

¹³⁰Ibíd. Página32. “...*statements different in form, and dispersed in time, form a group if they refer to one and the same object.*” Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

compartirían tanto la ley de tránsito y el contrato privado de compraventa del ejemplo sería regular conductas humanas a través de normas concretas.

Resulta sencillo determinar que esta intención de regular conductas humanas es el objeto común que origina el Derecho como cuerpo de conocimiento. Como ya se mencionó anteriormente, el Derecho no es aquello que pretende regular, ni tampoco son los sujetos cuyas acciones generan efectos jurídicos. Pero si se le reduce a lo más elemental, el Derecho es esa intención de controlar situaciones de relevancia social, desde intercambios financieros hasta cómo lidiar con una persona matando a otra, de reglar el actuar humano con el objetivo de estructurar alguna forma de convivencia en colectivo. De esta aversión a un aparente caos, surge el objeto común en toda norma, sentencia o contrato.

Una vez claro el cómo y por qué el Derecho es un cuerpo de conocimiento, Foucault sostiene que, los cuerpos de saberes no son conjuntos inertes, sino que se manifiestan como discursos. Discurso se entendería como: *“... una codificación y sistema normativo de afirmaciones (...). Al haber una unidad, su principio no es la forma determinada de las afirmaciones que contenga, es más el conjunto de reglas que, simultáneamente o por separado, hacen posible realizar descripciones puramente perceptuales (...). Lo que se debe caracterizar e individualizar es la coexistencia de estas afirmaciones que resultan ser heterogéneas entre sí y dispersas, el sistema que gobierna su división, el grado en el cual dependen unas de otras, la manera en que se complementan o se excluyen entre si, las transformaciones que sufren, y las dinámicas de su ubicación dentro del cuerpo de conocimiento, su disposición y su remplazo”¹³¹.*

¹³¹Ibíd. Página34. *“by a codified and normative system of statements (...). If there is a unity, its principle is not therefore a determined form of statements; is it not rather the group of rules, which, simultaneously or in turn, have made possible purely perceptual descriptions (...). What one must characterize and individualize is the coexistence of these dispersed and heterogeneous statements; the system that governs their division, the degree to which they depend upon one another, the way in which they interlock or exclude one another, the transformation that they undergo, and the play of their location, arrangement, and replacement.”* Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

Diferenciar el cuerpo de conocimiento de su discurso resulta sencillo, pero para avanzar es imperativo tener claro por qué son distintas aun cuando están íntimamente relacionados. Como ya se vio anteriormente, el cuerpo de conocimiento es el conjunto de afirmaciones que se encuentran unidas por un objeto común, por su lado, el discurso de dicho cuerpo serían todo el conjunto de reglas de uso, jerarquizaciones y relaciones que se dan entre las afirmaciones, las cuales se muestran en el funcionamiento intelectual cuando un operador del cuerpo de conocimiento procesa una situación nueva.

Para ejemplificar esta diferenciación entre el cuerpo de conocimiento y su discurso, se va a remitir al caso hipotético de la colisión entre los vehículos A y B utilizado anteriormente. Al momento de que un abogado vaya a hacer un análisis jurídico de dicha colisión, por un lado estarán el Código Civil, la Ley de Tránsito, la Constitución Política, los contratos de los seguros de los vehículos, los principios generales del derecho y la jurisprudencia aplicable a tal situación que serían el cuerpo de conocimiento, el “Derecho” en su sentido abstracto. En cambio, las técnicas interpretativas que utilice el abogado para que, de fuentes tan distintas en contenido y en jerarquía, pueda extraer una valoración jurídica de a quién le corresponde responder por los daños causados y por qué daños debe responder sería el discurso jurídico ejerciéndose. Entonces, el cuerpo de conocimiento se puede ver como “la materia prima” que se utilizará para realizar interpretaciones, y el discurso serían las formas y técnicas en que se utiliza esa materia prima para construir estructuras conceptuales e interpretaciones.

Foucault fue enfático en considerar que el uso de discursos se ocultaba mediante distintos conceptos para darles una apariencia de legitimidad y objetividad. *“Cuando se pueda determinar que, entre un número de afirmaciones, entre sus objetos, tipos de afirmación, conceptos o decisiones temáticas, existe alguna regularidad (un orden, correlaciones, posiciones y transformaciones), entonces se podrá decir por conveniencia que se está tratando con una formación discursiva – para de esta forma evitar palabras que se encuentran sobre cargadas con implicaciones y consecuencias, que resultan*

inadecuadas, como serían “ciencia”, “ideología”, “teoría” o “dominio de la objetividad”. Las condiciones en que los elementos de esta división (objetos, modos de afirmaciones, conceptos y decisiones temáticas) son tratados, se le denominará “reglas de formación” Las reglas de formación son las condiciones de la existencia (pero también de la coexistencia, mantenimiento, modificación y desaparición) en toda división discursiva”¹³².

Es fácil olvidar que toda ciencia o rama de estudio están construidas únicamente por consensos, que son aparatos conceptuales diseñados por personas, y por lo tanto tienen las mismas limitaciones que sus creadores. Se cae en el error de creer que por que alguna idea es conforme a lo establecido en algún cuerpo de conocimiento, esta goza de la cualidad de ser objetiva, dado que quien la sostenga puede decir que no proviene de su persona, sin embargo, lo que realmente sucede es que se está encubriendo una serie de criterios arbitrarios de validez como garantes de objetividad. Como ya se introdujo y se desarrollará aún más, los cuerpos de conocimiento y sus discursos, son construcciones que evolucionan y que dependen de factores históricos y sociales, esto significa que pueden llegar a evolucionar e incluso contradecirse con el tiempo y lo que consideren como correcto solo depende de una nueva opinión dependiente del contexto para cambiar, por lo que es necesario siempre recordar que estos no son los caminos descubiertos hacia “la verdad” sino fábricas diseñadas y modificables de verdades.

Estos factores históricos y sociales recién mencionados, dependerán en gran medida de las luchas políticas e intereses concretos que compiten para darle forma al discurso

¹³² *Ibid.* Página38. “Whenever one can describe, between a number of statements, such a system of dispersion, whenever, between objects, types of statement, concepts, or thematic choices, one can define a regularity (an order, correlations, positions and functionings, transformations), we will say, for the sake of convenience, that we are dealing with a discursive formation — thus avoiding words that are already overladen with conditions and consequences, and in any case inadequate to the task of designating such a dispersion, such as ‘science’, ‘ideology’, ‘theory’, or ‘domain of objectivity’. The conditions to which the elements of this division (objects, mode of statement, concepts, thematic choices) are subjected we shall call the rules of formation. The rules of formation are conditions of existence (but also of coexistence, maintenance, modification, and disappearance) in a given discursive division.” Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

jurídico, en otras palabras: *“No se intenta encontrar detrás del discurso una cosa que sería el poder y que sería su fuente, como en una descripción de tipo fenomenológico o de cualquier método interpretativo [...]. El poder no está, pues, fuera del discurso. El poder no es ni el origen ni la fuente del discurso. El poder es algo que funciona a través del discurso, porque el discurso es, él mismo, un elemento en un dispositivo estratégico de relaciones de poder”*¹³³. (El resaltado es agregado)

Volviendo al tema, ya teniendo claro qué es un cuerpo de conocimiento, y cómo se manifiesta a través de un discurso, Foucault procede a desarrollar cómo se forman objetos de conocimiento nuevos dentro de un cuerpo determinado. Para el autor existen 3 factores que determinan que un determinado cuerpo de conocimiento pueda producir nuevos objetos para su discurso, que serían: I) Superficies de Aparición, II) Autoridades de Delimitación, y III) Red de Especificación.

I) Las Superficies de Aparición son para Foucault, la capacidad que tiene un cuerpo de conocimiento de poder visualizar diferencias individuales entre objetos de una misma índole. Esta facultad de identificar características permite que vayan apareciendo distintos objetos dentro de un mismo campo (o superficie) de estudio. Este es el primer paso para que se formen objetos nuevos dentro de un cuerpo de conocimiento, puesto que se pueden empezar a realizar diferenciaciones basadas en dichas características. Con base en estas diferenciaciones se construyen objetos nuevos fundamentados en sus distinciones respecto a otros. Estas Superficies de Aparición variarán dependiendo del contexto histórico y social, siendo que, ante un mismo escenario, pero en momentos distintos, un cuerpo de conocimiento generará diferenciaciones distintas¹³⁴.

Un ejemplo de Superficie de Aparición sería como frente a las contrataciones que se daban entre los actores comerciales, el Derecho fue notando que no todos estos

¹³³ Edgardo Castro *"Diccionario Foucault"*. (Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2018) Página 129.

¹³⁴ Foucault, Michel. *"The Archaeology of Knowledge and The Discourse of Language"*. (Londres, Tavistock Publications, 1969). Página 41.

contratos eran iguales, y empezó a catalogarlos con base en estas diferenciaciones, como serían los contratos unilaterales, bilaterales, onerosos, gratuitos, principales, accesorios, nominados, innominados, etc. Esta facultad de realizar diferenciaciones frente a una situación determinada permitió en el ejemplo desarrollar un estudio mucho más profundo de la materia contractual, puesto que se pudo desarrollar cada tipo de contrato, con sus características *sui generis*, y no limitarse a estudiarlos como bloque indeterminado.

II) El segundo factor serían las Autoridades de Delimitación, quienes para Foucault sería toda persona o institución que se encuentre en una posición de autoridad respecto al cuerpo de conocimiento, por lo que tiene la facultad de emitir valoraciones de carácter calificado y delimitar el contenido del cuerpo, a diferencia de aquellas personas que no tengan dicha autoridad.¹³⁵ Dicha posición de autoridad se deriva de las estructuras sociales que se hayan construido alrededor del cuerpo de conocimiento, estas Autoridades de Delimitación son el factor humano que decide a final de cuentas la composición del cuerpo y liderarán el ejercicio del discurso. No se debe olvidar que, aun cuando se está estudiando el Cuerpo de Conocimiento como una unidad epistemológica, está siempre dependerá de que se manifieste en un contexto social para tener una existencia real y no solamente teórica.

En el Derecho los ejemplos de Autoridades de Delimitación son varios y fáciles de ubicar, en este caso se mencionará la “divina trinidad” de la producción del derecho; el Legislador, el Juez y el Doctrinario. Por un lado está la figura, un tanto abstracta, del Legislador, que sería aquel grupo legitimado políticamente para producir normas con rango de ley. Luego el Juez, persona que se le otorgó la facultad de aplicar las normas en los casos concretos. Y finalmente el Doctrinario, persona cuya legitimación no proviene por factores políticos (en sentido estricto) o por su puesto, sino de factores académicos que les dan poder a sus criterios. Como es evidente, las características de toda Autoridad de Delimitación dependerán de factores históricos y sociales, en el

¹³⁵ *Ibíd.* Páginas 41-42.

sentido que las facultades del Juez varían muchísimo de un país a otro, y aún más entre épocas distintas. Determinar qué factores moldean a las Autoridades de Delimitar corresponde más a una investigación de Historia y Sociología que a una de Derecho, por lo que no es un tema que se desarrollará en la presente investigación, sin embargo, sí es importante recalcar que lo que determinan estas facultades son arbitrariedades históricas y que son ejercidos por personas, por lo que nuevamente se reitera que no se debe dejar de ver que el sentimiento de objetividad que causen es ilusorio.

III) Finalmente, se tienen la Red de Especificación como tercer factor que permite la formación de nuevos objetos dentro de un cuerpo de conocimiento. Este factor se refiere a la facultad de producir sub versiones más específicas de un objeto que ya se encuentra dentro del cuerpo de conocimiento¹³⁶. Foucault no lo menciona, pero se podría interpretar que las Redes de Especificación es la aplicación de las Superficie de Aparición, pero en un objeto en concreto, en vez de en un área general. Esto ya que, ambas en resumidas cuentas lo que permiten es detectar heterogeneidad, y utilizar esta última para generar clasificaciones con base en dichas diferenciaciones, pudiéndose verse en ambas una relación de general- específico.

Un ejemplo de la Red de Especificación en el Derecho se puede encontrar en la figura del Daño. En un primer momento, únicamente se aceptaba como daños aquellos de características materiales y presentes, pero luego se especificó en dos categorías que serían los daños materiales y los morales. Incluso, estas especificaciones continuaron dividiéndose, el daño material se especificó en emergente y cesante, y el daño moral se dividió en moral objetivo y subjetivo. Se puede ver como una red de conceptos interconectada que se va expandiendo, produce un análisis cada vez más profundo en su contenido y capacidad de análisis.

¹³⁶ *Ibíd.* Página 42.

Todo cuerpo de conocimiento es distinto, y por lo tanto, cada uno tiene reglas de formación de objetos particulares, Foucault considera que los tres factores de formación recién mencionados no son los únicos, sino únicamente los más comunes¹³⁷. Por ejemplo, la incorporación de las leyes como objetos del Derecho no se rigen necesariamente por las Redes de Especificación ni por las Superficies de Aparición, sino únicamente por coyunturas políticas particulares, que se manifiestan como nuevos lineamientos de comportamiento. Detallar todos los mecanismos de formación en el Derecho resultaría ser una tarea exhaustiva y más apropiada para otra investigación, por lo que basta con mantener en mente que la formación de nuevos objetos proviene de un conjunto de factores distintos.

Para Foucault, sin embargo, esta formación de objetos no podría calificarse como “descubrimientos” en el sentido que, no se debe entender que tenían alguna existencia previa a su formación en el cuerpo de conocimiento. Para Foucault esta producción de objetos, se basa en clasificaciones y conceptualizaciones que se generan en un momento determinado y perfectamente pueden variar, e incluso llegar a contradecirse, con el pasar del tiempo y las condiciones sociales que las hicieron posibles.¹³⁸ En el Derecho se puede ver esto en la evolución histórica que se dio respecto a la interpretación de los contratos privados, durante el apogeo del liberalismo, regía de manera suprema el principio de “*Pacta Sunt Servanda*”, según el cual las partes no podían desconocer de ninguna forma lo pactado en el contrato y el Juez tenía que limitarse a aplicar lo estipulado en el contrato, ya que de lo contrario se estaría despojando a las partes de seguridad jurídica. Sin embargo, después de una serie de cuestionamientos y debates, poco a poco, se fue dando paso al principio de “*Rebus Sic Stantibus*”, según el cual, en caso de que se dieran circunstancias no previstas por las partes que cambiaron el contexto, potencialmente generando un grave daño a una de las partes en caso de que se ejecutara lo pactado en el contrato, el Juez tenía la facultad de moderar lo dispuesto por las partes contratantes. Esto fue un giro totalmente contradictorio a la posición original que tenía lo pactado entre las

¹³⁷ *Ibíd.* Página 45.

¹³⁸ *Ibíd.* Página 43.

partes como algo sagrado que el Juez jamás debería poder cuestionar, y no fue que se descubrió el principio “*Rebus Sic Stantibus*” y que se le había estado ignorando todos los años previos, simplemente el cuerpo de conocimiento que es el Derecho, al estar en constante evolución, cambió para adecuarse a un contexto histórico que le exigía una mayor flexibilidad.

Entonces: “*La formación (de objetos dentro del cuerpo de conocimiento) es posible por un grupo de relaciones establecidas entre autoridades de emergencia, delimitación y especificación. Se podría considerar que una formación discursiva concreta se realizó (en cuanto a lo que respecta a sus objetos) si se puede determinar cuál es el grupo (de relaciones) que lo hace posible, si se puede demostrar como un objeto discursivo particular llegó a ser, si se puede demostrar que puede producir objetos distintos simultáneamente o sucesivamente sin tener que modificarse a sí misma*”¹³⁹ Para desarrollar y explicar esta última afirmación, Foucault explora los siguientes cuatro puntos:

1. Para que se den las condiciones necesarias para que un nuevo objeto de discurso surja, se requiere que sea el tema de conversaciones, en el sentido que tiene que tener una presencia real para el sector de la sociedad vinculado al cuerpo de conocimiento, aun cuando sea como interrogante o debate no resuelto. De dichas conversaciones se forjará el objeto nuevo que, de nuevo, no tiene ninguna existencia previa, sino que su presencia depende únicamente de condiciones positivas de un complejo grupo de relaciones sociales¹⁴⁰.
2. Dichas relaciones mencionadas son establecidas entre procesos sociales y económicos, instituciones, sistemas normativos, técnicas, tipos de clasificación

¹³⁹*Ibíd.* Página 44. “*This formation is made possible by a group of relations established between authorities of emergence, delimitation, and specification. One might say, then, that a discursive formation is defined (as far as its objects are concerned, at least) if one can establish such a group; if one can show how any particular object of discourse finds in it its place and law of emergence; if one can show that it may give birth simultaneously or successively to mutually exclusive objects, without having to modify itself.*” Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

¹⁴⁰ *Ibíd.* Página 44.

y patrones de comportamiento. Además, dichas relaciones no están presentes dentro del objeto, en el sentido que estas no se revelan cuando el objeto del discurso está siendo analizado, este no muestra a simple vista la red compleja de razonamientos y factores que lo formaron. Entonces, todos los elementos sociales relevantes a la formación del objeto mantienen un elemento de exterioridad respecto a este¹⁴¹.

3. Que existen tres niveles de relaciones por considerar: I) Las primarias, que serían las que se dan únicamente entre las instituciones, técnicas, formas sociales etc., y podría decirse que incluso de manera previa a la formación del objeto. II) Las secundarias, que serían las que se dan entre las instituciones y los objetos discursivos. III) Las Discursivas que serían las que se dan en el límite del discurso, esta última categoría se explicará en el punto cuatro¹⁴².

Un ejemplo de las relaciones primarias sería la interacción constante que se da entre la Asamblea Legislativa, como generadora de leyes, y los Jueces como aplicadores de leyes. Por su lado, un ejemplo de las relaciones secundarias se daría claramente entre el Juez y la norma que interpreta.

4. Las relaciones discursivas mencionadas en el punto anterior no son ni internas ni externas al discurso, sino que se encuentran en su límite. Es el discurso mismo en práctica como una actividad continua, al estar en el límite del discurso es lo que le permite generar nuevos objetos dentro del cuerpo de conocimiento, ya que, es esa misma actividad lo que causa una expansión del discurso¹⁴³. Si se ve el discurso como un círculo en expansión, puesto que va generando nuevos objetos, las relaciones discursivas se ubicarían en el perímetro exterior del círculo, son aquellas discusiones y debates que promueven la creación de nuevo contenido, referidas en el punto 1.

¹⁴¹ *Ibíd.* Página 45.

¹⁴² *Ibíd.* Página 45.

¹⁴³ *Ibíd.* Página 46.

Considera este trabajo que a Foucault le faltó categorizar un cuarto tipo de relación, puesto que habló de la relación entre institutos sociales, luego las que se dan entre los institutos sociales y los objetos del discurso, y finalmente, las que se dan en el ejercicio mismo del discurso, pero parece haber obviado las que se dan entre los objetos, como se complementan entre sí y cómo se afectan entre ellos.

Entonces para Foucault, lo que le da unidad al cuerpo de conocimiento es esa naturaleza común que tengan sus objetos, pero para el discurso la unidad proviene de otro lugar. No proviene de sus objetos, ni de su distribución, ni de sus interacciones, lo que le genera unidad al discurso tal y como los sujetos lo practican, no es ni la configuración ni la forma, sino las reglas internas que regulan su ejercicio en la práctica, puesto que son estas las que le dan su especificidad¹⁴⁴.

En el discurso jurídico, pueden derogarse las leyes, cambiar la línea jurisprudencial y la doctrina puede llegar a contradecirse, pero el discurso en sí, entendido como la conversación diaria respecto al derecho que se da por parte de los juristas, seguiría siendo la misma. Esto porque dicho discurso no depende de la norma en particular que se esté discutiendo sino en la forma en la que se discute, por esto es que cuando se analiza el discurso realmente “de lo que se habla” cede en importancia ante “cómo se habla”.

“Cuando se describe la formación de objetos en un discurso, se trata de encontrar las relaciones que caracterizan al discurso en la práctica, no la organización del léxico utilizado y los detalles semánticos, no se cuestiona el significado dado en un momento particular a determinada palabra (...). No es que dichos análisis carezcan de mérito, pero carecen de relevancia respecto a lo que se quiere lograr (...). Un análisis sobre el contenido del léxico de un discurso no define ni las practicas significantes a la disposición de los sujetos que lo hablan en un periodo determinado, o la estructura

¹⁴⁴ *Ibíd.* Página 46.

semántica que aparece en la superficie del discurso que ya ha sido hablado, no analiza la práctica discursiva como un lugar en el cual hay una compleja pluralidad de objetos siendo formados y deformados, que aparecen y desaparecen. (...). No se debe tratar al discurso como un grupo de signos (elementos significantes que se refieren a contenidos o representaciones) sino como prácticas que sistemáticamente forman aquellos objetos de los que hablan."¹⁴⁵ Siendo este análisis en específico que quiere evitar Foucault, lo en parte se realizó en el capítulo anterior.

¹⁴⁵ *Ibíd.* Páginas 48-49. "When one describes the formation of the objects of a discourse, one tries to locate the relations that characterize a discursive practice, one determines neither a lexical organization, nor the scansions of a semantic field: one does not question the meaning given at a particular period to such words as 'melancholia' or 'madness without delirium', nor the opposition of content between 'psychosis' and 'neurosis'. Not, I repeat, that such analyses are regarded as illegitimate or impossible; but they are not relevant when we are trying to discover, for example, how criminality could become an object of medical expertise, or sexual deviation a possible object of psychiatric discourse. The analysis of lexical contents defines either the elements of meaning at the disposal of speaking subjects in a given period, or the semantic structure that appears on the surface of a discourse that has already been spoken; it does not concern discursive practice as a place in which a tangled plurality —at once superposed and incomplete —of objects is formed and deformed, appears and disappears. The sagacity of the commentators is not mistaken: from the kind of analysis that I have undertaken, words are as deliberately absent as things themselves; any description of a vocabulary is as lacking as any reference to the living plenitude of experience. We shall not return to the state anterior to discourse —in which nothing has yet been said, and in which things are only just beginning to emerge out of the grey light; and we shall not pass beyond discourse in order to rediscover the forms that it has created and left behind it; we shall remain, or try to remain, at the level of discourse itself. Since it is sometimes necessary to dot the 'i's of even the most obvious absences, I will say that in all these searches, in which I have still progressed so little, I would like to show that 'discourses', in the form in which they can be heard or read, are not, as one might expect, a mere intersection of things and words: an obscure web of things, and a manifest, visible, coloured chain of words; I would like to show that discourse is not a slender surface of contact, or confrontation, between a reality and a language (*langue*), the intrication of a lexicon and an experience; I would like to show with precise examples that in analysing discourses themselves, one sees the loosening of the embrace, apparently so tight, of words and things, and the emergence of a group of rules proper to discursive practice. These rules define not the dumb existence of a reality, nor the canonical use of a vocabulary, but the ordering of objects. 'Words and things' is the entirely serious title of a problem; it is the ironic title of a work that modifies its own form, displaces its own data, and reveals, at the end of the day, a quite different task. A task that consists of not —of no longer —treating discourses as groups of signs (signifying elements referring to contents or representations) but as practices that systematically form the objects of which they speak. Of course, discourses are composed of signs; but what they do is more than use these signs to designate things. It is this more that renders them irreducible to the language (*langue*) and to speech. It is this 'more' that we must reveal and describe." Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

Foucault no lo dice expresamente, pero a partir de lo mencionado, parece indicar que para él el discurso precede al cuerpo de conocimiento, y que es mediante el ejercicio de los sujetos hablantes del primero, que se va formando el segundo. Este trabajo sostiene también este criterio, en el sentido que el cuerpo de conocimiento es inerte por su cuenta, es tan solo cúmulos de información, pero es mediante el ejercicio del discurso que se incorporan nuevos objetos y evolucionan los que ya existían. Esto se puede ver con claridad en cómo el ejercicio constante del debate jurídico en tribunales y en la academia, enriquecen el Derecho y son en gran medida el motor que le da vida a esta rama del conocimiento.

Junto a esto hay que mantener en consideración que el Derecho siempre debe ser analizado en su contexto histórico, puesto es un resultado de este. Las normas que dicta una sociedad para organizarse son respuestas a coyunturas políticas y económicas específicas del momento en que se encuentra. Por ejemplo, la regulación que se hace del contrato de compraventa sólo tiene sentido si se tiene en el contexto de que aplica en una sociedad cuya economía incorpora el libre intercambio de bienes, o el debate actual a nivel constitucional de reconocer como derechohabientes a figuras no humanas como el medio ambiente y los animales no tendría ningún sentido en la sociedad romana puesto que, a su cosmovisión y estructura social, poco les interesaba esos temas. Y es que no solo el ordenamiento de hace 2000 años es distinto al de hoy, sino casi toda la metodología y técnica utilizada por los juristas al realizar análisis legales. Esto vuelve al Derecho un discurso mucho más cambiante en cuanto a su evolución a través del tiempo en comparación, por ejemplo, con la Medicina, ya que las formas de estudiar el cuerpo de los pacientes y tratarlos han cambiado considerablemente con el pasar de los años, pero el cuerpo humano sigue siendo el mismo.

Una vez finalizada esta etapa introductoria sobre el cuerpo de conocimiento y el discurso, ahora se procederá a analizar tres preguntas que ayudarán a entender de una manera más concreta y menos abstracta sobre el ejercicio práctico del discurso, siendo: I) ¿Quién habla el discurso?, II) ¿Dónde se habla el discurso?, y III) ¿Cuál es la

situación de los sujetos que hablan el discurso frente a otros cuerpos de conocimiento? Sobre estas interrogantes, Foucault se refiere exclusivamente sobre cómo se ejemplifican en la Medicina, sin embargo, readecuarlas al Derecho resulta bastante sencillo.

I) ¿Quién entre todos los individuos habla este discurso? ¿Qué los califica y les otorga el derecho de poder utilizarlo? ¿Quién obtiene el prestigio de utilizar el poder que conlleva el discurso?¹⁴⁶ En el caso del Derecho la respuesta inicialmente parece ser sencilla; quienes ejerzan la abogacía son aquellos que hablan el discurso del derecho. Sin embargo, esta no es una profesión regular, tiene factores muy particulares. En primer lugar, no basta tener conocimientos empíricos para poder ejercer la abogacía, se requiere cumplir con una serie de requisitos académicos (obtener el grado de licenciatura en Derecho) y gremiales (lograr la incorporación en el Colegio de Abogados), aun teniendo grandes conocimientos de la materia, sin cumplir con estos requisitos, no se le permitirá a una persona ejercer como abogada/o, a diferencia de alguien que no tenga tanto conocimiento pero si tenga el título universitario y la incorporación al gremio. Estos requisitos son filtros diseñados para reducir y controlar la cantidad de personas que hablen el lenguaje jurídico, de esta manera se concentra el poder que conlleva realmente entender el ordenamiento frente a las personas que no, los denominados “legos”. El prestigio y poder social que históricamente ha acompañado a la abogacía derivan de que quien la ejerce puede entender el cuasi esotérico ordenamiento jurídico, y el resto de la población, que tan solo tiene vagas ideas de cómo funcionan las complejas redes de normas e instituciones, se ve obligada a acudir al abogado para que pueda ser su interprete y defensor. Además, como indica la famosa frase del libro “La Granja” de George Orwell, todos somos iguales, pero existen unos más iguales que otros, existe también una serie de jerarquías dentro de los mismos abogados. No tiene el mismo peso el criterio de un abogado poco reconocido, al de un juez, y no está al mismo nivel lo que diga este juez frente a lo que diga un magistrado. Explorar todas las curiosidades y mecanismos

¹⁴⁶ *Ibíd.* Página 50.

de poder que yacen en la abogacía como una constante histórica en la civilización occidental, sería sumamente interesante pero no es el tema de la presente investigación, por lo que basta con mantener en mente que, quien puede hablar el discurso es un grupo reducido de personas que limita el acceso para concentrar el poder social que implica entender cómo funciona el aparato normativo, y que internamente existe una jerarquía, también diseñada para controlar qué usos se le dan al discurso jurídico.

II) La segunda interrogante es donde se habla el discurso, pero no se refiere únicamente a la locación geográfica donde los sujetos que lo hablan se reúnen, sino de donde derivan sus mecanismos de verificación y de legitimación¹⁴⁷. El primer lugar resulta ser obvio por su importancia social como institución que es innegable, los juzgados y tribunales. Históricamente han sido lugares de un inmenso poder, las decisiones que se han tomado ahí han afectado el curso de incontables vidas, incluso la interpretación vinculante de la Constitución Política se realiza exclusivamente ahí, que representa el eje central a nivel político de la convivencia de la sociedad. El peso simbólico que le da a las decisiones que se tomen en los tribunales es de una enorme importancia, legitima los criterios de los jueces tan solo por haber sido expresados en determinada edificación. Esto se da por la misma razón que se limita el acceso a la abogacía, porque la concentración genera poder. Puesto que se llevan a cabo todas estas decisiones casi de manera exclusiva en este lugar, las cuales se basan en el mismo discurso y que causan profundos impactos en el colectivo, se va a terminar relacionando el poder de estas con el lugar en el que se llevan a cabo, al punto de volverse casi inseparables para el colectivo social, tal y como lo son actualmente. El otro sitio donde los abogados hablan su discurso y les otorga legitimidad para hacerlo son sus bibliotecas. En su colección de leyes, códigos y tratados ellos saben dónde ubicar los relevantes para resolver un problema determinado, donde una persona que no está versada en el Derecho únicamente ve un laberinto de textos. Hay que aclarar que la facultad que tiene el abogado no proviene de tener estos libros en su propiedad,

¹⁴⁷ *Ibíd.* Páginas 51-52.

porque perfectamente no tiene una biblioteca física, sino en que tiene el conocimiento de en qué texto puede ubicar la norma que aplica al caso concreto, y debido a esto los "legos" no tienen más opción que aceptar la guía del abogado, puesto que él sabe y ellos no. Cuando Foucault se refiere a sitios donde se habla el discurso, no lo limita a espacios físicos únicamente, se debe entender como cualquier plataforma, física o social, que otorgue al sujeto que habla el discurso de legitimidad y de una posición de superioridad, frente aquellos que no lo hablan.

III) La tercera interrogante es cómo se posiciona el sujeto que habla el discurso en relación a cuerpos de conocimiento y discursos ajenos al que el ejerce. ¿Qué rol toma ante estas interrogantes que surgen y no puede responder?, ¿Se dedica a observar únicamente, o toma una actitud más activa e interroga para extraer el conocimiento que busca?, o ¿Utiliza sujetos intermediarios?¹⁴⁸ Esta interacción del sujeto parlante del discurso jurídico con otros cuerpos de conocimiento se puede observar claramente en la relación entre el Juez y las personas expertas llamadas a rendir peritajes en los procesos judiciales. Por el principio "*Iura Novit Curia*", se presume que el Juez tiene conocimiento pleno de la normativa, por lo tanto, las partes no tienen que probar las normas aplicables. Resulta evidente que esto es una ficción, el ordenamiento jurídico de cualquier país resulta demasiado amplio, incluso Costa Rica, siendo un país considerablemente pequeño con un modelo centralista constitucionalmente hablando, presenta un marco jurídico demasiado amplio para que una única persona lo maneje en su totalidad. Este principio tiene una doble función, por un lado, de esta forma no se limita al Juez a las teorías legales que le presenten las partes interesadas y de esta forma poder resolver con una interpretación del caso distinta y propia. Por otro lado, otra función sería generar una posición de superioridad artificial, puesto que convierte al Juez, como indica la famosa frase, en el perito de peritos respecto al derecho, aun cuando perfectamente es posible que no maneje más que a un nivel superficial la materia. Sin embargo, cuando en un proceso se requiere que se aclaren temas no jurídicos en una mayor profundidad se

¹⁴⁸ *Ibíd.* Página 52.

recurre a verdaderos peritos, lo que interesa en este caso es la relación que se maneja entre las partes, el juez y el respectivo perito. Como ejemplo se utilizará el caso común de la existencia de un traslape en los planos de propiedades de dueños distintos, ante este escenario se requiere verificar mediante las coordenadas geográficas de ambos planos la ubicación de los límites de ambas fincas para determinar si realmente existe un traslape y adonde. Ante este escenario se recurre ante un topógrafo, que mediante sus conocimientos especializados preparará un informe sobre el caso en específico, y luego se presentará en una audiencia donde las partes y el juez le harán las preguntas que consideren pertinentes para aclarar dicho informe. En resumen, frente a la necesidad de un conocimiento que pertenece a otro cuerpo de conocimiento, los sujetos parlantes del discurso jurídico recurren a un tercero que si maneja esa información y se la extraen mediante interrogatorios.

Mediante este ejercicio el juez puede entrar a analizar lo que antes no podía, a través de este tercero se puede extender y “normativizar” aquello que anteriormente estaba más allá de su discurso. El Juez en este ejemplo tiene la posibilidad de tomar una posición de autoridad frente al perito, lo que lo faculta a extraer lo que le interesa para el caso en concreto de otro cuerpo del conocimiento que no hable. Se da una relación de poder muy clara con los otros cuerpos del conocimiento, en el sentido que el Juez no pide consejo a un experto, ya que él nunca cede su posición de poder y decisión, únicamente interroga sobre la información que le interesa e interpreta lo que le indique este tercero como según le parezca mejor a su propio criterio.

Con todas estas ideas desarrolladas hasta este punto, se puede visualizar el Derecho no ya como un bloque ya terminado y objetivo de conocimiento, sino como un tejido fabricado en constante renovación y discusión por parte de los juristas, el cual surge de factores sociales e históricos. Además, quedó en evidencia que los juristas no realizan descubrimientos, sino que expanden el discurso con nuevos objetos que forman mediante el ejercicio mismo del discurso, por ejemplo, resoluciones judiciales o ensayos académicos. Foucault en este punto plantea la siguiente interrogante,

¿existe alguna arquitectura o algún tipo de orden en la expansión del tejido de conocimiento que es el Derecho, o su expansión es caótica e improvisada? ¹⁴⁹

Para responder esta pregunta no se debe estudiar caso por caso el surgimiento de nuevos objetos en el discurso, sino más bien se debe describir las características y organización del discurso donde aparecen y circulan. Foucault considera que es necesario estudiar tres factores: I) Las Formas de Sucesión, II) Formas de Coexistencia, y III) Procesos de Intervención. Entendiendo estos tres elementos finalmente se puede llegar a lo que interesa a este trabajo, que sería como un discurso se valida a sí mismo y, por lo tanto, como crea verdades.

I) Las Formas de Sucesión se refieren a cómo se incorporan normalmente grupos nuevos de enunciados en el discurso y cuerpo de conocimiento, no tanto en su propio contenido, sino en la forma en que se relacionan al contenido previo; si como una hipótesis/verificación, una afirmación/critica, o como una nueva regla general/regla específica¹⁵⁰. Si volvemos a aplicar la metáfora del discurso como un tejido, las formas de sucesión serían la manera en que se están uniendo o tejiendo los enunciados nuevos al tejido madre, puede ser la critica a una afirmación sostenida dentro del discurso, o más bien la excepción a una regla que se aplicaba de manera absoluta anteriormente. El ejemplo de esto se puede ver en el ya mencionado caso de la evolución de los conceptos de los daños considerables resarcibles, inicialmente se admitía únicamente el daño material ya sufrido, pero poco a poco se fueron añadiendo nuevos enunciados, que tomaron un rol de extensiones como su forma de sucesión del objeto base, como serían el daño moral, subjetivo y objetivo, y el daño resultante, también conocido como perjuicios.

Entonces, en resumidas cuentas, la forma de sucesión es cómo se conectan los nuevos objetos que se incorporan a los discursos a dichos al tejido total, y qué rol toman en relación con lo que estaba anteriormente. De esto se demuestra que, tiene que haber

¹⁴⁹ *Ibíd.* Página 56.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Páginas 56-57.

algún tipo de vinculación entre todo nuevo objeto que se incorpore en el discurso con el discurso mismo, que no se pueden generar de una manera aislada del resto, puesto que como se desarrolló anteriormente, lo que permite que exista una conexión que una la totalidad de cada discurso a cada cuerpo de conocimiento.

II) Las Formas de Coexistencia se refieren a cómo se relacionan los distintos tipos de enunciados dentro de un mismo discurso, siempre viendo este último como un tejido en constante cambio y expansión. Para Foucault habría 4 tipos: Los generalmente aceptados, los discutidos, los rechazados y los superados¹⁵¹. Los generalmente aceptados se refieren a aquellos cúmulos que, ya sea por validación lógica, tradición o autoridad, son considerados como “verdaderos” en toda su extensión por la mayoría de los sujetos que hablan el discurso. Estos enunciados serían los pilares epistemológicos del discurso, puesto que serían los puntos comunes de encuentro utilizados por los sujetos parlantes en sus debates. En el Derecho estos enunciados son sumamente comunes, por ejemplo, la idea de que la voluntad de las partes es un requisito transversal para las obligaciones contractuales, ni siquiera es debatida cuando se le utiliza como argumento por el nivel de aceptación casi absoluto que tiene.

Luego están los enunciados discutidos, que son aquellos que no han logrado un reconocimiento por la gran mayoría de los sujetos parlantes del discurso, por lo que su existencia es un debate aún no resuelto. Un claro ejemplo de esto es el caso ya mencionado de la nueva escuela del Derecho Constitucional que propone reconocer al medio ambiente y a los animales como sujetos de derechos, esa posición aún no goza de una aceptación generalizada puesto que choca con elementos milenarios del Derecho como tener al ser humano como único centro del ordenamiento jurídico, sin embargo, el debate sobre esta posición está lejos de terminarse.

¹⁵¹ *Ibíd.* Páginas 57-58.

Los rechazados serían aquellos objetos que no fueron aceptados como correctos dentro del discurso, pero aún siguen siendo parte de este, puesto que forman parte del “hablar” de los sujetos, en el sentido que un objeto sea negativo no implica que deje de ser un objeto del discurso. Este rechazo no necesariamente tiene que darse por mayoría, de la misma forma que un objeto aceptado no tiene que pasar por todos los sujetos para que tenga validez, perfectamente quien ejerce esta distinción lo hace desde una posición de poder y no de democracia. El ejemplo de esto dentro del Derecho se puede observar fácilmente en el actuar del Juez cuando dicta sentencia, ejerciendo su poder, decide cuál de las teorías del caso que exponen ambas partes acepta y cual rechaza, o sea, el Juez puede decidir como individuo sobre la validez que tendrá determinada teoría para todo el discurso, esto únicamente porque socialmente se le puso en esa posición de autoridad sobre los demás. Esta última idea es sumamente importante para esta investigación y será desarrollada en el siguiente capítulo con mayor profundidad.

El último tipo al que se refiere Foucault son los enunciados superados, que a diferencia de los rechazados que nunca gozaron de aceptación dentro del discurso, estos fueron tenidos como generalmente aceptados en algún momento previo, pero fueron remplazados por otros criterios. Estos enunciados conforman la memoria histórica del discurso, y a través del estudio de ellos se puede esbozar cómo se han dado las evoluciones en el tiempo. El Derecho teniendo más de dos mil años como rama de estudio en la sociedad occidental tiene un enorme contenido superado. Pero la importancia de estos enunciados radica en que dan perspectiva a los sujetos parlantes dentro del mismo discurso, aun cuando ya no se tienen como vigentes o siquiera se les aplique. Que se continúe enseñando Derecho Romano en las facultades de derecho es una clara demostración de esto, ningún estudiante va a llegar a aplicar la enorme mayoría de la materia que se le impartirá en dicho curso universitario, aparte de ciertos principios que continúan vigentes, sin embargo, adquirirán algo mucho más valioso, el entendimiento de que el Derecho es una construcción histórica no finalizada, que cambiará de la misma manera que las sociedades cambian, que es un instrumento cuyo fin siempre será adecuar el comportamiento de la población a un

sistema de convivencia determinado. Por esto, aun cuando ya no se les aplica, los enunciados superados continúan siendo parte del discurso, puesto que a través de ellos los sujetos parlantes pueden darle una identidad histórica. Lo importante de estos cuatro grupos es entender que el discurso jurídico no es uniforme en cuanto al grado de credibilidad que le otorgan los sujetos que lo hablan, sino que en él coexisten e interactúan enunciando superados, he incluso rechazados, ya que son resultado de la constante evolución que sufre un discurso vivo. Todos estos tipos de enunciados conforman un papel preponderante en la falta de verificación intersubjetiva que se espera de un ordenamiento cuya garantía de estabilidad se refleja en la seguridad jurídica percibida por los habitantes. Este aspecto será analizado más adelante en el presente capítulo.

III) Finalmente, se tienen los procedimientos de intervención, que serían para Foucault aquellos mecanismos que utilizan los sujetos hablantes del discurso para modificar su contenido. El autor menciona cuatro procedimientos en específico, pero no se debe entender como que estos son los únicos, esto ya que Foucault los describe como meros ejemplos ilustrativos.¹⁵² Estarían: las técnicas de reescritura, que se darían cuando se remplazan enunciados por otros, en estos casos se pueden ver el cambio de ser aceptados a superados. En el Derecho esto se puede observar fácilmente en una ley derogando a una anterior, o en un cambio de línea jurisprudencial. Luego están los métodos de transcripción de afirmaciones, que sería la creación de un lenguaje más técnico que el común para poder procesar la información con un mayor grado de precisión, el análisis sobre el tipo de daños ya mencionado demuestra este ejercicio. Luego los modos de traducción, que sería la posibilidad de transformar afirmaciones cuantitativas en formulaciones cualitativas y viceversa, en otras palabras, la posibilidad de establecer nuevas relaciones entre interpretaciones perceptuales y descripciones.

¹⁵² *Ibíd.* Páginas 58-59.

Finalmente, Foucault menciona los métodos de re-sistematización, que serían tomar proposiciones ya existentes dentro del discurso y darles un nuevo significado o utilizarlas de una manera distinta, entonces no se está generando enunciado superados, puesto que no necesariamente se está remplazando ningún objeto del discurso, sino más bien se está volviendo más versátil el que ya existía. Un claro ejemplo de esto en el Derecho sería cuando se aplican principios o normas de una rama para solucionar una incógnita que se está dando en otra rama del derecho, lo que también se conoce como la plenitud hermética del derecho.

“Estos elementos que se está proponiendo analizar pueden ser de distintos tipos. Algunos son reglas formales para la construcción de enunciados, otros prácticas retóricas; algunos pueden definir la configuración interna de un texto, otros los modos de relación e interferencia entre distintos textos; algunos son características de periodos en específico, otros tienen un origen distante y su importancia cronológica es considerable. Pero lo que le pertenece propiamente a la formación discursiva y lo que hace posible delimitar el grupo de conceptos, aun siendo distintos entre sí, que forman parte de esta formación, es la forma en que estos distintos elementos se encuentran relacionados entre sí: la manera en que, por ejemplo, como la organización que se haga con las descripciones está conectada a las técnicas de reescritura; como la memoria histórica está ligada a las formas de jerarquía y subordinación que gobiernan los textos; la forma en que los modos de aproximación y desarrollo de las afirmaciones están conectadas a las críticas, comentarios e interpretaciones de las afirmaciones previas, etc. Es este grupo de relaciones lo que constituye un sistema de formación de conceptos”¹⁵³.

¹⁵³ *Ibíd.* Páginas 59-60. “These elements that I am proposing to analyze are of rather different kinds. Some constitute rules of formal construction, others rhetorical practices; some define the internal configuration of a text, others the modes of relation and interference between different texts; some are characteristic of a particular period, others have a distant origin and far-reaching chronological import. But what properly belongs to a discursive formation and what makes it possible to delimit the group of concepts, disparate as they may be, that are specific to it, is the way in which these different elements are related to one another: the way in which, for example, the ordering of descriptions or accounts is linked to the techniques of rewriting; the way in which the field of memory is linked to the forms of hierarchy and subordination that govern the statements of a text; the way in which the modes of approximation and development of the statements are linked to the modes of criticism, commentary and interpretation of previously formulated

Con base en esto se puede establecer que los discursos no tienen una estructura o crecimiento ordenado, más bien resultan ambas facetas ser caóticas, en un sentido orgánico, puesto que en lo interno del discurso se tienen en constante puja distintos tipos de enunciados. Además, la formación de nuevos enunciados también mantiene el discurso en un constante cambio y evolución, puesto que a final de cuentas se nutre del ejercicio de este por parte de los sujetos hablantes de él, por lo que, la única forma de que un discurso alcance balance y estabilidad es siendo un discurso muerto, o sea, que ya nadie lo hable. Por esto no se debe ver el Derecho como una biblioteca ya organizada, con respuestas objetivas para problemas concretos, sino como un fuego vivo en constante movimiento mediante el cual se puede forjar conocimiento y perspectivas nuevas.

Como conclusión, llegando al tema de mayor interés para esta investigación, puesto que como se ha desarrollado el Derecho es un discurso compuesto de reglas (no en el sentido jurídico, sino en el sentido de prácticas comunes), objetos discursivos, estructuras jerárquicas y tradiciones, y que estos factores no son estáticos, sino más bien están en constante renovación. Esto causa que sea en el discurso mismo donde se va a definir los criterios de validez que aplicarán a sus objetos y enunciados, en otras palabras, es el Derecho el que va a determinar cuándo una proposición se considerará verdadera y que se considerará falsa en los análisis jurídicos que realicen los sujetos que lo hablen¹⁵⁴. Ya quedó en evidencia que el Derecho no es conocimiento objetivo, sino una construcción que ha dependido históricamente de factores sociales y económicos, por lo tanto, los criterios que utilizan los sujetos parlantes al discutir la validez de algún enunciado son al final de cuentas arbitrariedades momentáneas.

Esta falta de objetividad platónica en los criterios utilizados en el Derecho es fácilmente evidenciable, por ejemplo, en el caso ya mencionado de la evolución que se

statements, etc. It is this group of relations that constitutes a system of conceptual formation." Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

¹⁵⁴ *Ibíd.* Página 61.

ha dado en cuanto a los tipos de daños que se consideran resarcibles. Si se retornara unos siglos al pasado, y se le consultara a un Pretor romano si es cierto que se puede obtener resarcimiento por el sufrimiento emocional a través de un proceso, este diría que es falso, sin embargo, en el presente si se le hace exactamente la misma consulta a un abogado este respondería que es cierto. Los dos principales factores por considerar son que, primero los criterios de validez que utiliza el discurso son contruidos por la misma práctica discursiva, y segundo, que como ya se mencionó, los discursos están en constante evolución. Esta combinación genera que aquello que se considera verdad dentro del discurso, y los mismos parámetros utilizados para establecer que es verdad, tienen fecha de caducidad.

Siendo este el caso, no se debe considerar aquello producido dentro del discurso como conocimiento objetivo y verdadero en un sentido platónico, o en términos del ámbito jurídico como el platonismo juricista desarrollado en el primer capítulo de la presente investigación, sino más bien como una decisión tomada en una coyuntura específica ante un problema determinado. Sin embargo, aun cuando esto inicialmente pareciese que deslegitima el ejercicio creativo que se realiza a través del discurso jurídico como falsedades, es más bien su principal virtud.

Si las verdades y los criterios de validez fueran estáticos, y efectivamente fueran descubiertos y no contruidos, significaría que no habría libertad alguna ni posibilidad de evolución en cuanto los sistemas de conocimiento, tal y como es el Derecho. La terca búsqueda por demostrar la existencia de que “la verdad” existía afuera del discurso humano, realizada durante siglos de tratados filosóficos, no llegó a rendir los frutos que buscaba, y es que aferrarse a esa idea únicamente brinda un falso sentimiento de seguridad al costo de tomar consciencia de las infinitas posibilidades que existen dentro del discurso. Al no caer en esa idea engañosa, el sujeto parlante puede realizar su actividad dentro del cuerpo de conocimiento a sabiendas de que las estructuras internas y jerarquías de poder, que funcionan a lo interno del discurso, se mantienen exclusivamente por común acuerdo y pueden ser demolidas por los

mismos medios, y de esta forma evita caer en manipulaciones y controles para mantener.

El principal objetivo de Foucault, al realizar la investigación sobre el funcionamiento de los discursos, era precisamente despojarlos de la autoridad que les brinda aparentar que gozan de objetividad y que las verdades que presentan son incuestionables. Al dejar expuesto que el Derecho es tan solo una compleja maquinaria epistemológica que produce verdades, no se pretende que se deje de utilizar el discurso por fracasar en brindar una verdad objetiva y se abandone el proyecto de reglar la vida en sociedad, puesto que sus beneficios y avances para la vida en sociedad son innegables, sino en que los sujetos parlantes lo ejerciten con mayor conocimiento de su funcionamiento interno, y con mayor transparencia hacia los sujetos externos que no lo hablan.

El poder que yace en los discursos es claro y moldea en gran medida la vida en sociedad, no solo en cuanto a las relaciones colectivo-individuo, sino hasta en la forma en la que se piensa y observa el mundo. Siendo este el caso, existe un deber por parte de los sujetos parlantes de ejercer este poder con la responsabilidad que corresponde, y esto implica que este ejercicio mismo del discurso no puede ser realizado sin un conocimiento profundo del funcionamiento, puesto que, si se quiere hacer un uso realmente apropiado del discurso, no se debe caer en idealizaciones vacías respecto al conocimiento que se produce ni su naturaleza.

El Derecho como figura tiene una influencia enorme en la sociedad moderna, por eso es que los juristas deben liberarse de las supersticiones que rodean la producción jurídica, no rendir culto ciego a instituciones únicamente por ser una tradición, y cuestionar todas las mecánicas de poder, jerarquías, y en general toda práctica normalizada en la profesión. Esta limpieza epistemológica no se daría únicamente por una vaga lucha filosófica en contra de las tradiciones, sino para permitir una evolución libre de instituciones y preceptos innecesarios, que se han mantenido únicamente porque, generación tras generación de juristas, no las han cuestionado.

Además, a través de este proceso de deconstrucción del discurso jurídico se puede revelar que el Derecho siempre ha tenido objetivos y agendas. Más allá de establecer orden en la convivencia, viene a promover mediante castigos y beneficios, modelos de cohabitación determinados mediante estrategias sistémicas que yacen dentro del discurso. Es fácil olvidarlo, pero peligroso, el Derecho siempre ha sido político, y por lo tanto, no es un inocente espectador en las luchas de poder que se dan en toda sociedad.

“Los discursos como la Economía, Medicina, Gramática, y en general toda ciencia humana, producen organizaciones específicas de conceptos, ciertas reagrupaciones de objetos, ciertos tipos de enunciados, que forman, de acuerdo con su grado de coherencia, rigor y estabilidad, temas o teorías. (...) Cuales quiera que sea su nivel formal, se les denominará a estos temas y teorías “estrategias”. El problema es descubrir cómo estas estrategias se han distribuido a través de la historia. ¿Es la necesidad lo que las une, lo que las hace invisibles, lo que las va remplazando una por la otra, y las vuelve en soluciones sucesorias para un mismo problema? ¿O encuentros aleatorios entre ideas con distintos orígenes, influencias descubrimientos, ambientes de especulación, modelos teóricos que, por la paciencia o genio de individuos, se establecen en más o menos un grupo bien constituido? ¿O se puede encontrar una regularidad entre ellos y definir el sistema común de su formación?”¹⁵⁵

¹⁵⁵ *Ibíd.* Página 64. “Such discourses as economics, medicine, grammar, the science of living beings give rise to certain organizations of concepts, certain regroupings of objects, certain types of enunciation, which form, according to their degree of coherence, rigour, and stability, themes or theories: the theme, in eighteenth-century grammar, of an original language (langue) from which all others derive, and of which all others carry within themselves a sometimes decipherable memory; a theory, in nineteenth-century philology, of a kinship between all the Indo-European languages, and of an archaic idiom that served as a common starting-point; a theme, in the eighteenth century, of an evolution of the species deploying in time the continuity of nature, and explaining the present gaps in the taxonomic table; a theory, propounded by the Physiocrats, of a circulation of wealth on the basis of agricultural production. Whatever their formal level may be, I shall call these themes and theories ‘strategies’. The problem is to discover how they are distributed in history. Is it necessity that links them together, makes them invisible, calls them to their right places one after another, and makes of them successive solutions to one and the same problem? Or chance encounters between ideas of different origin, influences, discoveries, speculative climates, theoretical models that the patience or genius of individuals arranges into more or less well-constituted wholes? Or can one find a regularity between them and define the common system of their formation?” Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

Para Foucault el estudio de las estrategias de los discursos se debe hacer desde tres perspectivas, para de esta forma poder entenderlas de una manera tridimensional en cuanto a su funcionamiento. Estas serían I) Los puntos de difracción, II) La economía de la constelación discursiva, y III) Las prácticas no discursivas.

I) Entender cómo se solucionan los puntos de difracción que se den dentro del discurso permite ver como las estrategias discursivas se ejercen en los casos individuales. Los puntos de difracción son puntos de incompatibilidad: dos objetos o enunciados, que aparecen en la misma formación discursiva, considerados individualmente serían completamente válidos, pero en conjunto no pueden ser incorporados puesto que generarían contradicciones o inconsistencias. También son puntos de equivalencia: los dos objetos incompatibles son formados bajo las mismas reglas y de la misma forma, se sitúan en el mismo nivel de importancia dentro de la jerarquía del discurso. Son alternativas excluyentes, presentan un escenario de “o uno o el otro”. Finalmente, son también puntos de sistematización: aun cuando la incompatibilidad entre los dos enunciados es solucionada dentro del discurso, pueden generar nuevos conceptos, potencialmente produciendo ramificaciones enteras de enunciados mientras se resuelve la disputa, sub-grupos dentro de la misma discusión¹⁵⁶.

El Derecho maneja los puntos de difracción de una manera particularmente sistematizada, esto se puede ver en los procesos judiciales donde ambas posiciones contrarias son razonables, por lo que el Juez queda en una posición de elegir cualquiera. Esta decisión es en gran parte influenciada por los intereses detrás de las estrategias, un ejemplo claro serían los votos 7818-2000 y 2771-2003 de la Sala Constitucional respecto a la reelección presidencial ya mencionados en el capítulo anterior, donde ambas soluciones eran viables pero excluyentes entre sí. En esta

¹⁵⁶ *Ibíd.* Páginas 65-66.

disyuntiva la Sala Constitucional sostuvo ambas posiciones, pero al final se optó por aquella que mejor calzaba con los intereses de la coyuntura del momento.

II) De todos los posibles objetos, relaciones, jerarquías y enunciados que puede llegar a tener un discurso, la gran mayoría no llegan a ser. Para entender por qué determinadas facetas del discurso llegaron a ser mientras otras no, se debe describir cuales autoridades han guiado estas decisiones, puesto que toda faceta del discurso se mantiene únicamente por decisión de los sujetos parlantes, pero no se debe caer en el error de creer que estas decisiones no fueron por razones específicas. Siendo este el caso, se debe analizar el lugar que tiene el discurso que se estudia en la economía de las constelaciones discursivas, entender cómo se relaciona y como interactúa con otros discursos¹⁵⁷. Los distintos discursos no existen en planos apartes entre sí, no se dan de manera aislada, estos comparten elementos y se influyen unos a los otros de manera constante. El Derecho, por su función social tan particular, se encuentra en contacto con muchísimos discursos, desde la economía, hasta la medicina. En general, cualquier faceta de la actividad humana que alcance relevancia llegará a enlazarse con lo jurídico, los dos discursos con los que principalmente se relaciona serían la Política y la Economía (en sus sentidos más amplios). Como ya se mencionó varias veces en este capítulo, el contenido de las normas jurídicas depende enormemente del contexto social en el que se dan, este contexto es exactamente los otros discursos alrededor del Derecho moldeando las decisiones que toman los sujetos parlantes de este discurso. Analizar los fenómenos jurídicos tomando en cuenta la economía de las constelaciones discursivas, permite no limitarse al "Que" de su razón de ser, ya que faculta entrar a conocer el "Por qué" de estos, dejando atrás una visión aislacionista del Derecho.

III) Foucault además considera que las estrategias que se ocultan en los discursos pueden ser reveladas a través de las prácticas o roles que no son propiamente discursivos, pero que de todas formas están y se generan alrededor del discurso. La

¹⁵⁷ *Ibíd.* Página 66.

primera de estas prácticas serían las funciones que toma el discurso afuera de sí mismo. Si se parte de la idea que la función interna del Derecho es el estudio y administración de las normas jurídicas, se podría observar como funciones externas todo fin último de una norma. Por ejemplo, mantener un régimen político en el poder, dar estructura para el funcionamiento de un modelo económico determinado, y en general todo objetivo que se busque lograr mediante leyes sería una función más allá del discurso jurídico estrictamente hablando.

Luego estarían las reglas y procesos de apropiación del discurso, que se referirían en específico a los sujetos parlantes del discurso, y aquellos mecanismos que utilizan para limitar el acceso al cuerpo de conocimiento y de esta forma reservarse sus beneficios. Como ya se había mencionado anteriormente, los juristas han aprovechado su posición privilegiada para limitar el acceso de terceros al discurso del Derecho y a todos sus privilegios. Es tanto el recelo que se tiene sobre el discurso jurídico, que incluso se pena con cárcel su ejercicio por parte de personas no pertenecientes al gremio, tal como dispone el artículo 315 del Código Penal.

Este tipo de medidas garantizan, añadiendo las que fueron mencionadas anteriormente, que el discurso se mantenga en un grupo cerrado de personas, y la razón de esto es muy obvio. El conocimiento del Derecho en una sociedad tan normativizada conlleva un poder considerable, aún más cuando se limita este conocimiento al resto de la sociedad, para de esta forma monopolizar el saber jurídico. El último rol no propiamente discursivo que propone analizar el autor, es la posible posición de deseo que tiene el discurso en particular, esto en otras palabras sería: qué representa el discurso simbólicamente al colectivo social, y por qué esto es un deseo, o sea, cómo se vuelve un instrumento para obtener algún tipo de satisfacción existencial. Foucault desarrolla el caso de la Medicina, y como esta representa una posibilidad de lucha contra la mortalidad humana. El Derecho en su concepción más abstracta simboliza la aspiración de justicia, orden y control social, esto ya que son las normas mediante las cuales se le ordenará a un grupo humano como llevar a cabo su convivencia grupal y resolver sus disputas. En un escenario hipotético donde

únicamente existe una persona, no habría sentido de un sistema jurídico puesto que este individuo regiría sus acciones por su ética personal.

Los sistemas jurídicos únicamente se generan y desarrollan cuando existe una comunidad de personas cohabitando un mismo espacio, cuyos intereses y necesidades inevitablemente llegaran a chocar. Siendo este el caso, el Derecho representa ese interés de manejar y administrar la vida de esta comunidad de una manera determinada, es el deseo de poder, pero de una manera organizada¹⁵⁸.

*“Una formación discursiva puede individualizarse si se puede definir el sistema de formación de las distintas estrategias que se utilizan en su interior; en otras palabras, si se puede encontrar un origen común entre ellas (las estrategias discursivas) de un mismo grupo de relaciones discursivas”*¹⁵⁹. En esta expresión Foucault se refiere a como las estrategias no son fenómenos extraños o poco comunes de los discursos, tampoco son algo externo a ellos. Para el autor las estrategias son una característica intrínseca a la existencia del discurso mismo, por lo que a través del estudio de uno se puede entender mejor al otro por su íntima relación.

“Debe notarse que las estrategias aquí estudiadas no son previas al discurso, pero provienen de una decisión silenciosa que es preliminar y fundamental. Todos estos grupos de discursos no son la expresión de una cosmovisión que se ha acuñado en un conjunto de palabras, ni en el hipócrita traslado de un interés pretendiendo ser una teoría (...) si uno los cuestiona en el nivel de su existencia, su unidad, su permanencia, y sus transformaciones, pueden ser vistas como una suma de varios factores. Al contrario, estos factores pueden ser descritos como maneras sistemáticas de tratar objetos discursivos (al delimitarlos, reagruparlos, separarlos, unirlos y generar nuevos vínculos entre ellos), de manipularlos como enunciados (escogerlos, colocarlos, constituir series,

¹⁵⁸ Ibid. Páginas 67-68.

¹⁵⁹ Ibid. Página 68. *“A discursive formation will be individualized if one can define the system of formation of the different strategies that are deployed in it; in other words, if one can show how they all derive (in spite of their sometimes extreme diversity, and in spite of their dispersion in time) from the same set of relations.”* Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

componerlos en unidades retóricas más grandes), disponer los conceptos (darles reglas para su uso, insertarlos en coherencias regionales, y de esta forma constituir arquitecturas conceptuales). Estas opciones no son semillas del discurso (en las cuales los discursos son determinados desde un inicio y pre configurados de una manera microscópica); son formas reguladas (y describibles de esta forma) de practicar las posibilidades de un discurso”¹⁶⁰.

Con todo lo desarrollado hasta este punto por Foucault se establece en resumen lo siguiente sobre el Derecho: No es un conocimiento objetivo, las respuestas que se ofrecen a los distintos problemas sociales no son “descubiertas” por los juristas, es un discurso creado por los mismos sujetos que lo hablan. Esto implica que aquello que se presenta como verdades por los análisis jurídicos, son construcciones realizadas sobre distintos factores como las coyunturas políticas y económicas del momento en específico, las prácticas discursivas alrededor del análisis, y hasta los intereses concretos de los sujetos parlantes. La importancia de esto no es deslegitimar el

¹⁶⁰ *Ibíd.* Páginas 69-70. “It should be noted that the strategies thus described are not rooted, anterior to discourse, in the silent depths of a choice that is both preliminary and fundamental. All these groups of discourses that are to be described are not the expression of a world-view that has been coined in the form of words, nor the hypocritical translation of an interest masquerading under the pretext of a theory: the Natural History of the Classical period is more than a confrontation, in the limbo that precedes manifest history, between a (Linnaean) view of a static, ordered, compartmented universe that is subjected from its very beginnings to the classificatory table, and the still confused perception of a nature that is the heir to time, with all the weight of its accidents, and open to the possibility of an evolution; similarly, the Analysis of Wealth is more than the conflict of interest between a bourgeoisie that has become a land-owning class, expressing its economic or political demands through the Physiocrats, and a commercial bourgeoisie that demands protectionist or liberal measures through the Utilitarians. Neither the Analysis of Wealth, nor Natural History, if one questions them at the level of their existence, their unity, their permanence, and their transformations, may be regarded as the sum of these various options. On the contrary, these options must be described as systematically different ways of treating objects of discourse (of delimiting them, regrouping or separating them, linking them together and making them derive from one another), of arranging forms of enunciation (of choosing them, placing them, constituting series, composing them into great rhetorical unities), of manipulating concepts (of giving them rules for their use, inserting them into regional coherences, and thus constituting conceptual architectures). These options are not seeds of discourse (in which discourses are determined in advance and prefigured in a quasi-microscopic form); they are regulated ways (and describable as such) of practicing the possibilities of discourse.” Traducción por el estudiante Alberto Salas Salinas.

proceso creativo de los discursos por no ser objetivos, sino más bien comprenderlos en su subjetividad como productos humanos y todo lo que esto conlleva.

La verdad y el conocimiento en el discurso del Derecho deja de ser un tema de ontología, y se transforma en una discusión de reconocimiento interno y de validez sistémica, puesto que verdad será lo que en el momento en específico los sujetos parlantes decidan qué es. La verdad para Michel Foucault se convierte en un asunto de voluntad y poder estructural, pero que trata de ocultarse con el aura de misticismo de la objetividad.

B. Poder/Conocimiento.

Algunos autores¹⁶¹, influenciados por Foucault, distinguen dos períodos en su pensamiento: el primero antes de 1970 cuya primordial fuente de estudio era su tesis sobre la locura, dentro de esta fase encontramos algunas de sus principales y mejores conocidas obras como “El Nacimiento de la Clínica”, “Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas”, “Historia de la locura en la época clásica” y cuya última obra sería “Arqueología del Conocimiento”, libro analizado en el anterior acápite de la presente investigación.

La segunda etapa del pensamiento de Foucault empieza a partir de su nombramiento como profesor catedrático de Historia de los Sistemas de Pensamiento, en la prestigiada universidad “Collège de France”, etapa en la cual su pensamiento se diversifica en una multitud de temas, pero predominantemente, y presente en toda su bibliografía, se encuentra la “genealogía del poder” y la relación de dicho poder con los discursos dentro de un cuerpo social. En la presente sección de la investigación se desarrollará, como se indicó, las ramificaciones e interacciones del poder dentro del cuerpo social para promulgar y establecer una determinada concepción de “verdad” dentro del mismo, así como las relaciones de dicha lucha de fuerzas con los cuerpos de conocimiento, y los métodos de legitimación de las narrativas resultantes.

Michel Foucault se dio a conocer en un contexto histórico en el cuál la mayoría de los intelectuales coterráneos se adherían al pensamiento marxista, no obstante él se mostraba ambivalente y crítico de algunas de las posturas en el seno de dicho pensamiento, como por ejemplo se negaba a considerar el marxismo como una “ciencia” cuestión que se desarrollará más adelante.

¹⁶¹ Gros, Frederic. “Introducción a la filosofía de Michel Foucault. Michel Foucault, una filosofía de la verdad.” <http://1libertaire.free.fr/IntroPhiloFoucault.html> Consultado el 10 de noviembre de 2018.

Esto es importante mencionar ya que bien se podría dar a entender que el autor tenía una agenda política específica de izquierda; tomando en consideración los eventos que habían sucedido en Francia durante la mayor parte de su desarrollo como teórico, eran contestaciones a la ideología liberal imperante en la sociedad francesa. Este apogeo se dio en las manifestaciones de mayo de 1968, época que influyó bastante en el trabajo del autor y el cual se le reconoce en parte como un “líder del espíritu de mayo 68”¹⁶². No obstante, el pensamiento crítico del autor le permitió mantenerse neutral en todo espectro político.

Por otra parte, para continuar con la presente investigación es imperativo, en un primer lugar, estudiar uno de los temas principales en el pensamiento del filósofo francés, “el poder”, y para dicho desarrollo se estima conveniente comenzar por lo que Foucault expuso como la “Genealogía del Poder”. Esto es pertinente al tema de la presente investigación, ya que para este autor la verdad y el poder son inseparables.

Para dicho propósito el autor indicó lo siguiente como su definición del término “Genealogía”:

*“Démosle al término genealogía a la unión de conocimientos eruditos y memorias locales que nos permiten establecer un conocimiento histórico de conflictos y hacer uso de dichos conocimientos de forma táctica en el presente. [...] [Este concepto] no tiene nada que ver con la descalificación de la dimensión especulativa a la cual se oponen, en nombre de una especie de cientifismo, el rigor de bases de conocimiento bien establecidas”*¹⁶³.

¹⁶² “Murió Michel Foucault, uno de los principales protagonistas de la corriente estructuralista del pensamiento francés” Periódico El País. Madrid, 26 Junio 1984. Recuperado de https://elpais.com/diario/1984/06/26/cultura/457048801_850215.html accedido el 29 de setiembre del 2018.

¹⁶³ Clase del 7 de enero de 1976 compilada en Foucault, Michel. Power / Knowledge. Vintage Books, Primera edición. Nueva York, 1980. Página 83. “let us give the term genealogy to the union of erudite knowledge and local memories which allows us to establish a historical knowledge of struggles and to make use of this knowledge tactically today. [...] [this concept] It has nothing at all to do with a disqualification of the speculative dimension which opposes to it, in the name of some kind of scientism the rigour of well-established knowledges.” Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

Lo que pretende Michel Foucault con esta definición es principalmente alejarse de cualquier semblanza con algún tipo de “ciencia”, concepto que ha sido el blanco de muchas críticas dentro de la bibliografía del autor en estudio. Para él, el concepto de genealogía *“reclama atención a los conocimientos locales, discontinuos, descalificados e ilegítimos contra los reclamos de un cuerpo unitario de teoría que filtra, jerarquiza y los ordena en el nombre de un verdadero conocimiento y una idea arbitraria de lo que constituye una ciencia y sus objetos. Las genealogías, por lo tanto, no son resultados positivos de una forma muy cuidadosa o exacta de ciencia. Ellos son precisamente anti-ciencias”*¹⁶⁴.

Cabe señalar que Foucault, en ningún momento, defiende la ignorancia o la negligencia, sino que su intención es desestimar el hecho de que la ciencia ofrezca un nivel de certeza absoluto, ya que como bien señala, esta clasifica ciertos conocimientos, así como desestima otros de forma conveniente a sus objetivos. Así como llamar la atención y tomar en cuenta saberes normalmente calificados como “populares” que serían descartados ya sea por su origen o por la falta de un método estricto positivo - estandarizante. Además de otros argumentos que serán analizados más adelante en el presente capítulo. No obstante, es importante adelantar, lo que el filósofo alemán Hans Albert había señalado frente a la necesidad de *idealizar* el Derecho como una *ciencia real*, y la dificultad que debe superar dicha disciplina para considerarse como una.

“[...] existe una dificultad aún mayor con la cual deben enfrentarse las disciplinas normativas del tipo indicado, me refiero al hecho de que ellas, a diferencia de las ciencias reales, no pueden orientarse sin más a la idea de la verdad, [...] La ciencia jurídica no produciría, según lo expuesto, conocimientos [susceptibles de falsación científica], sino

¹⁶⁴ Foucault, Michel. Power / Knowledge. *Op cit.* Página 83.

tan sólo proposiciones jurídicas cuya vigencia pende directamente de su reconocimiento por parte de los operadores prácticos del Derecho"¹⁶⁵.

Regresando al filósofo francés, la genealogía no debería ocuparse de descalificar tipos de conocimiento simplemente por su origen o denominación, sino más bien abarcar todo tipo de conocimientos independientemente del origen de estos incluyendo los contradictorios y discontinuos.

*"La historia de las ciencias no es la historia de lo verdadero, de su lenta epifanía; no se puede pretender contar el descubrimiento progresivo de una verdad inscrita perpetuamente en las cosas o en la conciencia, [...] sin embargo, la historia de las ciencias no es una pura y simple historia de las ideas y de las condiciones en las cuáles estas aparecieron antes de desvanecerse. No se puede, en la historia de las ciencias, darse la verdad como adquirida. Pero tampoco podemos hacer una economía de relaciones de lo verdadero o de lo opuesto a lo verdadero y de lo falso. Es en este orden de referencias de lo verdadero y lo falso que se da a esta historia su especificidad y su importancia. ¿Bajo cual forma? Conceptualizando una forma de hacer historia como "discursos verídicos", es decir discursos que se rectifiquen, se corrijan y que operen sobre ellos mismo, una labor finalizada por <decir verdadero>"*¹⁶⁶.

Asimismo, el poder se origina en este mismo ambiente, es en la lucha de fuerzas por parte de los conocimientos locales, donde unos se establecen sobre otros. Más adelante se desarrollarán diversos conceptos de poder de los cuales el autor partió

¹⁶⁵ Albert, Hans. *"La ciencia del Derecho como ciencia real."* Traducción de Minor E. Salas. Distribuciones Fontamara, S.A. México D.F, México. 2007. Páginas 43-45.

¹⁶⁶ Foucault, Michel. *"Dichos y Escritos"* Tomo IV texto número 361 *"la vida: La experiencia y la ciencia"* consultado en <http://1libertaire.free.fr/MFoucault237.html> *"L'histoire des sciences n'est pas l'histoire du vrai, de sa lente épiphanie; elle ne saurait prétendre raconter la découverte progressive d'une vérité inscrite de toujours dans les choses ou dans l'intellect ... Et pourtant, l'histoire des sciences n'est pas une pure et simple histoire des idées et des conditions dans lesquelles elles sont apparues avant de s'effacer. On ne peut pas, dans l'histoire des sciences, se donner la vérité comme acquise, mais on ne peut pas non plus faire l'économie d'un rapport du vrai et à l'opposition du vrai et du faux. C'est cette référence à l'ordre du vrai et du faux qui donne à cette histoire sa spécificité et son importance. Sous quelle forme? En concevant qu'on a à faire l'histoire des <discours véridiques>, c'est-à-dire de discours qui se rectifient, se corrigent, et qui opèrent sur eux-mêmes tout un travail d'élaboration finalisée par la tâche de <dire vrai>."* Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

para realizar sus estudios, no obstante, una idea prevaleciente en toda su obra es la noción que el poder no se puede detentar, puesto que el mismo es una acción, solamente se hace manifiesto cuando se ejerce, a contrario un poder que no es ejercido sobre algo o alguien, ya sea de forma activa o pasiva no es poder, no existe un poder sin existir correlativamente una acción.

Una vez aclarada la anterior posición, se procederá a analizar uno de los temas principales que Foucault encomendó a desarrollar:

“¿Cuáles son las maquinaciones del poder, cuyas operaciones se extienden a diferentes niveles y sectores de la sociedad y poseen múltiples ramificaciones? ¿Cuáles son sus mecanismos, sus efectos y sus relaciones? [...] ¿Se puede deducir de la economía un análisis del poder o de los poderes?”¹⁶⁷

La relación entre el poder y la economía es de suma importancia para la obra de Michel Foucault, como corolario de la relación primordial de Poder-Conocimiento, y secundaria de Poder-Verdad, puesto que la economía, entendiendo esta como la ideología sobre la cual se distribuyen mejor los recursos dentro de una población, para satisfacer sus necesidades, juegan un rol trascendental al seno del poder político, como brevemente se mencionó la sección anterior, para Foucault dichos sujetos dictaminan los discursos que se van a calificar como “verídicos”. Especialmente, para el autor dicha relación tiene un impacto particular en el seno del Poder Judicial:

“No es mi intención abstraer de lo que son innumerables y enormes diferencias; sin embargo, a pesar de, e incluso a causa de dichas diferencias, considero que existen ciertos puntos en común entre el poder judicial y el, llamémoslo liberal, concepto de poder político (desarrollado en la filosofía del siglo dieciocho) [...] En el caso de la teoría jurídica clásica, el poder se toma como un derecho, el cual uno posee como una mercancía y el cual uno puede, como consecuencia, transferir o enajenar, ya sea total o

¹⁶⁷ Foucault, Michel. "Power/Knowledge." *Op cit.* Página 88.

*parcialmente, a través de un acto legal o a través de un acto que establezca un derecho, como es el caso de una cesión o un contrato. El poder es ese poder concreto que cada individuo posee y cuya cesión total o parcial permite que se establezca el poder político o la soberanía*¹⁶⁸.

Para Foucault el concepto liberal de “poder” que posee cada ciudadano tiene una naturaleza mercantil o por lo menos “transaccional” lo que implica su separación del individuo y que es utilizado como una mercancía cual moneda dentro de una economía, lo que llevó a Foucault a teorizar que dicha concepción de poder tiene una funcionalidad económica y revela la relación aparente entre el poder y la riqueza, puesto que desde dicha perspectiva ambos se consideran sinónimos.

Dicha concepción de “Poder” revela importantes características en un marco de estudio plenamente económico, especialmente revelando una conexión inseparable y consustancial, entre la economía y la política. Sin embargo, el estudio del poder en la obra del filósofo en estudio va más allá de una concepción mercantil, la cual muy fácilmente se puede equiparar a un estudio de distribución de riquezas. Más bien para Foucault el nexo entre el poder y la economía no se limita a la conservación y reproducción de las relaciones económicas, y por lo tanto, dicho vínculo que los une va más allá de cualquier método de distribución de recursos. Es por esta razón que su segundo análisis se da en una esfera externa a la económica.

Para esto, primero establece como axioma la afirmación que el poder por su naturaleza solamente existe cuando se ejerce. Por lo tanto el poder es una manifestación de fuerza ejercida mediante una acción con un propósito definido.¹⁶⁹ Foucault explora dos esquemas para el análisis de esta segunda concepción de “poder”, por un lado el que denomina “contrato-opresión” mediante el cual teorizaron los filósofos de la Ilustración, mediante la cual se establece un contrato social, que

¹⁶⁸ *Ibíd.* Página 88.

¹⁶⁹ *Ibíd.* Página 89.

representa el límite del poder ya que una vez que este trasgreda o incumpla las estipulaciones de dicho establecimiento, se incurre en opresión.

Mientras que el segundo esquema lo denomina “guerra-represión” el cual establece que *“las bases de las relaciones de poder yacen en el encuentro hostil de fuerzas”*¹⁷⁰. El mismo autor indica que dichas posturas no son excluyentes, puesto que en ambas se establece la dominación como consecuencia del uso abusivo del mismo.

Además, ambos esquemas de análisis se pueden tomar como dos caras de una misma moneda, puesto que los dos encuentran límites similares en cuanto a su uso desmesurado. Por un lado, el esquema de “contrato-opresión” se basa en la idea que las diversas fuerzas sociales se pueden sintetizar en un documento abstracto pero ordenado e inteligible derivado de la razón, como es el “contrato social”, mientras que el segundo, identifica las relaciones sociales como anárquicas y caóticas en su naturaleza, sin ninguna posibilidad de armonía lógica conmensurable, semejante a una campo de batalla o una guerra. Esta última es la posición de preferencia del autor en su análisis del poder.

*“Estas dos hipótesis no son irreconciliables; incluso parece que están ligadas de forma bastante convincente. Después de todo, la represión puede verse como la consecuencia política de la guerra, un tanto como la opresión, en la teoría clásica de Derecho Político, puede interpretarse como un abuso de la soberanía en el orden judicial”*¹⁷¹.

Parece evidente afirmar que en las sociedades modernas existe una conexión entre el poder y una determinada concepción de verdad. Sin embargo, los efectos de uno sobre el otro, qué tipo de poder puede inferir en los discursos de verdad y cuáles son los mecanismos que se implementan para mantener las relaciones entre estos dos conceptos, son algunos de los objetos puntuales de estudio de Michel Foucault. Es menester indicar que el poder va más allá de cualquier estructura institucional o

¹⁷⁰ *Ibíd.* Página 91.

¹⁷¹ *Ibíd.* Página 91.

ideológica creada para canalizar dicho dominio (es decir, las leyes o los aparatos represivos del Estado), y por lo tanto de acuerdo al autor francés, permite ocultar ciertas formas de subjetividades en pro de un ideal de justicia.

“La hipótesis que me gustaría formular es que en realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber, y por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la verdad”¹⁷².

Se encuentra una vez más dentro la obra de Foucault una diferenciación entre dos tipos de “verdades”, unas ligadas a las ciencias en sentido estricto y otras cuyo nivel de certeza es menos concreto. Puesto que el Derecho se involucra en las realidades humanas y su ejercicio se realiza a través de seres humanos, resulta razonable que el enfoque de la presente sección sea del segundo tipo de verdad. La denominada verdad exterior.

A diferencia de la verdad interior, la cual como se señaló anteriormente, posee normas de regulación exclusivas, la verdad exterior se rige por una multiplicidad de factores, comenzando primordialmente por su procedencia. Foucault echa mano del autor Friedrich Nietzsche en su análisis sobre la relación entre el agente de conocimiento y el objeto de estudio¹⁷³. Ambos plantean que el conocimiento en este aspecto resulta un invento, puesto que, ellos indican, no puede existir una relación entre el mundo y el sujeto cognoscente.

¹⁷² Foucault, Michel. *“La verdad y las formas jurídicas.”* Editorial Gedisa. Barcelona. 1974. Página 17.

¹⁷³ Sobre este autor cabe mencionar su obra: Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *“Sobre verdad y mentira en sentido extra moral, y otros fragmentos de filosofía del conocimiento.”* (Traducción Luis Manuel Valdés) Segunda edición. Tecnos. Madrid, España. 2012.

“Por cuanto el mismo Kant fue el primero en manifestar explícitamente que las condiciones de experiencia y del objeto de experiencia eran idénticas. Nietzsche piensa, por el contrario, que hay tanta diferencia entre el conocimiento y el mundo a conocer como existe entre el conocimiento y la naturaleza humana. Tenemos entonces una naturaleza humana, un mundo, y entre ambos algo que se llama conocimiento, no habiendo entre ellos ninguna afinidad, semejanza o incluso lazo de naturaleza”¹⁷⁴.

De esta forma Foucault da a entender que no existe un conocimiento completamente objetivo, puesto que no existe una continuidad o encadenamiento entre el objeto y el sujeto de conocimiento. Cualquier proceso de entendimiento se da en un contexto de relaciones de poder entre los datos proporcionados por los sentidos humanos y mediados o influenciados por los instintos. No obstante, cabe destacar que dichos instintos no verifican o validan de forma absoluta el proceso de conocimiento, sino que simplemente lo contextualizan.

“El conocimiento es el efecto de los instintos, es como un lance de suerte o el resultado de un largo compromiso. [...] Sin embargo, el conocimiento no se puede deducir analíticamente, según una especie de derivación natural. No es posible deducirlo necesariamente de los instintos. En el fondo no forma parte de la naturaleza humana, es la lucha, el combate, el resultado del combate y consecuentemente el producto del azar. El conocimiento no es instintivo, es contra-instintivo; e igualmente, no es natural, es contra-natural”¹⁷⁵.

Aparte de la falta de continuidad o derivación natural de la cosa al sujeto cognoscente, cualquier tipo de conocimiento se encuentra inherente en el acto de percepción, lo que el filósofo polaco Leszek Kolakowski denominó *“El mito en el problema del conocimiento”*. Esto implica que cualquier experiencia se da exclusivamente en el dominio de la percepción humana y por lo tanto no hay ningún fundamento o

¹⁷⁴ *Ibíd.* Página 23.

¹⁷⁵ *Ibíd.* Páginas 22-23.

experiencia “*extra-humana*” y por lo tanto enteramente *objetiva* sobre la cual basar cualquier tipo de conocimiento.

*“La filosofía, que no quiere reconocer el resultado de la crítica ejercida en el problema del conocimiento, se carga a sí misma con la tarea de formar mitos. [...] La observación de que el punto de vista solipsista es una opción lógicamente aceptable, pero culturalmente muerta, es seguramente correcta. Pero también está muerta la opción en favor de la razón común y científica, que apela al principio de experiencia, y desde ese fundamento rechaza toda respuesta a la cuestión, que supone una distinción entre conciencia y cosa previa a la situación perceptiva”*¹⁷⁶.

En el ámbito axiológico, Foucault se ubica dentro de una posición meta valorativa dualista. Esto por cuanto distingue de forma categórica la esfera de la naturaleza humana y los elementos de estudio, cuando señala que no existe un nexo causal entre la realidad y el saber humano, es decir, que cualquier intento por parte del agente de representar la realidad de forma completamente objetiva resulta inefable.

Los enunciados son entonces formas de no-cognotivismo, -el conocimiento es creado, no a partir de una base objetiva, sino a partir de las propias subjetividades del sujeto cognoscente-. Desde la perspectiva foucauniana la existencia de dichas proposiciones responde siempre a relaciones de poder dentro del mismo. Bajo esta concepción se pueden encontrar similitudes del pensamiento de Foucault con la rama de la axiología denominada subjetivista, puesto que el proceso de conocimiento se crea a partir del sujeto, además ambos comparten la crítica sobre la imposibilidad de lograr obtener un conocimiento absoluto.

“¿Significa esto que es ilegítimo evaluar las cosas y los fenómenos? Por cierto que no. Solo quiere decir que los juicios de valor son COGNOSCITIVAMENTE ilegítimos. Lo que puede decirse correctamente, es algo así: el objeto tiene tal o cual propiedad objetiva

¹⁷⁶ Kolakowski, Leszek. “*La presencia del mito*”. Traducción Gerardo Bolado. Ediciones Cátedra. Madrid, España. 1990. Página 27.

que despierta en mí tal o cual sensación. El juicio de valor objetiviza, pues, una relación subjetiva entre el que habla y un objeto, y hace de esta pseudo-objetividad un componente proposicional de una frase que adopta la forma de una proposición teórico-objetiva. Esto es ilegítimo.”¹⁷⁷

Sin embargo, a diferencia de los emotivistas, el resultado de los juicios de valor no son expresiones de sentimientos, sino el resultado de una lucha de fuerzas, bajo esta concepción podría atribuírsele el término de “dialéctico”, no obstante, no se puede ir más allá de diferenciar dichas relaciones unas como “verdaderas” y otras como “falsas”. Punto de diferenciación entre Foucault y la axiología con base dialéctica de Castilla Del Pino quién afirma:

“Una relación dialéctica es falsa cuando bloquea las posibilidades de hacer de los sujetos implicados en ella. Es verdadera cuando aumenta las posibilidades de hacer de los mismos. La relación dialécticamente falsa destruye; la relación dialécticamente verdadera construye. [...] Una ética o estética a la que se pretenda conferir categoría a-histórica, absoluta e intemporal, da cuenta del proceder anti-teórico doctrinario (dogmático) de quienes las sustentan, y en todo caso exige su interpretación mediante el recurso a la economía, sociología y psicología social e individual”¹⁷⁸.

Es en este contexto que se presenta las ideas de Foucault sobre sus teorías de verdad. Bajo negación de una verdad a-histórica, sino que creada, incluso inventada, por el sujeto de conocimiento, puesto que todo intento de aprender plenamente un objeto es en vano, ya que no existe una continuidad o un vínculo entre el objeto y el sujeto de conocimiento. Por lo tanto, la escogencia o la manifestación de la concepción foucauniana de la “verdad” no tienen como causa el conocimiento absoluto de los objetos, ni tampoco la externalización de estados de ánimo. Sino que son reflejo de mecanismos de poder impuesto a los miembros sociales. Cabe destacar que dichos

¹⁷⁷ Haba Müller, Enrique Pedro. *“Los juicios de Valor: Elementos Básicos de Axiología General.”* Op cit. Página 73.

¹⁷⁸ *Ibíd.* Páginas 81 – 82.

aparatos se encuentran diferenciados, unos que le aplican a una verdad interna, que como vimos anteriormente se le utilizan en la historia de las ciencias, mientras que los pertinentes al Derecho son del dominio de una “verdad externa”.

“Mi propósito es demostrar en estas conferencias cómo, de hecho, las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento sino aquello a través de lo cual se forman sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad. Sólo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios del saber, y las relaciones con la verdad”¹⁷⁹.

A partir de la anterior cita se puede extraer que, el contexto político y económico de un cuerpo social es la base principal de la cual se forman los sujetos de conocimiento y por lo tanto, es a partir de los axiomas afines y que permiten reforzar a dicho entorno social, que se construyen cuerpos de conocimiento calificados como “verdaderos”.

Para abarcar dicho estudio, en un primer tiempo se debe de desarrollar la concepción de “verdad” como efecto del poder. Dicho autor, en su aspecto más general, identifica que la lucha de fuerzas se vuelve arraigada dentro del sujeto de conocimiento, y en consecuencia, aceptado dentro del cuerpo social cuando produce algún objeto de conocimiento, ya sean estas formas de conocimiento, o inclusive un fomento de placeres, es decir, que se crea un discurso como consecuencia del ejercicio de un poder, a diferencia de otras concepciones más conservadoras en las cuales el poder únicamente se resume en su aspecto negativo de represión activa de acciones. En algunas instancias, el hecho establecer una única “verdad” es manifestación de un ejercicio de poder:

¹⁷⁹ Foucault, Michel. “La verdad y las formas jurídicas”. *Op cit.* Página32.

“De otra manera, nosotros somos sometidos a la Verdad, en el sentido en que es la Verdad que hace las leyes, la que produce el verdadero discurso la que, por lo menos parcialmente, decide, transmite y se extiende ella misma sobre los efectos del poder. Al final, somos juzgados, condenados, clasificados, determinados por nuestros compromisos, destinados a un cierto modo de vida o de muerte, en función de los verdaderos discursos que son los portadores de ciertos efectos específicos del poder”¹⁸⁰.

Dicha lucha de fuerzas, según el concepto foucauniano, va más allá de las estructuras clásicas institucionalizadas cuyo propósito es esencialmente distribuir el poder político. Razón por la cual se puede derivar que el aspecto punitivo del Estado no es sino una de las facetas en que se manifiesta dicho dominio. El ejercicio del poder incluso de forma indirecta, es decir evitando los medios violentos de la represión, para ser realmente efectivo hacia quienes va dirigido, lleva consigo una actividad productiva, cuya forma más compleja y la cuál ha sido objeto de estudio en las páginas anteriores se manifiesta como un discurso.

“El sistema de derechos, el dominio de la ley, son agentes permanentes en estas relaciones de dominación, estas técnicas polimorfas de subyugación. El derecho debería verse, creo yo, no en términos del establecimiento de una legitimidad, sino en términos de los métodos de subyugación que instigan”¹⁸¹.

En una primera instancia, Foucault se ocupa únicamente con los efectos finales del poder, es decir que no se preocupa por la legitimidad interna de las de las formas centrales del poder, es decir, las instituciones o las falazmente denominadas

¹⁸⁰ Foucault Michel, Power/Knowledge. Op cit. Página 94. *“In another way, we are also subjected to truth in the sense in which it is truth that makes the laws, that produces the true discourse which, at least partially, decides, transmits and itself extends upon the effects of power. In the end, we are judged, condemned, classified, determined in our undertakings, destined to a certain mode of living or dying, as a function of the true discourses which are the bearers of the specific effects of power.”* Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

¹⁸¹ *Ibíd.* Página 96. *“The system of right, the domain of the law, are permanent agents of these relations of domination, these polymorphous techniques of subjugation. Right should be viewed, I believe, not in terms of a legitimacy to be established, but in terms of the methods of subjugation that it instigates.”* Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

“naturalezas jurídicas” de ciertos conceptos del Derecho. Por lo que el poder se analiza en sus efectos prácticos y finales sobre todo en los sujetos en los cuales dicha lucha de fuerzas se va a manifestar y reproducir. Asimismo, como derivación de lo anterior, el autor francés tampoco se puede limitar a figuras individuales de poder, sino a los efectos del mismo dentro de un cuerpo social.

“Ahora bien, en vez de preocuparme sobre el problema del espíritu central, creo que debemos intentar el estudio de la miríada de cuerpos que constituyen como sujetos periféricos como resultado de los efectos del poder”¹⁸².

Como tercer punto aclaratorio, deducido de lo anterior, se entiende que los individuos particulares de una sociedad sirven como vehículos del poder. *“El poder debe ser analizado como algo que circula, o más bien como algo que funciona como una cadena”¹⁸³.* Lo que implica una concatenación, es decir un orden o camino por el cual el poder se desplaza con la finalidad de afectar a la mayoría del cuerpo social posible. El poder se constituye entonces como una especie de red, en la cual el individuo sea consciente o no de su actuar, juega un rol en su articulación y expansión.

Como consecuencia de dicho desplazamiento del poder, y de su distribución compleja en cadenas o en forma de red, normalmente se deriva que dicha distribución es uniforme. Sin embargo, Foucault destaca que ese no es el caso, el poder no se distribuye de forma democrática o incluso anárquicamente sino que se ejerce en la persecución de una finalidad, por lo que la repartición de dicho poder se divide en proporción a la utilidad de dichos vehículos, los individuos, a la consecución de dicho fin. Propósito que es cambiante, razón por la cual el filósofo francés se decanta por una visión histórica para el estudio de dichas relaciones, por lo que su cuarta

¹⁸² *Ibíd.* Página 98. *“Well rather than worry about the problem of the central spirit. I believe that we must attempt to study the myriad of bodies which are constituted as peripheral subjects as a result of the effects of power.”* Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

¹⁸³ *Ibíd.* Página 98. *“Power must be analyzed as something which circulates, or rather as something which only functions as the form of a chain.”* Traducción libre del estudiante Luis Diego Weisleder Sorto.

delimitación yace como cualquier en derecho en el estudio del contexto histórico en que se enmarca el poder.

“Necesitamos ver como estos mecanismos de poder, en un momento determinado, en una coyuntura precisa y sin lugar a dudas por un cierto número de transformaciones, empiezan a convertirse como ventajosas económicamente y políticamente útiles. [...] Solamente si comprendemos estas técnicas del poder y demostramos las ventajas económicas y la utilidad política que se derivan de ellas en dado contexto por razones específicas, es que podemos entender como estos mecanismos se incorporan efectivamente en el cuerpo social”¹⁸⁴.

Por supuesto que en el caso de toda legislación, se deben analizar los contextos históricos y políticos para la correcta comprensión y análisis del texto promulgado. Sin embargo, esto debe verse como una primera instancia, la capa más superficial y en aras de contextualizar un estudio más incisivo sobre las relaciones del poder.

Como última acotación, Foucault intenta separarse de cualquier ideología en su estudio. Si bien reconoce que en parte la ideología tiene un papel importante en la creación de los mecanismos de poder, no se agota en esta misma. Los verdaderos aparatos de control, los que modifican y establecen el conocimiento son instrumentales y en consecuencia carentes de ideología.

“Es la producción de instrumentos efectivos para la formación y acumulación de conocimientos – métodos de observación, técnicas de registro, procesos para la investigación y estudio, aparatos de control. Todo esto significa que el poder, cuando es

¹⁸⁴ *Ibíd.* Página 101. “We need to see how these mechanisms of power, at a given moment, in a precise conjuncture and by means of a certain number of transformations, have begun to become economically advantageous and politically useful [...] It is only if we grasp these techniques of power and demonstrate the economic advantages or political utility that derives from them in a given context for specific reasons, that we can understand how these mechanisms come to be effectively incorporated into the social whole” Traducción libre de Luis Diego Weisleder Sorto.

*ejercido a través de estos mecanismos sutiles, no puede sino evolucionar, organizar y poner en circulación un conocimiento, o más bien aparatos de conocimiento [...]”*¹⁸⁵.

Después de expuesto lo anterior, cabe introducir el propósito y el aspecto dominante del proceso judicial. Puesto que el mismo, representa un mecanismo de control e impone un conocimiento, una narrativa, la cual es definitiva para las partes involucradas.

Como conclusión, de acuerdo con las teorías de Foucault, al no existir una continuidad o lazo de unión entre la naturaleza y el ser humano, a este último le es imposible un conocimiento objetivo, es decir, enteramente libre de subjetividades, razón por la cual sus acciones no pueden responder a una realidad ecuánime, sino que su causa subyace en factores políticos y económicos, para el autor francés dicho accionar reproduce una relación de poder.

Asimismo, la falta de una verdad absoluta y atemporal permite afirmar que el proceso judicial, como concepto teórico, es un mecanismo de control que funge como método y técnica de administración de poder, uno de sus propósitos es formar, determinar y dictar una verdad externa, a través del uso de dinámicas intrínsecas, como por ejemplo la utilización de sujetos procesales como vehículos del poder, con la principal intención de dominar a las partes interesadas.

Ahora bien, una vez entendido el concepto de poder dentro de la filosofía de Michel Foucault, se puede pasar al análisis de la relación subyacente entre el poder y el conocimiento y accesoriamente entre el poder y la verdad, y cómo estos impactan e influyen el cuerpo social. Anteriormente, se reveló como de cierta forma hablar de una “verdad” deriva en un ejercicio de poder, algo que como se desarrollará

¹⁸⁵ *Ibid.* Página 102. “*It is the production of effective instruments for the formation and accumulation of knowledge – methods of observation, techniques of registration, procedures for investigation and research, apparatuses of control. All this means that power, when it is exercised through these subtle mechanisms, cannot but evolve, organise and put into circulation a knowledge, or rather apparatuses of knowledge [...]”* Traducción libre de Luis Diego Weisleder Sorto.

posteriormente, se logra “legitimar” a través de diversas técnicas, una de ellas la retórico-persuasiva de asemejar el derecho con una denominada “ciencia jurídica” con la finalidad de atribuir por equivalencia los mismos criterios teóricos de certeza similares a los de las matemáticas o de la física.

“No hay nada más intolerante que la verdad. Todo lo que se opone es calificado de error, y condenado sin piedad. Quienes se creen portadores de la verdad absoluta se sienten en el deber de ser fanáticos. La verdad es una y no tolera oposición. Es pervertir la noción de verdad el admitir una pluralidad de verdades. Por lo demás, la palabra “verdad” pertenece a la clase de aquellas [...] que poseen una coloración emotiva que predispone, favorable o desfavorablemente, a lo que ellas designan, antes mismo de haber sido fijado el sentido preciso que el autor le acuerda. Estas nociones sirven de instrumentos de acción social, donde se utiliza su sentido emotivo, triturando su sentido conceptual según las necesidades de la causa”¹⁸⁶.

Para ilustrar su pensamiento, Foucault echa mano de la tragedia griega *Edipo Rey* para ejemplificar sus teorías sobre las relaciones entre el poder, el conocimiento, y las estructuras socio-económicas y políticas que dentro de un contexto jurídico, producen un discurso denominado “verdadero”.

“La tragedia de Edipo es, por lo tanto, la historia de una investigación de la verdad: es un procedimiento de investigación de la verdad que obedece exactamente a las prácticas judiciales griegas de esa época. Por esta razón, el primer problema que se nos plantea es el de saber en qué consistía la investigación judicial de la verdad en la Grecia arcaica”¹⁸⁷.

Para la mejor comprensión de las ideas de Foucault, se procederá a realizar un resumen sucinto de la historia de Edipo Rey. La tragedia griega escrita por Sófocles cuenta la historia de Edipo, hijo de los reyes Layo y Yocasta de Tebas, mientras que el

¹⁸⁶ Haba Müller, Enrique Pedro, *“Los juicios de Valor: Elementos Básicos de Axiología General.” Op cit. Página 309.*

¹⁸⁷ Foucault, Michel, *“Las formas jurídicas y la verdad.” Op cit. Página 39.*

heredero al trono era todavía un infante, el oráculo de Delfos advirtió a sus padres que el destino de su hijo era matar a su padre y casarse con su madre. Razón por la cual el rey Layo ordenó que mataran a su primogénito, no obstante el encargado decidió mutilarle los pies y exiliarlo con una familia de pastores.

Años después, Edipo le consultaría su suerte al mismo Oráculo de Delfos, quién le repetiría la misma profecía, motivo por el cual Edipo abandonaría su hogar adoptivo con la intención de evitar cumplir con la predicción. Sin embargo, en su nuevo exilio logró de forma inconsciente cumplir con la profecía, ya que terminaría matando a su verdadero padre y casándose con su madre biológica, proclamándose el nuevo rey de Tebas.

Acto seguido, una maldición cayó sobre su reino y la causa de dicha plaga, era el asesinato impune del rey Layo. Una vez realizadas las investigaciones del caso se descubrió lo que había sucedido, por lo que Yocasta decidió suicidarse mientras que Edipo recurrió a auto-mutilarse sacándose los ojos.

Profundizando en el análisis de la obra literaria, Foucault señala que la principal motivación para Edipo en su accionar es la detención de su poder:

“La importancia de la temática del poder se pone de relieve si recorremos el curso de la obra: durante toda la pieza lo que está en cuestión es esencialmente el poder de Edipo y es esto mismo lo que hace que éste se sienta amenazado.

[...]

Para Edipo entonces, la solución del problema es una condición necesaria para conservar su poder y cuando comienza a sentirse amenazado por las respuestas que surgen a su vuelta, cuando el oráculo lo nombra y el adivino dice de manera más clara aún que él es el culpable, Edipo, sin invocar su inocencia, comenta a Tiresias: <Tú deseas mi poder; has armado una conspiración contra mí para privarme de mi poder>”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ *Ibíd.* Páginas 49-50.

Se puede colegir de lo anterior, tomando a Edipo como metáfora de las instituciones judiciales, las cuales tienen como principal objetivo evitar el escape de su poder a través del ejercicio del mismo, es decir, que los tribunales tienen la obligación de ejercer su dominación sobre los sujetos so pena de perder dicha potestad.

Asimismo, Foucault desarrolla los orígenes del poder de Edipo, al igual que los Jueces de la República, parte de dicho poder viene del conocimiento, en el caso de estos últimos sobre la legislación y jurisprudencia costarricense, incluso se encuentra cristalizado en el principio de derecho procesal ya mencionado, “Iura novit curia” o “el juez conoce el derecho”. De igual manera, Edipo deriva su poder del conocimiento especial que posee, con el cual logró derrotar a la esfinge que aterrorizaba Tebas para proclamarse rey.

“Este personaje del tirano [Edipo] no sólo se caracteriza por el poder sino también por cierto tipo de saber. El tirano griego no era simplemente quien tomaba el poder; si se adueñaba de él era porque detentaba o hacía valer el hecho de detentar un saber superior, en cuanto a su eficacia, al de los demás. Este es precisamente el caso de Edipo. Edipo es quién consiguió resolver por su pensamiento, su saber, el famoso enigma de la esfinge [...]

Quisiera mostrar que en realidad Edipo representa en la obra de Sófocles un cierto tipo de lo que yo llamaría saber-y-poder, poder-y-saber. Y porque ejerce un poder tiránico y solitario –desviado tanto del oráculo de los dioses que no quiere oír como de los que dice y quiere el pueblo- en su afán de poder y saber, de gobernar descubriendo por sí solo, encuentra en última instancia los testimonios de quienes vieron”¹⁸⁹.

Se deriva de lo anterior el carácter fundamental del conocimiento técnico en la legitimación, pero al mismo tiempo, la necesidad de jerarquizar e imponer una versión “legítima” apoyada por las fuerzas políticas sobre los saberes “populares”. Una

¹⁸⁹ *Ibíd.* Páginas 54-56.

razón histórica para dicho vínculo entre poder político y conocimiento lo señala Foucault en la figura de los reyes asirios.

*“En las sociedades indoeuropeas del Oriente mediterráneo, a finales del segundo y comienzos del primer milenio, el poder político detentaba siempre cierto tipo de saber. El rey y quienes lo rodeaban administraban un saber que no podía y no debía ser comunicado a los demás grupos sociales, por el solo hecho de detentar el poder. **Saber y poder eran exactamente correspondientes, correlativos, superpuestos.** No podía haber saber sin poder, y no podía haber poder político que no supiera a su vez cierto saber especial”*¹⁹⁰. (El resaltado no es del original)

El filósofo francés demuestra así, bajo dicha figura metafórica la unión entre el poder y el saber, entre la verdad y la autoridad política. Y por lo tanto, una vez que ambas se combinan resultan en la transformación del cuerpo social, así como surgen mecanismos por parte de los vehículos del poder para asegurar su permanencia en dicha posición de privilegio. Como se demostró en el primer capítulo de la presente investigación, el lenguaje jurídico posee una ambigüedad intrínseca, la cual es explotada por el juez en el ejercicio de sus potestades interpretativas.

*“Occidente será dominado por el gran mito de que la verdad nunca pertenece al poder político, de que el poder político es ciego, de que el verdadero saber es el que se posee cuando se está en contacto con los dioses o cuando recordamos las cosas, cuando miramos hacia el gran sol eterno o abrimos los ojos para observar lo que ha pasado”*¹⁹¹.

La sociedad moderna en su totalidad es moldeada por el poder cuya principal herramienta: el discurso, produce ciertos tipos de saberes que se encuentran en constante conflicto por superioridad, la que logre imponerse sobre todas las demás con el apoyo de la clase política será constituida como un auténtico “régimen de verdad”, el cual administrará y gobernará sobre las demás narrativas.

¹⁹⁰ Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas.” *Op cit.* Páginas 57-58.

¹⁹¹ *Ibíd.* Página 59.

A través de este complejo sistema de conflictos entre conocimientos es que Foucault visualiza las dinámicas sociales modernas. Al individuo, ya sea como vehículo de poder o como destinatario, se le presenta como parte de un cuerpo social, una realidad dictaminada por el discurso imperante en su contexto. Dicha realidad, reconocida por él como la verdad, se muestra como absoluta, lógica, perpetua y magnífica.

Sin embargo, dicha realidad no es sino una creación humana, sujeta a los mismos errores y las recurrentes subjetividades que caracterizan cualquier ser humano.

“Las instituciones en cuanto facticidades históricas y objetivas, se enfrentan al individuo, como hecho innegables. Las instituciones están ahí, fuera de él, persistentes en su realidad, quiéralo o no; no puede hacerlas desaparecer a su voluntad. Resisten a todo intento de cambio o evasión; ejercen sobre él un poder de coacción, tanto de por sí, por la fuerza pura de su facticidad [pues, de hecho, los demás actúan de ciertas maneras, adecuándose a los modelos sociales que constituyen dichas instituciones] como por medio de los mecanismos de control (sanciones, etc...) habitualmente anexos a las más importantes.

Tiene importancia retener que la objetividad del mundo institucional, por masiva que pueda parecerle al individuo, es una objetividad cuya producción y construcción son humanas. El proceso por el que los productos externalizados de la actividad humana alcanzan el carácter de objetividad se llama como vimos: objetivización. El mundo institucional es actividad humana objetivada, así como lo es cada institución de por sí. En otras palabras: a pesar de la objetividad que caracteriza al mundo social en la experiencia humana, no por eso él adquiere status ontológico”¹⁹².

¹⁹² Haba Müller, Enrique Pedro, “Los juicios de Valor: Elementos Básicos de Axiología General.” Op cit. Página 298.

En el seno del discurso jurídico y como manifestación de las luchas de fuerzas inherentes al mismo, encontramos ejemplificado uno de los mecanismos más eficaces para hacer aparente una narrativa sobre las demás. Es la esquematización de una denominada “ciencia jurídica” la que demuestra la jerarquización de saberes dentro de dicho campo de conocimiento.

Esta investigación considera que una forma muy eficaz de legitimar, entendiendo esto como el “*procedimiento en cuyo curso se asegura la justificación y reconocimiento de instituciones y dominio*”¹⁹³, un saber sobre los demás, es otorgándole atributos de “ciencia”. Para Foucault, la historia de las ciencias va de la mano con el ejercicio del poder sobre los diversos tipos de conocimiento y específicamente con aquellos que son imperantes en la sociedad, asimismo que ayuda a establecer una verdad única y perpetua. Como particular ejemplo de esto, se encuentra el debate científico en el seno de la doctrina jurídica, el mismo que Foucault denunciaría como un intento absurdo de legitimar y dominar un campo del saber sobre los demás.

Cabe aquí hacer una acotación muy importante para la presente investigación, si bien es cierto que la crítica de Michel Foucault hacia la historia de las ciencias es referida en parte a cualquier tipo de conocimiento científico, específicamente al campo de la medicina, la presente investigación solamente se enfocará en las denominadas ciencias humanas, dentro de las cuáles caben plenamente las ciencias sociales y primordialmente el Derecho, a veces referido como “*ciencia jurídica*”. No obstante, las observaciones de Foucault son igual de pertinentes e incisivas para las posturas modernas en la mayoría de campos académicos actuales y que se ven promulgadas y reflejadas en la reforma del 2015 al Código Procesal Civil.

Por lo tanto, en aras de delimitar y concretizar el pensamiento del filósofo francés así como de mantener la secuencia lógica de nuestras ideas, la investigación de marras distingue dos tipos de ciencias, como lo señala Pedro Haba: “*...Cabe mencionar dos*

¹⁹³ *Ibíd.* Página 311.

tipos –por lo menos– de ciencia: una en sentido estricto (<fuerte>) y otra en sentido amplio <débil>, según, respectivamente, que en ellas predominen métodos en sentido estricto o en sentido amplio. También suele llamárseles, respectivamente, ciencias <duras> y ciencias <blandas>. [...] Definiéndola en la forma más apretada, puede decirse que ciencia es: el saber teórico-sistemático, intersubjetivamente comunicable e intersubjetivamente controlable. Según que dicha intersubjetividad sea la fuerte o alguna más débil tendremos, respectivamente, ciencias en sentido estricto o en sentido amplio”¹⁹⁴.

Como se demostró en el primer capítulo, la falta de una intersubjetividad concreta así como la ausencia de métodos estrictos en la interpretación de las normas jurídicas, permiten afirmar indiscutiblemente que el derecho califica a lo sumo como una ciencia “blanda”. Entendiendo que al mismo cuerpo de conocimiento no se le puede aplicar satisfactoriamente, en las palabras de Pedro Haba, una metodología positivo-estandarizante, entendiendo esta como:

“[Se denomina] orientación metodológica positivo-estandarizante, pues cree poder obtener unas estrictas reglas científicas –credo cientifista- que permitan disponer de modelos fijos y seguros para lograr como <en serio> los resultados apetecidos. Digo positiva, porque indica cómo hacer; y estandarizante, porque este hacer lo somete a unas fórmulas estándar, “recetas” mediante las cuales se entiende poder asegurar el éxito de la empresa”¹⁹⁵.

Siendo que la realidad humana es cambiante y azarosa, cualquier intento de aplicar reglas ignora el hecho que en la práctica dichas clasificaciones pueden desconocer alguna parte esencial o parecer arbitraria frente a la multiplicidad de casos que caigan fuera de un marco rígido de conceptos y métodos.

¹⁹⁴ *Ibíd.* Página 204.

¹⁹⁵ *Ibíd.* Página 358.

La principal causa de la imposibilidad de aplicar dichas metodologías a los casos concretos responde ante todo a la ideología dominante durante el tiempo determinado en que se creó y promulgó una ley en específico. Como bien lo señala Pedro Haba:

“El derecho constituye, por excelencia, un factor que juega papel activo en la dinámica de las fuerzas sociales. Es el resultado de intereses; y reacciona, a su vez, sobre la manera en que estos o aquellos intereses son llevados a la práctica. Por ello, porque las soluciones jurídicas responden a cambiantes constelaciones de intereses, y también porque todo derecho es tributario de “ideologías”, que pueden ser más o menos contradictorias (en sí y entre sí)”¹⁹⁶.

Asimismo, como indicamos en el capítulo anterior algunos de los conceptos claves para la lingüística jurídica, los cuales son calificados por sus usuarios como pertenecientes al lenguaje técnico del Derecho, considerando estos como términos especializados y utilizados únicamente dentro del contexto de dicha rama en particular, padecen de definiciones multívocas y en ciertos casos con un contenido vacío, como resultado de una ideología en dominio cambiante, lo cual contrapone dicho campo de estudio con una ciencia en sentido estricto.

“Parece difícil que los protagonistas de dicha actividad logren jamás alcanzar a ceñir su razonamiento a criterios tan firmes como los de las ciencias propiamente dichas. Esto es, a criterios que no puedan, llegado el caso, ser flexionados en homenaje a ideas de “justicia”. A nadie se le ocurriría, en cambio, “flexionar” un principio matemático o la formulación de una ley de la naturaleza, por razones de tal índole”¹⁹⁷.

Por otra parte, es importante analizar una de las razones por las cuales se insiste calificar el Derecho como una “ciencia jurídica”. Uno de los efectos del hecho de

¹⁹⁶ Haba Müller, Enrique Pedro. “Ciencia Jurídica: ¿Qué ciencia? (El Derecho como ciencia: una cuestión de métodos.)”. Revista de Ciencias Jurídicas número 51. 1984. Página 33.

¹⁹⁷ *Ibíd.* Página 33.

nombrar un campo de conocimiento como “científico” es que conlleva una cierta connotación y status dentro de la comunidad académica.

Existe la noción de que el aporte de un conocimiento de dicha categoría es más valioso que el proveniente de un campo académico menos riguroso, por lo tanto la mera denominación de una investigación o de un aporte de tipo “científico” legitima y da la impresión de conllevar consigo la misma certeza que otros tipos de conocimientos con bases teóricas más consolidadas y cuyos conceptos fundamentales no son cuestionados con la frecuencia o con el éxito argumentativo que en otros ámbitos académicos.

Respecto a lo anterior, al asimilar un campo de conocimiento como “científico” se hace referencia ineludiblemente a órdenes de tipo objetivo y racional, un salto intelectual que es muy común, ya que dichos términos se utilizan de forma muy relacionada, llegando incluso a emplearse como sinónimos. Por ejemplo: *“Así, el conocimiento científico si es objetivo, estrictamente; no es científico si no es objetivo; el conocimiento científico es científico porque es objetivo; etc.”*¹⁹⁸ Independientemente de la definición, puesto que existen diversos modos de empleo de dichas palabras aceptados por la comunidad académica, lo importante destacar es que todos sus usos resultan en la consagración del campo de estudio como más provechoso que otros campos no científicos.

*“Además, con señalar [dicho concepto] se da a entender también, al menos de modo implícito, que tales características, justamente ellas -¡en vez de otras! – son muy valiosas, por lo cual se considera adecuado y lo más recomendable llevar a cabo ni más ni menos que ese tipo de discursos en las ocasiones pertinentes. Así queda rechazada, ad portas, la posibilidad de sustituir tal discurso por otras clases de “racionalidad” u “objetividad”, a diferencia de lo que surge de algunas definiciones distintas, ni tampoco se consiente dejarlo simplemente de lado”*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ *Ibíd.* Página 227.

¹⁹⁹ *Ibíd.* Página xxii.

Michel Foucault también se percató del uso corrompido del concepto de ciencia para campos de conocimiento que no necesariamente calzaban con dicha definición, por lo menos con una ciencia en sentido estricto. Así como la función del uso de dicha noción para acreditar a los ojos de pares académicos una nueva corriente de pensamiento. Al respecto del modelo marxista disputó:

“Es necesario cuestionarnos nuestras aspiraciones y la clase de poder que se presume acompaña dichas ciencias. Es claramente las siguientes clases de preguntas que se necesitan plantear: ¿Qué tipos de conocimientos quieren descalificar aquellos que afirman: “es una ciencia”? Qué sujetos discursivos parlantes – qué sujetos de conocimientos y experiencia – quieren “rebajar” cuando dicen: “¿Yo que llevo a cabo este discurso estoy realizando un discurso científico, y soy un científico”? ¿Qué avant garde teórico-político quieren instaurar con el fin de aislarlo de todas las formas de conocimiento discontinuas que le son cercanas? [...] Cuando los veo tratando de establecer la científicidad del Marxismo, yo no creo que están demostrando de forma definitiva que el Marxismo tiene una estructura racional y por lo tanto sus propuestas son el resultado de procesos verificables [intersubjetivamente]; para mí lo que están haciendo es algo completamente diferente, están revistiendo los discursos Marxistas y aquellos que lo sostienen con el efecto de un poder el cual la sociedad occidental desde la Edad Media le ha atribuido a la ciencia y lo ha reservado para aquellos que se dedican a discursos científicos”²⁰⁰.

No obstante, lo anterior, la noción de “ciencias jurídicas” ha tomado un papel preponderante en las instituciones y en la academia costarricense, a manera de ejemplo encontramos la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica y el Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico que tiene como principal

²⁰⁰ Foucault, Michel. *“Power / Knowledge” Op cit.* Página 85.

objetivo: “Fomentar en todos los órdenes el progreso **científico** del Derecho Procesal en sus distintas ramas jurídicas”²⁰¹. (El resaltado no es del original)

Instituto dentro del cual cabe destacar varios de los redactores de la reforma del 2015 al Código Procesal Civil, texto que se analizará más a fondo en el tercer capítulo de la presente investigación.

Por lo tanto, el empleo y la calificación de un trabajo como científico tiene también implicaciones que se pueden denominar como emotivas-persuasivas, las cuales se pueden derivar de los fenómenos inherentes al lenguaje, especialmente el de *Magia Verbal*, entendiendo este fenómeno como la idea de que las palabras o el lenguaje tiene un poder sobre la realidad, por cuanto denominar un campo de conocimiento como *científico* y al atribuirle ciertos *términos o métodos científicos* dicha materia gozará de la misma validez y prestigio que una ciencia exacta.

*“Una de las manifestaciones más frecuentes y trascendentes de la magia verbal en el pensamiento primitivo, pero, por supuesto, también en el lenguaje actual, consiste en considerar que se puede cambiar la realidad modificando simplemente el nombre de las cosas. Es decir, el poder sobre el mundo está dado por el poder sobre las palabras”*²⁰².

Asimismo, como se pudo observar en el estudio de la escuela de Sociología Jurídica Francesa, en menor grado, existe la nueva tendencia de realizar trabajos interdisciplinarios, con la finalidad así de aportar cierto tipo de sustento y cooperación teórica que a través de la introducción de nuevas perspectivas y metodologías resulten en la transmutación de ambas disciplinas para generar un conocimiento más intersubjetivamente controlable²⁰³. Un ejemplo de esta afirmación sería la siguiente propuesta: “¿Cómo hacemos para que la ciencia jurídica tenga estatus

²⁰¹ Página Oficial del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico <http://www.institutocdp.org/index.php/instituto/historia>. Consultado el 17 de setiembre del 2018.

²⁰² Salas Solís, Minor E. “Yo me engaño, tú te engañas, el se...” *Op cit.* Página 69.

²⁰³ Sobre las limitaciones de esta perspectiva es importante señalar la investigación de Salas Solís. Minor E. *Ibíd.* Especialmente el “Capítulo V: El Sofisma de la Interdisciplinariedad.”

de ciencia? Me parece que lo que ha sucedido es, siguiendo algunas de las definiciones de Kuhn, que ciencia es lo que se hace por una comunidad científica en términos regulares. Se han traído a cuento las tesis de Popper del falsacionismo, y consecuentemente, no se entiende que la ciencia jurídica tenga sus propios métodos de sistematización de su conocimiento y que no necesariamente deben ser valorados desde los enfoques o puntos de vista de las ciencias duras. [...] Esto podría resolverse cuando los creadores del derecho empiecen a vincularse con los profesionistas o con los analistas de otras profesiones, o a través del manejo de otro tipo de problemas y, consecuentemente, al fijarse un objetivo traten de encontrar vinculaciones a situaciones concretas que se estén enfrentando.[...] Me parece que una vez que se ha generado un conocimiento duro en cualquier ciencia, ese conocimiento suele tener derivaciones tecnológicas, que a su vez, tienen que formalizarse para regularse en sus condiciones de aplicación, en sus circunstancias de socialización”²⁰⁴.

Incluso en la jurisprudencia costarricense se pueden encontrar diversas situaciones en las cuales el término de “ciencia jurídica” se toma como sinónimo de Derecho.

*“El recurso de casación por el fondo no es formalista pero sí técnico. Consecuentemente no existe un combate técnico si el recurrente solo se limita a citar artículos, o transcribirlos. Por el contrario su obligación consiste en señalar en forma expresa, con la técnica propia de la **ciencia jurídica**, la violación infringida al ordenamiento en sus normas de fondo. La doctrina derivada de la jurisprudencia de la Sala se aparta del criterio de calificar al recurso de casación como formalista, según se ha dicho, pero ello no excluye la necesidad de cumplir con la técnica propia del sistema procesal”²⁰⁵. (El resaltado no es del original)*

A partir de lo anterior se puede evidenciar cómo denominar algún campo de conocimiento como ciencia dentro de varios grupos, incluso si solamente se utiliza

²⁰⁴ Cossio Díaz, José Ramón. “Derecho y ciencia” Editorial Tirant Lo Blanch México. México D.F. 2015. Páginas 20-21.

²⁰⁵ Sentencia número 46 de las 9 horas con 55 minutos del 21 de enero del 2000 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

como una ciencia en sentido amplio, se crea la concepción de que dicho campo es equivalente a una ciencia en sentido estricto, lo cual implica el nivel de certeza y seguridad que conllevan dichos saberes.

Es a partir de la jerarquización de saberes y su corolario de descarte al igual que de menosprecio de distintos puntos de vista en el seno de la genealogía del conocimiento, especialmente en la búsqueda de un discurso científico en las denominadas ciencias sociales, que Foucault parte en su análisis del poder. Principalmente, la relación entre la ideología económica imperante y los mecanismos de poder que legitiman ciertos tipos de discursos (sean estos “científicos” o “verdaderos”), mientras que desacreditan otros discursos, llamados por Foucault como “populares” por su origen.

El discurso científico cumple la doble función de jerarquizar los tipos de saberes y al mismo tiempo de descartar los menos acreditados, que al mismo tiempo son contrarios a las posiciones imperantes, permitiendo así consolidar una única “verdad” en la posición superior de la jerarquía, la cual se presenta como absoluta y perpetua a los individuos.

Para reiterar lo mencionado, Foucault concluye que la “verdad” es el resultado de una “economía política” del poder y la cual es caracterizada por cinco importantes rasgos²⁰⁶, los cuales han sido expuestos en la presente investigación.

El primero de dichos rasgos es la configuración de una forma “científica”, la cual como se desarrolló anteriormente, la mayoría de la doctrina moderna, incluyendo las instituciones que aplican las leyes. El derecho como forma de conocimiento pretende y aspira llegar a poseer el mismo nivel de certeza e intersubjetividad de cualquier otra “ciencia estricta”, no obstante, como se demostró en el primer capítulo no será nunca capaz de alcanzar.

²⁰⁶ Foucault, Michel. “Power/Knowledge” *Op cit.* Página 131.

El segundo atributo se refiere a que lo “verdadero” es sujeto de exhortación político-económica, siendo estos dos factores decisivos dentro de la “*exigencia por la verdad*”²⁰⁷ dentro del colectivo social al igual que la correlación entre la capacidad económica y el poder político. Siendo el objetivo de este último, proliferar su esfera de influencia o dominio.

La tercera propiedad es la difusión y consumo, la cual se da por fuentes empoderadas establecidas como las encargadas de la educación, esto en una primera instancia, y subalternamente por medios de comunicación masiva.

En cuarto lugar, Foucault llama la atención a la producción de lo verdadero dentro de los ámbitos con gran influencia económico y política como por ejemplo: los tribunales, pero también, la academia, y las facultades o cualquier autoridad con el suficiente poderío, para ejercer un auténtico control sobre los sujetos.

Y por último, lo verdadero es el resultado de una lucha de fuerzas entre conocimientos, mediante la cual una se impone sobre las demás, y por lo tanto, se constituye como imperativa.

En la primera parte se analizó a nivel lingüístico e interpretativo las problemáticas del juez que le surgen en nivel individual frente a la norma en específico. En este segundo capítulo se analizó a nivel estructural las relaciones de poder, sujeción y constante cambio. Uno de los principales intereses de Foucault era demostrar como todo discurso siempre responde a una intención, por lo que no es objetivo, en el sentido que busca moldear los pensamientos y el actuar humano en un contexto social. Además, de que el discurso como figura abstracta de estudio, no está terminado, sino que está en constante expansión y reinención. Esto lleva a la fabricación de la verdad dentro de un sistema discursivo que se valida a sí mismo, aun cuando se puede llegar

²⁰⁷ *Ibíd.* Página 131.

a contradecir a si mismo con el pasar del tiempo, pero que se encubre y trata de establecerse como una verdad absoluta y objetiva, libre de subjetividades.

Una vez desarrollados los dos capítulos anteriores, lo que prosigue es contextualizar las ideas y obras de Michel Foucault, y las problemáticas interpretativas, en el cuerpo normativo costarricense, específicamente en una de las reformas institucionales y administrativas más importantes a nivel judicial de las últimas décadas, es decir, la reforma al Código Procesal Civil del 2015.

CAPÍTULO III

Un análisis de la reforma al Código Procesal Civil del 2015 a la luz de la filosofía de Michel Foucault

En este capítulo final de la investigación, se desarrollará lo expuesto en los dos capítulos anteriores, en un ejemplo teórico de un proceso ordinario civil llevado a cabo mediante lo dispuesto en el Código Procesal Civil del 2015. En el capítulo primero se analizó la vaguedad de la norma, y toda la problemática que conlleva la interpretación que construyen los sujetos frente a ella. En el segundo capítulo se examinó la perspectiva del filósofo Michel Foucault respecto a la “verdad”, las relaciones de poder y como estos se manifestaban en el discurso jurídico como institución humana. Ahora se pretende exponer como se manifiestan estos fenómenos, de los dos capítulos anteriores, en los procesos judiciales, siendo este capítulo entonces la culminación de los objetivos de la presente investigación.

Para el ejemplo teórico del presente capítulo, siendo el procedimiento civil clásico por excelencia, se ha escogido el proceso ordinario. No sólo por ser el más completo en sus posibilidades para la interacción entre el Juez y las partes, sino porque los procedimientos ordinarios representan un grueso considerable de todos los casos civiles que se resuelven de manera diaria en los tribunales, ya que toda pretensión que no tenga una vía predeterminada, se resolverá a través de un proceso ordinario.

Este capítulo se dividirá en cuatro secciones para mantener un orden lógico. En la primera se hará una exposición del contexto social en el que se aprobó el Código Procesal Civil de 2015, y las nuevas figuras procesales que se introdujeron en el texto, las cuales permiten visualizar las relaciones de poder expuestas por Michel Foucault. En la segunda, se establecerán las bases del proceso que se desarrollará de ejemplo, las partes, las causas del conflicto y el marco legal base. En la tercera se mostrará la primera instancia procesal, los escritos de demanda y contestación, audiencias y

sentencia de primera instancia. La cuarta sería la etapa recursiva, donde se verá el proceso desde la sentencia de primera instancia, hasta la casación.

Será en la tercera y cuarta parte de este capítulo donde se demostrará los procesos de creación de verdades y el ejercicio de las relaciones de poder. La metodología será la siguiente, habrá dos tipos de narración en el ejemplo, aquella exclusivamente fáctica (no confundir con los elementos probatorios dentro del caso), en la cual, se desarrollarán los eventos procesalmente relevantes, por ejemplo, cuáles eran las pretensiones en la demanda, que dictó el Juez en una resolución, si se cumplió un plazo etc. Luego estará cuando se discuta las implicaciones filosóficas e interpretativas de los elementos facticos del caso y otros comentarios varios que son relevantes al tema tratado. Para una mayor facilidad de la persona lectora al momento de analizar la segunda, tercera y cuarta parte de este capítulo, se utilizará la fuente cursiva cuando se esté hablado de las facetas abstractas, sobre como en dicha resolución se puede ver un ejercicio de poder por parte del Juez, por ejemplo.

También se hace la aclaración de que el derecho de fondo, y los detalles del caso no serán temas relevantes para esta investigación. Esto en el sentido que lo que interesa serán aquellas facetas del proceso donde se demuestren la fabricación de verdad, las características discursivas y relaciones de poder, por lo que las particularidades del caso no serán incluidas en este capítulo. Poco provecho académico traería tener todo un expediente judicial como capítulo, desde las actas de notificación, hasta los aportes de timbres, por lo tanto, se enfocará en lo relevante para los objetivos planteados.

A. Surgimiento y características novedosas de la Reforma del 2015 al Código Procesal Civil.

Para realizar un análisis pormenorizado de la Reforma al Código Procesal Civil del 2015, de acuerdo con las ideas expuestas en el capítulo anterior del filósofo francés Michel Foucault, se debe primero desarrollar el contexto histórico y político en el cual dicho cuerpo legislativo tomó forma. Es imperativo preguntarse: ¿Cuáles, si existían, eran las necesidades reales para dicha Reforma? Así como: ¿Cuál era el estado político-social de la época para merecer la enmienda al proceso civil? Y finalmente ¿Constituye el nuevo texto normativo un cambio de paradigma o más bien las innovaciones se quedan cortas de lograr las metas establecidas?

Para responder la primera de estas interrogantes, se debe analizar la norma que en efecto fue derogada, precisamente en el Código Procesal Civil que rigió de 1990 hasta el 2018. Dicho texto normativo, a su vez reemplazó el llamado Código de Procedimientos Civiles de 1933, sobre los fines que el Código de 1990 tenía como objetivo cumplir, el historiador y abogado Jorge Francisco Sáenz Carbonell recuenta:

“Los cambios sociales y económicos, el avance de las comunicaciones y la saturación de los órganos judiciales por el aumento en la cantidad de litigios, así como la emisión de nuevos códigos en otras materias y el desarrollo de innovadoras corrientes procesalistas hicieron cada vez más indispensable la adopción de una legislación novedosa en el procedimiento civil [...].

El nuevo Código aspiraba a una reducción sustancial y una sistematización de los procesos civiles, con el propósito de garantizar mayor celeridad y eficiencia en la administración de justicia, así como a configurar un modelo de juez civil como director del procedimiento y establecer un tipo de proceso cercano al denominado proceso civil social”²⁰⁸.

²⁰⁸ Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *“Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica.”* Primera edición, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012. Página 345.

A partir de lo anterior se puede deducir que la celeridad y eficiencia eran los objetivos más prominentes en la administración de la justicia para el Código Procesal Civil de 1990. No obstante, desde la promulgación de dicha ley, se volvió evidente que dichos objetivos no iban a ser alcanzados de una forma satisfactoria. Únicamente ocho años después de la entrada en vigencia de dicho texto normativo, la Corte Suprema de Justicia “encargó al ex magistrado Ricardo Zeledón Zeledón, la elaboración de un esquema conceptual que sirviera para sustentar un anteproyecto de oralidad en los procesos civiles, laborales, de familia y agrarios”²⁰⁹. Dicha iniciativa sentó las bases de discusión y debate que a través del tiempo y a lo largo de muchas revisiones y cuantiosos cambios, resultaron en la ley de la República número 9342, mejor conocida como el actual Código Procesal Civil.

Dicho texto normativo retoma los mismos objetivos que su predecesor al establecer en su artículo 2.5 el principio de Impulso Procesal:

“Impulso procesal. Promovido el proceso, las partes deberán impulsarlo. Los tribunales adoptarán de oficio, con amplias facultades, todas las disposiciones necesarias para su avance y finalización. Por todos los medios se evitará la paralización y se impulsará el procedimiento con mayor celeridad posible. En todo caso, se aplicará el principio pro sententia”²¹⁰.

Mismo que se encuentra plasmado en el artículo 1 de la norma derogada cuando indica: *“Impulso procesal. El proceso civil se inicia con la demanda, pero se desarrolla por impulso oficial y por actividad de las partes. Los jueces serán responsables de cualquier demora, siempre que ello sea producto de su negligencia”.*

²⁰⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Dictamen Afirmativo de Mayoría: Código Procesal Civil, Originalmente denominado Código Procesal General y Ley de Oralidad para los procesos Agrarios y Civiles.” Expediente 15.979. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, 22 de abril de 2014. <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/15979%20dic2.pdf> accedido el 28 de noviembre del 2018. Página 2.

²¹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Código Procesal Civil. *Op cit.*

De lo anterior se puede destacar que ambos cuerpos legislativos establecen principios similares con el objetivo de cumplir y satisfacer dichas necesidades. Principalmente, lo estipulado en el artículo 41 de la Constitución Política abreviado en el aforismo: “justicia, pronta y cumplida”.

El desarrollo de los objetivos y finalidades del procedimiento civil en ambos textos legislativos es de suma importancia, ya que permiten a la vez comprobar las similitudes entre ambos. Asimismo, la delimitación clara de estos se consideran un requisito indispensable para reformas procesales, específicamente cuando el deseo de los que promueven dicha reforma es que esta sea efectiva y de amplio alcance²¹¹.

No obstante, por razones que serán expuestas, el Código derogado no cumplió con las expectativas depositadas en el mismo. Tan notorias fueron las carencias del antiguo Código que, como se dijo anteriormente, ocho años después de su promulgación, la Corte Plena se encontraba buscando un plan alternativo para subsanar las serias deficiencias que, de acuerdo con los reformistas, “poseía el texto”. Lo anterior es particularmente alarmante puesto que el Código de Procedimientos Civiles, tuvo una vigencia de varias décadas. El doctrinario Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, uno de los principales autores y propulsores del Código Procesal Civil de 1990, presagió de forma incorrecta:

“Si el a todas luces defectuoso de 1887 ha podido funcionar durante casi un siglo, no constituye ambición desmesurada aspirar a que el nuevo se aplique, por al menos, durante una cincuentena de años”²¹².

Pese a los esfuerzos por el Poder Judicial, y a los recursos invertidos en la implementación de la reforma, esta duró un total de 28 años como ley vigente de la

²¹¹ Uzelac, Alan. “Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems.” Volumen 34. Springer. Suiza. 2014. Página 5.

²¹² Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. “Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil Costarricense”, Revista Judicial, número 7, año 2, San José, Corte Suprema de Justicia, 1978, página 17.

República. La presente investigación considera que la duración en vigencia del anterior Código, si bien fue relativamente notable, no resulta lo suficientemente extensa para decretar que al final de dicho transcurso existió un evidente cambio social que volviera la ley obsoleta en su totalidad y ameritara una reforma integral. Tanto así que algunos de los mismos propulsores del Código de 1990, ayudaron en el proceso de redacción y promulgación del movimiento reformista. Esto en comparación, y en claro contraste, a la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, la cual posibilitó un cambio generacional completo y permaneció relevante incluso después de la guerra civil de 1948 y consecuente reforma constitucional de 1949.

Dentro de las carencias que presentó el Código Procesal Civil de 1990, el Dr. Jorge Alberto López González señaló lo siguiente:

“La realidad nacional costarricense, dejó patente que el Código Procesal Civil de 1990 no había rendido los frutos esperados, como consecuencia de la deficiente regulación, de problemas de organización judicial, de la falta un [sic] recurso humano más eficiente, de la falta de jueces y de la falta de preparación de los abogados para la función que les estaba encomendada”²¹³.

Cabe destacar que si bien el autor reconoce hubo una *“deficiente regulación”*, tanto el Código derogado como la reforma presentan similitudes en cuanto a su redacción, a parte del tema central del principio de impulso procesal anteriormente observado, encontramos dentro de las funciones del juez, articulados que se encuentran transcritos casi que literalmente en ambos cuerpos legales. Como, por ejemplo:

“Artículo 97: Poderes de ordenación e instrucción. El juez tendrá poderes de ordenación e instrucción para:

*1) Desechar cualquier solicitud o **articulación** que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.*

²¹³ López González, Jorge Alberto. *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el Nuevo Código. (Parte General.)* Editorial EdiNexo. Primera edición, San José, Costa Rica. 2017. Página 30.

[...]

Artículo 98. Deberes del Juez. Son deberes del juez:

*1) Dirigir el proceso y velar por su **rápida** solución.*

[...]

3) Sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la lealtad, la probidad y la buena fe, lo mismo que sancionar el fraude procesal". (El resaltado no es del original.)

Mientras que en la reforma encontramos reunidos en el mismo artículo lo siguiente:

"Artículo 5. Potestades del tribunal.

[...]

*2) Dirigir el proceso y velar por su **pronta** solución.*

*3) Desechar cualquier solicitud o **incidencia** que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.*

4) Aplicar el régimen disciplinario sobre las partes y sus abogados sancionando cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, así como cualquier forma de abuso y fraude procesal. También, cuando se compruebe que han realizado gestiones o han asumido actitudes dilatorias o litigado con temeridad. Según la gravedad de la conducta, el tribunal aplicará las amonestaciones, las multas, la expulsión de la oficina o local por el titular del despacho; pondrá a la orden de la autoridad respectiva para su juzgamiento cuando pudiera constituir delito, contravención o falta o, en casos graves, la suspensión del abogado, según está prescrito en los artículos del 216 al 223 de la Ley nº 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993, y sus reformas". (El resaltado no es del original.)

De lo anterior cabe señalar el cambio de palabras por sinónimos que no agregan mucho al actuar del juez, y además la transcripción explícita y extensa de medidas sancionatorias que ya se le habían reconocido a los jueces civiles en el mismo Código

de 1990²¹⁴ y los cuales, mediante la siguiente jurisprudencia, se había establecido que debían ser aplicados por aquellos.

“El juez deberá determinar e identificar la gravedad de la acción, conforme a las conductas que describen los artículos mencionados de la Ley Orgánica del Poder Judicial y así encuadrar el tipo de infracción en la que se está incurriendo para actuar conforme a derecho y aplicar la normativa correspondiente.

- El artículo 216 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá ser aplicado por el titular del Despacho, que en el caso concreto y particular sería el juez. Nótese que en este artículo la sanción a imponer no se trata de días multa ni suspensión del abogado si este incurriera en las conductas descritas, simplemente, el artículo impone un apercibimiento”²¹⁵.

Una vez señaladas las similitudes entre ambos Códigos, y la corta distancia temporal que los separa, se considera fundamental hacer mención que a la hora de promulgar el Código de 1990 eran de conocimiento general las corrientes doctrinarias, especialmente el tema de la oralidad, que se implementarían más adelante en su reforma, por lo que carece de validez cualquier argumento apoyado en un avance o desarrollo doctrinario tan radical que en el corto espacio de tiempo de vigencia haya resultado en la obsolescencia del texto jurídico. Incluso, en aquella ocasión se desestimaron por considerarse perjudiciales para la institucionalidad y se atribuyó a un deseo de copiar estructuras de países con mayores recursos económicos, cuya implementación en nuestro país supondría mayores detrimentos que beneficios al proceso civil costarricense.

“...las palabras de uno de los principales, sino el principal redactor del Código Procesal Civil de 1990, quién escribió: “...todo eso se realizó sin caer en la fiebre reformista que a

²¹⁴ Artículo 96. Código Procesal Civil de 1990. “Poderes disciplinarios del juez. El juez tiene los poderes disciplinarios que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

²¹⁵ Acta del Consejo Superior del Poder Judicial N°002-2011. Artículo LIII, del 13 de enero del 2011.

la larga sería más perjudicial que beneficiosa y por eso, siguiendo esa directriz, en el nuevo Código se conservan aquellas instituciones que no han ocasionado problemas en la práctica, y por cuyo motivo, su eliminación, habría sido contraproducente”²¹⁶.

Si en ese tiempo se consideraba que dichas opciones iban a resultar perjudiciales y contraproducentes, es válido preguntarse ¿Qué cambió?, ¿Cuáles fueron los motivos empíricos que propiciaron el movimiento reformista?

En un primer lugar se debe de hacer una observación que aplica tanto para el cuerpo normativo viejo como para el vigente, más aun considerando que ambos textos se asemejan en cuanto a su redacción, y es el hecho que las leyes positivas por más elaboradas y legítimas que estas sean, no “cobran vida” por sí solas, sino a través de la práctica judicial.

“El texto legal no tiene, en sí mismo, una inteligencia, y mucho menos, <fuerza> alguna. Es un pedazo de papel, sean cuales sean los dibujos alfabéticos puestos en él. Solo las personas de carne y hueso son quienes piensan y quienes actúan. De manera que el derecho, en la medida en que incide en la práctica, nada puede hacer si no es por la mediación de hombres que lo toman en sus manos: pragmática lingüística.

[...]es fundamental no apartar en ningún instante la vista de esa verdad elemental: simplemente, el hecho de que las reglas no tienen “patitas” no se mueven ni mueven a nadie mediante su texto solo. Ellas siempre dependen de cómo unos seres de carne y hueso las entiendan y de lo que esos individuos estén dispuestos a hacer en consecuencia”²¹⁷.

Lo anterior para hacer hincapié en el hecho que son los jueces de carne y hueso, así como las demás partes judiciales, quienes interpretan y practican la norma. Todos

²¹⁶ Arguedas Salazar, Olman. “El nuevo Código Procesal Civil. Generalidades. Disposiciones Generales. Título preliminar” Ivstitia, San José, Ivstitia S.A., N°37, año 4, 1990. Citado por López González, Jorge Alberto. *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el Nuevo Código. (Parte General.)* Op cit. Página 33.

²¹⁷ Haba Müller, Enrique Pedro. *“Axiología Jurídica Fundamental. Bases de Valoración en el discurso jurídico”.* Op cit. Página 300.

estos elementos fueron los que dieron lugar al ambiente propicio para la reforma procesal civil. No se le debe achacar enteramente la mala adopción del texto a la redacción del mismo.

Algo que el mismo Michel Foucault reconoció, puesto que, si bien el poder se manifiesta a través de las estructuras judiciales, este sobrevive más allá de las mismas, y afecta todas las esferas del cuerpo social.

“Yo no aseguro que todo el aparato Estatal sea de poca importancia, pero me parece que, dentro de las condiciones para evitar la reproducción de la experiencia Soviética, para prevenir que el proceso revolucionario sea fallido, una de las cosas que debe entenderse es que el poder no está localizado en el aparato Estatal y que nada en la sociedad va a cambiar, si los mecanismos de poder que funcionan fuera, abajo y al mismo nivel de los aparatos estatales, no son también, transformados en un grado más ordinario y minucioso”²¹⁸.

En un segundo lugar, se debe de aclarar que, dentro de la cronología de la reforma, el texto sufrió innumerables cambios. El mismo comenzó como un Código Procesal General, cuyo ámbito de aplicación abarcaba las jurisdicciones civiles, agrarias y ambientales. Sin embargo, diferentes iniciativas por parte de otras jurisdicciones para crear sus propias normas procesales, especialmente los movimientos de reforma al proceso laboral y a los procesos de familia, la Comisión Redactora del Código General decidió enfocarse principalmente en el proceso civil. Razón por la cual, a partir del año 2008, en el seno de la Corte Suprema de Justicia, es que se presenta una propuesta por reformar el Código Procesal Civil, este cambio se dio en el ámbito judicial, es decir, en comisiones patrocinadas por el Poder Judicial.

²¹⁸ Foucault, Michel. *“Poder/Conocimiento”*. *Op cit.* Página 60.

Mientras tanto en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa²¹⁹, el proyecto de reforma procesal general fue modificado para conformar una reforma puntual y concreta de 16 artículos denominada “Ley de Oralidad para los Procesos Agrarios y Civiles.” Texto que encontró una acérrima oposición por parte de los juristas que fueron llamados a audiencia para expresar sus opiniones sobre los artículos en debate. El Dr. Jorge López González, uno de los jueces convocados, señaló:

“Solamente quiero recalcar que este proyecto tiene graves defectos por los cuales consideramos los jueces, de acuerdo al análisis pormenorizado que hemos hecho, que no debe aprobarse y que en definitiva tenemos un proyecto de Código Procesal Civil muy serio, que se ha invertido muchos millones y que es el que creemos los jueces civiles y que es el que debe aprobarse”²²⁰.

Dicho jurista no fue el único en exteriorizar sus preocupaciones sobre la efectividad del texto propuesto. En virtud de dicha oposición, los legisladores decidieron sustituir la reforma puntual por el texto más amplio que proponía el Poder Judicial. El mismo fue votado y aprobado en primer debate el 23 de Julio del 2013. No obstante, cabe destacar una modificación importante al respecto del capítulo denominado “Proceso para la Tutela de Intereses Supraindividuales”, el cual puso en entredicho la posibilidad para éxito de todo el texto aprobado en primer debate, por presión política:

²¹⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Expediente 15.979 “Dictamen Afirmativo de mayoría. Código Procesal Civil (Originalmente denominado Código Procesal General y Ley de Oralidad para los Procesos Agrarios y Civiles)” Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 22 de abril de 2014. <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/15979%20dic2.pdf> accedido el 28 de noviembre del 2018. Página 6.

²²⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Sesión Ordinaria Número 27, del 28 de Octubre del 2009, página 13.

“El ministro de la presidencia del gobierno de doña Laura Chinchilla nos expresó personalmente en una reunión, que el proyecto no se podía aprobar con ese capítulo y que si eso pasaba sería vetado por el ejecutivo”²²¹.

Bajo esa perspectiva política es que se enmarca la promulgación del nuevo Código a finales del gobierno de la Presidenta Laura Chinchilla. Sin embargo, en las siguientes elecciones, accedió al poder el partido político opositor Acción Ciudadana, cuya campaña electoral se fundamentaba en un cambio de rumbo, alejado de los partidos tradicionales que habían gobernado el país durante la época del bipartidismo. Mensaje que caló de forma profunda en la sociedad costarricense con un éxito sin precedentes.

“Una convincente promesa de cambio llevó a Luis Guillermo Solís a la presidencia de la República hace cuatro años. El apabullante resultado electoral lo colocó como el mandatario con mayor apoyo en la historia del país.

Su promesa de cambio era tan poderosa que nadie dudaba de su capital político para iniciar un gobierno con una única dirección: “el rescate de Costa Rica”.

Esta frase se desprende de la carta introductoria que Solís firmó en el plan de gobierno del Partido Acción Ciudadana (PAC) para la campaña 2014-2018”²²².

Con la sucesión de gobierno y la nueva composición de la Asamblea Legislativa, una de las prioridades del renovado Poder Ejecutivo fue apartarse de muchas decisiones que

²²¹ López González, Jorge Alberto. *“Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el Nuevo Código. (Parte General.)” Op Cit.* Página 49.

²²² Avendaño Manuel y Ávila, Laura. “El legado de Luis Guillermo Solís: Apenas vestigios del cambio prometido.” Periódico El Financiero. 26 de enero del 2018. Consultado en <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/el-legado-de-luis-guillermo-solis- apenas/I6A7AHWBTJHORI62IPUTSIHJUI/story/> el 1 de diciembre del 2018.

se tomaron en el gobierno pasado, el cual poseía uno de los índices de aprobación más bajos especialmente en la fase transicional entre gobiernos²²³.

Tomando lo anterior en consideración, parece razonable afirmar que en la pretensión de distanciarse de su predecesor una de las formas más efectivas para emitir la imagen de cambio y a su vez ganar apoyo político, consistió en revivir el movimiento reformista que su desprestigiado precursor había desestimado. Razón por la cual, encontramos junto a la reforma procesal civil, la reforma procesal laboral, cuyo caso es aún más representativo de este fenómeno político ya que el mismo fue incorrectamente vetado por la Presidenta Chinchilla, y fue el accionar del gobierno entrante, impulsando un “levantamiento del veto” y retornando al Congreso, esta vez controlado por el partido Acción Ciudadana lo que permitió su aprobación en un segundo debate.

Es en este contexto político de cambio, exacerbado por el mal rendimiento de los gobernantes tradicionales, que reaparece un movimiento reformista desprestigiado o valorado como no prioritario en el antiguo gobierno, pero que encuentra una nueva oportunidad y apalancamiento político en un ambiente de reajuste.

“Estoy convencido de la obligación del Gobierno de impulsar las reformas al Estado de Derecho requeridas por nuestro país. Y sobre todo en este caso, tratándose de un Código impulsado por la Corte Suprema de Justicia y por la Asamblea Legislativa desde hace décadas”²²⁴.

Sin embargo, incluso con el nuevo gobierno, el título de “Proceso para la tutela de Intereses Supraindividuales” no se incluyó en la versión aprobada del Código. Como se

²²³ Oviedo, Esteban, “Encuesta UNIMER: Laura Chinchilla arrastra mala calificación en recta final de su gobierno.” Periódico La Nación. 5 de diciembre de 2013 consultado en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/encuesta-de-unimer-laura-chinchilla-arrastra-mala-calificacion-en-recta-final-de-su-gobierno/HZX2DDSW2FCH7BRCXQACZKS25U/story/> el 1 de diciembre de 2018.

²²⁴ Discurso del presidente Luis Guillermo Solís durante la firma del nuevo Código Procesal Civil. 4 de febrero del 2016. Consultado en <http://gobierno.cr/un-codigo-flexible-en-procura-de-justicia-pronta-y-cumplida/#more-12662> el 1 de diciembre del 2018.

mencionó anteriormente, una de las principales necesidades de la reforma responde a la celeridad y eficiencia del proceso civil en procura de una justicia pronta y cumplida. Es importante destacar que el principal problema que afrontaba el antiguo Código Procesal Civil, así como el Poder Judicial como institución era precisamente el de la mora o retraso judicial. Era conocimiento general que los procesos civiles podían llegar a durar hasta 10 años para finalizar.

“El poder judicial enfrenta un problema de eficiencia que no es nuevo: más jueces resuelven cada vez menos casos en promedio. Este hecho está asociado a un incremento en el tiempo que se tarda en finalizar los casos, lo va en contra de la aspiración de una justicia pronta”²²⁵.

El informe sobre el Estado de la Justicia, realizado en el año 2017, y que presenta un panorama bastante amplio del contexto administrativo en el que se encontraba el Poder Judicial como institución anterior a la reforma del Código Procesal Civil, señala como desafío prioritario, combatir la mora judicial y mejorar la productividad de los jueces. Cabe mencionar la definición que realiza el informe sobre lo que significa una justicia “pronta y cumplida”, puesto que como se analizó en el primer capítulo de la presente investigación, dicho término consiste en una fórmula vacía con interpretaciones válidas tan variadas que simplemente no se le puede atribuir valor semántico.

“Una duración de seis meses en materia civil puede ser muy satisfactoria, mientras que en pensiones alimentarias sería una tardanza excesiva. Las preguntas de fondo son ¿cuándo el retraso judicial violenta los derechos de las partes?, es decir, ¿en qué momento la duración de un proceso es tanta que implica denegación de justicia?

²²⁵ XX informe del Estado de la Nación. Programa Estado de la Nación. 2017. Capítulo 5. “Fortalecimiento de la Democracia.” Página 268. Consultado en <https://www.estadonacion.or.cr/20/assets/cap-5-estado-nacion-20-2014-baja.pdf> el 12 de diciembre de 2018.

Las respuestas a estas interrogantes son tan variadas como los casos que recibe el Poder Judicial, y el consenso sobre una duración razonable es difícil de lograr [...].

En la Contraloría de Servicios la queja más frecuente –por mucho– es justamente el retardo de la justicia o retardo administrativo. Sin embargo, en los informes de labores de esa instancia no se reporta al detalle de estas denuncias, ni sus resultados.

Por su parte la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de “término razonable”, definiéndolo como aquel plazo mayor o igual al establecido por ley dentro del cual se debe resolver la petición, sin que signifique incumplimiento de la justicia pronta y cumplida”²²⁶.

La anterior definición resulta ambigua ya que, en un primer lugar, determina que término razonable comprende un plazo “mayor o igual al establecido por ley”, lo que a contrario sensu se podría interpretar que una resolución anterior al plazo establecido por ley puede ser calificada como irrazonable. Además, se comete una falacia circular puesto que recae en la proposición que se desea definir. Por lo que, para garantizar una “justicia pronta y cumplida”, se debe resolver en un “término razonable” el cual se define como aquella que no sea “incumplimiento de la justicia pronta y cumplida”.

Al mismo tiempo, el informe advierte de un problema endémico dentro del Poder Judicial:

“Con los registros disponibles, la principal conclusión es que, hoy por hoy, el Poder Judicial, carece de un sistema de información que permita generar, en tiempo real, reportes pormenorizados para medir y evaluar su desempeño, más allá de indicadores agregados y generales para el conjunto de la institución. Para reconstruir las duraciones específicas, se requiere una mejora sustancial en este ámbito, pues por ahora una

²²⁶ I Informe Estado de la Justicia. Programa Estado de la Nación. Página 145. Consultado en <http://www.estadonacion.or.cr/justicia/assets/estado-de-la-justicia-1-baja.pdf> el 12 de diciembre de 2018.

iniciativa en tal sentido demandaría esfuerzos extraordinarios (Estudios especiales de campo, como por ejemplo un muestreo de expedientes)”²²⁷.

La falta de datos estadísticos en el ámbito de la mora judicial específicos por materia, revela que el mismo es un fenómeno generalizado en todas las materias, incluyendo la materia Civil, al igual que causa inseguridad en la afirmación que los Juzgados Civiles son plenamente culpables de dilaciones indebidas en el proceso. La falta de un dato estadístico concreto no permite señalar con certeza dicha eventualidad, por lo que la mayoría de aseveraciones hechas en medios públicos, y los que ayudaron a moldear la percepción social de la productividad judicial, se encontraban sustentadas en datos estadísticos generales, puesto que datos específicos y concretos en la materia civil son imposibles de medir. Igualmente, el informe supra citado realiza diversos descubrimientos que permiten esclarecer ciertos aspectos en el seno de la administración de la justicia. Algunos de ellos son:

“Un tema importante de dilucidar es si, habida cuenta la creciente inversión que ha recibido el sistema judicial, su productividad está mejorando. La respuesta es negativa, al menos en los últimos años: la productividad en el 2015 fue, en promedio, inferior a la de 2010 [...].

El principal resultado del análisis [de productividad judicial] es que no hay una relación directa entre la cantidad de jueces y su productividad (gráfico 3.9). El Tercer Circuito de San José, señalado antes como el más productivo, es también el que tiene los jueces con mejor desempeño, pero es una sede de tamaño inferior al promedio nacional. En el otro extremo está el Segundo Circuito de la misma provincia, que presenta la más baja productividad y el mayor número de jueces [...].

²²⁷ Estado de la Justicia, Página 143. Consultado en: https://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/justicia/COMPLETO-2017.pdf el 5 de diciembre 2018.

Estos indicadores evidencian importantes brechas territoriales en la productividad del sistema: “bolsones” altamente productivos que coexisten con amplios segmentos de más bajo desempeño, pese a dotaciones de recursos y perfiles de demanda similares”²²⁸.

Cabe destacar que la anterior métrica utilizó a diversos circuitos judiciales, los cuales abarcan una gran cantidad de materias por lo que proveer un dato concreto en referencia a la productividad de los juzgados específicos en materia civil o al promedio de duración de un proceso civil sustentado en información precisa es inalcanzable, puesto que como ya se indicó anteriormente, el Poder Judicial simplemente no tiene las herramientas disponibles para estimar dichos resultados. Razón por la cual solamente se puede inferir que el fenómeno de la mora y baja productividad judicial presente en la generalidad de los circuitos judiciales se manifiesta también en los juzgados civiles. Asimismo, es posible identificar el atraso judicial civil por los artículos publicados en periódicos de circulación nacional que, en su mayoría, son indicativos y permiten moldear la opinión popular sobre algún tema.

“El retraso judicial en la gran mayoría de nuestros despachos judiciales en todo el país es el principal problema que tiene el Poder Judicial para cumplir con el artículo 41 de la Constitución Política, donde se establece el principio de justicia pronta y cumplida. Este principio implica mayor agilidad en los tiempos de respuesta, a efecto de obtener una sentencia o bien una solución adecuada al conflicto en conocimiento de los Tribunales de Justicia. Casualmente, la señora presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Licda. Zarella Villanueva Monge, indicó: “El Poder Judicial está en deuda con la aspiración de tener una justicia pronta y cumplida [...]”

En conclusión: Una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia”²²⁹. (El resaltado no es del original)

²²⁸ Estado de la Justicia, Página 140-141. Consultado en https://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/justicia/COMPLETO-2017.pdf el 5 de diciembre 2018.

²²⁹ Gómez Reina Gilberth Francisco. Retraso en los procesos judiciales. Publicado en Diario Extra el 19 de enero, 2015. Consultado en <http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/250723/retraso-en-los-procesos-judiciales>, el 12 de diciembre 2018.

De los anteriores datos señalados por el informe sobre el Estado de la Justicia, así como de los artículos de opinión en periódicos de circulación nacional mencionados anteriormente, si bien es cierto que no se puede señalar números concretos en cuanto a la duración promedio de la mayoría de los casos en materia civil, se puede inferir que en el contexto social de la redacción y promulgación de la Reforma al Código Procesal Civil era uno del descontento generalizado contra las estructuras judiciales civiles vigentes. Lo anterior, debido a la impresión difundida en los medios de comunicación masiva, que la duración de los procesos legales civiles era innecesariamente extenso, al igual de la falta de datos concretos que evidenciaran lo contrario.

Aunado a la mencionada falta de celeridad en los procesos judiciales, resulta importante desarrollar la calidad de la asesoría legal en el ámbito privado, para lograr entender el contexto dentro del cual se promulgó el texto legal en estudio. Esto por cuanto en el año de aprobación de la reforma, paralelamente también se encontraba en discusión la necesidad de implementar un examen como requisito para la incorporación al Colegio de Abogados y Abogadas, y por lo tanto, al ejercicio del derecho en el país.

Las principales razones para la toma de esta medida resultan en la cantidad masiva de afiliación de profesionales en derecho en los últimos años, lo cual tenía como consecuencia la saturación del mercado laboral, así como corolario la baja de calidad en la asesoría legal brindada al ciudadano. Como bien indica la Licda. Ileana Arce:

“Registrando el Colegio de Abogados para inicios de los [años] 80, 2000 abogados y abogadas incorporadas. Y en el 2004: 15.974 abogados y abogadas”²³⁰.

²³⁰ Arce Umaña, Iliana. “La colegiatura obligatoria al colegio de Abogados como requerimiento para ejercer el Derecho en Costa Rica.” Revista de Ciencias Jurídicas. Número 105. 2004. San José, Costa Rica. Página 25.

Si bien la anterior cita ilustra el crecimiento vertiginoso, datos más actualizados señalan que la cifra a finales del año 2018 se elevó hasta los 28.500 abogados activos.²³¹ Precisamente, en el año de la reforma, 2015, la cifra de abogados activos ascendía a los 24.900²³².

Las causas del incremento de dicha cifra responden a la apertura de la enseñanza del Derecho en Costa Rica, la cual anteriormente solo se encontraba restringida a las universidades públicas. Esto por cuenta propia no demuestra la baja en la calidad de los profesionales graduados, sin embargo, asociado a la disminución en los créditos necesarios para finalizar la carrera, es posible afirmar que el conocimiento técnico de los profesionales graduados en centros educativos con menos cursos lectivos sea de menor calidad en comparación a los estudiantes con mayor cantidad de años de preparación académica.

“En Costa Rica la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica durante muchos años era la única que impartía la Carrera de Derecho, cuyos planes de estudio se extendían entre 7 y 6 años. Con cursos semestrales, tal y como se mantienen hoy. Posteriormente, cuando se da paso a la educación universitaria privada, se multiplican las opciones para estudiar la Carrera de Derecho y se acortan los cursos de carrera a través de las modalidades de cuatrimestres. Permitiendo la graduación de Licenciados en derecho plazos de tres y medio y cuatro año”²³³.

La apertura en la enseñanza del Derecho permitió, en algunos casos, a casas de enseñanzas con menor exigencia graduar gran cantidad de estudiantes, los cuales no necesariamente se encontraban con el conocimiento requerido para ejercer su

²³¹ Salas, Yeiryis. “28.500 abogados deberán cambiar su carné de colegiados”, La Nación, edición del 3 de setiembre de 2018. Consultado en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/28500-abogados-deberan-cambiar-su-carne-de/PS5WIJ4JYNBBDALIYCHY45Z3EE/story/> el 2 de enero del 2019.

²³² Pacheco, José María. “Costa Rica merece abogados de calidad”. Periódico La Prensa Libre. Edición del 05 de mayo del 2016. Consultado en <http://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/67611/costa-rica-merece-abogados-de-calidad> el 02 de enero del 2019.

²³³ Arce Umaña, Iliana. *Op cit.* Página 18.

profesión con competencia. Los resultados de los exámenes de incorporación realizados posterior a su aprobación parecen sustentar la anterior afirmación.

“De acuerdo con datos de la Dirección Académica [del Colegio de Abogados y Abogadas], [...], los resultados de setiembre de 2015 a abril de 2016 no son nada halagüeños porque de los 1.196 postulantes, solo 308 aprobaron el examen de incorporación.

El resultado evidencia que la Universidad de Costa Rica lidera la lista de los centros con mayor aprobación de la prueba con un 77%, seguida de Universidad Autónoma de Centroamérica con un 64%, ULACIT con un 53% y Libre de Derecho con un 50%.

En la lista de casas de enseñanza con menor promoción de estudiantes están la Panamericana y la Cristiana con un 91% de reprobados, seguidas de la Universidad Internacional de la Américas con un 88% y la Metropolitana con un 84%.”²³⁴

Cabe destacar que desde el año 2015 se han multiplicado los esfuerzos para contrarrestar dicha falta de calidad en el seno de los profesionales en Derecho, principalmente con la implementación del examen de incorporación al Colegio de Abogados, el cual tiene como objetivo garantizar, o estandarizar, un conocimiento “mínimo” para ejercer la profesión, así como reducir la saturación del mercado. Además, se encuentra el proceso de acreditación frente al Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior, que permite avalar la calidad de la enseñanza en los centros de la educación superior.

Sin embargo, si bien la calidad de los litigantes no fue un motivo discutido abiertamente dentro de la comisión redactora, resultaría miope negar que la evidente carencia en aptitudes de los abogados litigantes fuera tomada en cuenta dentro de la redacción y subsecuente atribución de mayores potestades al Juez en el marco del

²³⁴ Zúñiga, Auxiliadora. “Universidades son maquilas de abogados” Diario Extra. Edición 02 de Junio 2016. Consultado en <http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/295063/universidades-son-maquilas-de-abogados> la fecha del 04 de enero del 2019.

proceso civil, con el fin de contrarrestar la falta de experiencia de los mismos. Pero al mismo tiempo, dicho crecimiento exponencial de abogados en el mercado, por sí solo, no es lo suficientemente importante para ameritar la necesidad de una reforma al procedimiento civil, como se indicó anteriormente, las medidas correctivas para mejorar la calidad de dichos profesionales y filtrar el ingreso de mayores cantidades de abogados al mercado se tomaron a nivel educativo y gremial.

A manera de conclusión, en un primer lugar, se puede afirmar que el contexto socio-político en el cual se promulgó y aprobó la reforma al Código Procesal Civil, era uno caracterizado generalmente por el “cambio”, en parte por el nuevo gobierno, resultando en la elección de un partido político no tradicional, que llegó al Poder Ejecutivo bajo la promesa de un distanciamiento de sus predecesores. Y una de sus primeras acciones fue retomar proyectos de ley rechazados por los anteriores jefes de Estado.

Ese deseo de renovación en la sociedad costarricense se dio en un ambiente de descontento generalizado con las instituciones judiciales, por un lado, a causa de la percibida ineficiencia de los juzgados para hacer frente a la cantidad de casos presentados, aunque no existieran números concretos y fácticos que demostraran con contundencia que dicho problema fuera apremiante y de prioridad nacional.

Sin embargo, en segundo lugar, el tiempo en vigencia del cuerpo legal sustituido fue relativamente breve, lo que permite descartar un cambio social o doctrinario lo suficientemente marcado para ameritar una genuina reforma al Proceso Civil. Razón por la cual, del estudio de ambos textos, es fácil identificar que tanto el derogado Código Procesal Civil de 1990 como su sucesor, comparten objetivos y finalidades políticas, al igual que abordan las mismas problemáticas, todas en aras de lograr una “justicia pronta y cumplida”.

Es importante señalar que esta característica por sí sola no significa que la reforma Procesal Civil vaya a sufrir el mismo destino que la norma derogada, puesto que

existen múltiples factores para asegurar el éxito o el fracaso de la puesta en práctica de un nuevo cuerpo legal. En parte, y principalmente, el ya mencionado argumento que: el texto por su propia cuenta no tiene “fuerza”, ocupa la interpretación e implementación de Jueces que apliquen y ejecuten las normas dispuestas.

Razón por la cual, estima la presente investigación, que el contexto social no había evolucionado lo suficiente para que el anterior cuerpo normativo se tornara completamente desfasado de la realidad social que pretendía regular. La verdadera novedad de la presente reforma yace en los métodos y figuras judiciales que emplea para conseguir, entre otros, su conformidad con el artículo 41 de la Constitución Política. Y es en estas bases teoréticas del nuevo texto normativo que encontramos la influencia del pensamiento del francés Michel Foucault.

Una vez analizada el contexto social de la reforma, se procederá a desarrollar las nuevas figuras judiciales que este utiliza para conseguir los objetivos que se compele a alcanzar.

Antes que nada, es importante señalar que, la rama del Derecho Procesal Civil es accesoria al Derecho sustantivo Civil, la mayoría de expertos dentro del Derecho Comparado consideran que la justicia civil puede definirse como la búsqueda de balance entre dos planteamientos.

“Las dos metas principales de la justicia civil, en su más amplio sentido, se pueden definir como:

- 1. La resolución de disputas individuales a través del Sistema Judicial Estatal; y*
- 2. La implementación de metas, funciones y políticas sociales”²³⁵.*

La anterior aproximación se puede identificar en todos los cuerpos civiles modernos ya sean descendientes del Derecho Romano o del *Common Law*, y una de las razones

²³⁵ Uzelac, Alan. *Op cit.* Página 6.

principales de su preponderancia mundial es que responden, en sus extremos, a las dos ideologías económicas más influyentes²³⁶, por un lado, el liberalismo económico el cual restringe el rol del Derecho Civil únicamente a la resolución de las disputas individuales y a la adjudicación de derechos subjetivos entre las partes litigantes. Por otro lado, encontramos la ideología socialista que se concentra completamente en el segundo objetivo, haciendo del Derecho Civil una herramienta para políticas sociales. En ambos casos, “...*el proceso civil debe estar al servicio de lograr la armonía colectiva como parte del principal objetivo social*”²³⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, la anterior afirmación se evidencia en la calificación de las normas procesales como de orden público. Asimismo, en la doctrina es generalmente aceptado el hecho que el Derecho Procesal se adscribe a la rama del Derecho Público.

*“El proceso civil como institución está en primer lugar el interés de la colectividad, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica, aunque aclara que el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste”*²³⁸.

En este contexto de balance entre ambas metas de la justicia civil enunciadas anteriormente que resultan excluyentes, se haya el paradigma en los objetivos entre: la determinación correcta de los hechos concretos ocurridos, es decir, encontrar la verdad real (denominada en algunos casos como material u objetiva), y la producción de una decisión judicial o resolución que dé por finalizado el conflicto dentro un término razonable. Ambas posiciones no son excluyentes, más bien, en el ordenamiento costarricense se identifica claramente el deseo del cumplimiento de ambos objetivos a lo largo del transcurso del proceso. Sin embargo, en un estudio de Derecho Comparado a través de diversos países europeos se ha logrado dar luz sobre

²³⁶ Uzelac, Alan. *Ibíd.* Página 7.

²³⁷ Uzelac, Alan. *Ibíd.* Página 10.

²³⁸ Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. “*Comentarios al nuevo Código Procesal Civil.*” Tomo I. Editorial Jurídica Faro. 2da edición. San José, Costa Rica. 2017. Página 117.

la búsqueda de la verdad real, en contraposición al efectivo manejo de los casos presentados ante el tribunal, lo anterior específicamente, entre países europeos ex miembros de la Unión Soviética:

“[Se] quería moldear un modelo de proceso civil en el cual establecer la verdad sustantiva, y comprometerse a realizar un manejo eficiente de los casos, fueran dos objetivos mutuos, no excluyentes. Sin embargo, a lo largo de la historia, se ha probado que, en casos extremos, la demanda ideológica por verdades objetivas o incluso absolutas puede eclipsar los demás objetivos del proceso”²³⁹.

Lo anterior se produce puesto que en los casos específicos en que ambos objetivos se encuentren en oposición, la mayoría, por no decir la totalidad, de los jueces van a decantarse primero por llegar a un cierto nivel de certeza sobre los hechos descritos, como prioridad por encima del derecho de las partes de obtener una resolución dentro de un “término razonable”. Se evidencia de esta manera que existe una jerarquía entre ambas metas sociales, cuando entran en conflicto, parece que una predominará sobre la otra. Esto se puede ilustrar en el caso hipotético de que un juez explícitamente declare que existía una duda en su resolución, pero igual la dictó en aras de no dilatar el proceso en exceso, el mismo sería calificado como insensato o negligente.

Existen también posiciones que desestiman dicha antinomia, ya que para ellos el manejo efectivo de la carga judicial no es en sí mismo un objetivo intrínseco del proceso civil. Más bien, la habilidad del juez de tramitar con eficiencia los casos es la manifestación de una administración eficaz de la justicia, la cual debe ser un prerequisite para la correcta implementación de las normas judiciales²⁴⁰.

Además, dentro del balance de estas dos perspectivas, los legisladores delimitan las potestades del Juez, así como el rol, activo o pasivo, que el mismo va a ocupar dentro

²³⁹ Uzelac, Alan. *Op cit.* Página 19.

²⁴⁰ Uzelac, Alan. *Ibíd.* Página 11.

de la dinámica del juicio. En el análisis del texto de la Reforma es claro que los redactores se decantaron por un Juez activo, con potestades ampliadas en comparación con el anterior Código Procesal Civil. Para ilustrar este punto, el tratadista Dr. Jorge López González indica en cuanto a la posición de la persona juzgadora:

“Partiendo de la base de que una normativa moderna debe darle al tribunal un papel preponderante en cuanto quepa, se puso especial énfasis en eliminar cualquier vestigio de redacción prohibitiva para la persona juzgadora. Esa visión es concordante con la informalidad, amplitud y flexibilidad de la nueva legislación, cuyo límite esencial es el debido proceso, que incluye como ya sabemos el derecho de las partes de participar en todo el procedimiento y hacer valer sus derechos procesales”²⁴¹.

El razonamiento detrás de la ampliación de los poderes del tribunal en comparación con el anterior texto legal, se argumenta por un lado, a causa del interés social que le permitiría a la persona juzgadora, puesta en un rol activo, de asegurar concretamente la igualdad de las partes en el marco del proceso, siendo esto una expresión del objetivo mencionado anteriormente del proceso como propulsor de políticas sociales.

“Y es que el interés público del proceso civil exige tener presente un aspecto social que se tuvo en consideración a finales del siglo XIX por la legislación austriaca, y es la realidad inobjetable, de que un proceso en el cual el juez asume un rol completamente pasivo y el funcionamiento de la justicia es considerada cosa privada de las partes, lleva enorme ventaja aquel litigante que está en condiciones de asegurarse el mejor abogado. Además, en una controversia entre un pobre y un rico, es normalmente el segundo quien puede esperar tranquilamente y puede por tanto imprimir al proceso sin demasiado daño, el ritmo más lento posible, mientras que la parte pobre normalmente es apremiada por la urgencia de obtener lo que cree serle debido”²⁴².

²⁴¹ López González, Jorge Alberto. *Op cit.* Página 58.

²⁴² López González, Jorge Alberto, *Ibíd.* Página 107.

A partir de lo anterior, se puede realizar la observación que los redactores de la reforma visualizaron al juez como una figura paternalista dentro del proceso, encargado de proteger a los menos favorecidos a través del uso pleno de sus potestades ampliadas.

“La búsqueda de la verdad era el deber del juez, quién tenía un control sobre las partes y sus disposiciones. El espíritu de un inquisitivismo paternal era motivado por la desconfianza en la libertad individual y la actitud sospechosa respecto a la iniciativa privada”²⁴³.

Dentro del contexto social resumido anteriormente, una de las posibles causas para el aumento de las potestades de los tribunales se puede explicar con la mencionada mala calidad de los abogados que ejercían en aquel momento. Razón por la cual no parece insensato afirmar que los redactores del texto, en su mayoría jueces, miraran con desconfianza la capacidad de los litigantes de llevar el proceso a buen fin, debido a las prácticas reiteradas e inescrupulosas de los mismos de alargar el proceso a propósito cuando no tenían probabilidades de ganar. Las cuales eran amparadas por la anterior legislación.

Por su parte, Foucault utilizó el reinado de la Monarquía Francesa como fuente de análisis para identificar la evolución de los mecanismos de poder en un sistema legal con disposiciones abstractas e incluso contradictorias.

“Yo creo que uno puede decir que los mecanismos de poder aplicados, incluso en una administración tan desarrollada como la Monarquía Francesa estaba llenos de lagunas. Era un sistema global discontinuo, desordenado, con poca adaptabilidad al detalle, ya sea ejercido sobre grupos sociales consolidados o imponiéndose por medio de intervención ejemplar (como se puede observar en el sistema tributario y en la justicia penal). El poder tiene una capacidad muy débil para la resolución, como podría decirse

²⁴³ Uzelac, Alan. *Op cit.* Página20.

en términos fotográficos; era incapaz de realizar un análisis individualizado del cuerpo social. Pero el cambio económico del siglo dieciocho hizo necesario asegurar la circulación de los efectos del poder a través de canales progresivamente más finos, ganando acceso a los individuos mismos, a sus cuerpos, sus gestos y sus acciones diarias. A través de estos medios, incluso en la presencia de una pluralidad de personas, el poder podía ser implementado de forma eficiente como si se ejerciera sobre una sola de ellas”²⁴⁴.

Si bien, los sistemas legales se han modernizado desde los tiempos de la monarquía francesa, el anterior texto se puede aplicar al presente análisis del proceso civil, ya que sintetiza en términos de poder, el principal problema que se trata de enmendar con la reforma. El ordenamiento jurídico costarricense es un sistema discontinuo y disperso, el cual como ya se indicó, admite distintas soluciones al mismo caso, no obstante, la ejecución y realización satisfactoria de sus estatutos pasaba por el análisis en concreto de una situación determinada, dejando de lado el resto del cuerpo social, el juez tenía un rol pasivo dentro de la disputa, su actuar se limitaba únicamente a la resolución individual del conflicto ejerciendo sus potestades en cuanto al cumplimiento de las garantías procesales, es decir la emisión de una sentencia que se ajustara a los parámetros fácticos, e incluso en algunos casos jurídicos, establecidos por los litigantes.

Por su parte, la norma reformada le otorga mayores potestades a la persona juzgadora, con la finalidad de optimizar el ejercicio del poder estatal sobre los ciudadanos, es así como la concepción “paternalista” del juzgador entra en juego. El rol activo del juzgador le permite a este establecer sus propios parámetros. Aplicando este la totalidad de sus potestades sobre las partes procesales, se logra maximizar el aspecto social, entendiendo este como la implementación de políticas sociales, del cual el proceso civil se encuentra estrechamente ligado, reduciendo el actuar de los individuos de manera que los efectos del poder sean aún más efectivos.

²⁴⁴ Foucault, Michel. "Power/Knowledge". *Op cit.* Página 152.

“El Código Procesal Civil de 2018, tomó partido por darle mayores poderes al tribunal. Poderes que tienen como contrapartida el respeto al debido proceso y una actitud dirigida a la solución del conflicto. En todo el código encontramos disposiciones que se dirigen a ese fin y solo como ejemplo vale la pena citar la posibilidad de rechazar de plano una demanda en casos de evidente improcedencia y la posibilidad de admitir prueba de oficio”²⁴⁵.

Con base en la anterior cita se procederá a analizar las nuevas potestades ampliadas del tribunal. Como se desarrolló anteriormente, tanto el Código Procesal Civil derogado, como el nuevo Código Procesal Civil comparten varios atributos, especialmente sobre la conducción rápida del proceso, rechazando incidencias dilatorias, así como la posibilidad de sancionar las conductas antiéticas de los abogados litigantes, incluso si estas potestades no fueran utilizadas en la práctica con el éxito necesario, se encontraban contempladas en el texto. Por lo que únicamente el presente trabajo se enfocará en verdaderas novedades como la creación de la demanda improponible, la implementación de la oralidad en el proceso y la potestad de solicitar prueba de oficio. Facultades que transforman el rol de la persona juzgadora de pasivo a activo.

El nuevo Código Procesal Civil le otorga al tribunal la nueva potestad de calificar una demanda como improponible, lo cual resulta en un rechazo prematuro del proceso civil. Las disposiciones que regulan la figura se encuentran en el artículo 35.5 del texto en estudio.

“La improponibilidad de la demanda, es una figura procesal que permite al tribunal el rechazo de plano –in limine- de una demanda al inicio o en el umbral del proceso, sin necesidad de celebrar audiencias o evacuar pruebas, por concurrir algún motivo objetivo y expresamente previsto en el ordenamiento; rechazará ad portas tal proceso,

²⁴⁵ López González, Jorge Alberto, *Ibíd.* Página 109.

con efectos de cosa juzgada y sin necesidad de avanzar en el proceso. Aunque se puede declarar su improponibilidad en un momento posterior – en una audiencia por eje (sic)- cuando se descubre ahí la improcedencia absoluta de la demanda”²⁴⁶.

La diferencia entre la demanda improponible y la demanda defectuosa, como se indicó anteriormente es que la persona juzgadora no previene al demandante, sino que rechaza con efectos de cosa juzgada la litis. Como se desarrolló en el primer capítulo de la presente investigación, existe una indeterminación inherente a la norma legal, más cuando se redacta con lenguaje vago. Por ejemplo, para el rechazo de plano de la demanda uno de los presupuestos es que el objeto o la pretensión sean “*carentes de interés*” a lo que debe cuestionarse es ¿para quién es carente de interés?

En caso de ser carente de interés para el Juez esto sería dejar completamente al arbitrio del mismo la aceptabilidad de la demanda. En caso de ser carente de interés para la parte actora, no tendría sentido para el demandante presentar una acción, gastar recursos en el mismo, sin tener interés alguno sobre el mismo. Es en la revisión de la lista de elementos taxativos, específicamente en el primer acápite se encuentran juicios valorativos y por lo tanto conceptos indeterminados como: “contrarios al ordenamiento”, “imposibles”, “absurdos” o “carentes de interés”.

Asimismo, bajo esta figura procesal se puede observar una vez más la manifestación de la concepción “*paternalista*” del juez quién protege a las partes de un proceso innecesario, que a simple vista se note la negligencia y falta de capacidad de los abogados litigantes.

“Por eso anticipábamos que es preferible que se rechace la pretensión infundada en una resolución debidamente fundamentada y razonada, que condenar a ambas partes a un

²⁴⁶ Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. “Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil.” *Op cit.* Página 579.

maratónico proceso judicial cuyo desenlace estéril es previsible con solo leer la demanda"²⁴⁷.

Parece evidente que la facultad de dictar una sentencia anticipada, incluso antes de escuchar a ambas partes, en una etapa tan prematura resulta un poder que se puede ser abusado fácilmente. Tanto así que los redactores del texto legal reconocen que el ejercicio de dicha figura puede resultar en una manifestación violatoria de los derechos procesales, razón por la cual esta debería de aplicarse de forma restrictiva:

*"Es preciso advertir. El instituto de la demanda improponible tiene una estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia y es una herramienta que en manos de funcionarios judiciales poco garantistas del derecho fundamental al proceso, podría constituir una limitación violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva. No es ninguna invención, que en muchos casos existe la tendencia de terminar los procesos a la mayor brevedad y por cualquier razón"*²⁴⁸.

Otro aspecto importante de la demanda improponible es que se puede desestimar en cualquier etapa del proceso, ampliando el espacio temporal en el cual el juez puede hacer uso de dicha figura procesal, esto como una clara manifestación del deseo de los legisladores de optimizar los procesos civiles.

*"En el proyecto del código, versión setiembre de 2006, artículo 37.2.6, se contemplaba la posibilidad de que el demandado alegara lo relativo a la demanda improponible vía excepción procesal. En la versión final se reestructuró el funcionamiento procedimental, estableciendo la posibilidad de que se alegue en cualquier estado del proceso, lo que le podría [dar] mayor efectividad a dicho instituto"*²⁴⁹.

²⁴⁷ Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. *Ibíd.* Página 578.

²⁴⁸ López González, Jorge Alberto, *Op cit.* Página 222.

²⁴⁹ López González, Jorge Alberto, *Ibid.* Página 221.

Otra de las novedades del nuevo código Procesal Civil responde a la introducción de la oralidad como principio y sistema del proceso judicial. Como se señaló al inicio de la primera parte de este capítulo, la inclusión de la oralidad ya había sido debatida en la redacción del anterior Código, sin embargo, en su momento el legislador se decantó por el sistema escrito. Lo cierto es que dicho sistema procesal tiene como corolario la ampliación en las facultades del juzgador.

*“En un sistema procesal moderno **influenciado por la oralidad, requiere un juez que tenga poderes suficientes para ejercer su función.** Al juzgador se le deben dar las herramientas para hacer que las partes cumplan con las reglas de respeto y buena fe”²⁵⁰.*
(El resaltado es del original)

La participación activa de la persona juzgadora en el juicio le permite ejercer de forma más categórica sus poderes sobre las partes presentes en la audiencia oral. Esto va en concordancia con el nuevo rol más activo del juez presente a lo largo del Proceso Judicial. La presencia de este en la audiencia le permite al juez como vehículo del poder canalizar el mismo por los canales cada vez más finos y directos por los que denunciaba Foucault.

“La oralidad implica la supremacía de un sistema de incorporación del contradictorio, la celebración de las audiencias, la identidad física del juzgador, la forma de evacuación y resguardo de las pruebas, la dirección del debate, la forma prevaleciente del dictado oral de resoluciones y de interposición oral de los recursos y su resolución, el dictado oral de las resoluciones y de la sentencia, una vez concluido el debate”²⁵¹.

²⁵⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Expediente 15.979 “Dictamen Afirmativo de mayoría. Código Procesal Civil (Originalmente denominado Código Procesal General y Ley de Oralidad para los Procesos Agrarios y Civiles)” Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 22 de abril de 2014. <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/15979%20dic2.pdf> accedido el 19 de enero del 2019. Página 15.

²⁵¹ Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. *Op cit.* Página 92.

De la anterior cita se puede observar cómo la oralidad permea todo el proceso, incluso permitiendo al juzgador dictar la sentencia de forma oral. Cabe destacar que la oralidad, no se limita a ser la forma de preferencia sobre los cuales plasmar los documentos de relevancia procesal. La nueva legislación incluso restringe a una lista excepcional los documentos que deben ser presentados por escrito, como aquellos que ocupen soporte físico, como por ejemplo, la demanda inicial y hasta cierto punto la sentencia.

Se puede resaltar, que dicho sistema incluso se le impone al juzgador por medio del principio *“in dubio pro oralidad”*, mediante el cual *“en caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad”*²⁵². La importancia de la oralidad para el correcto funcionamiento es tal que el juzgador se encuentra obligado por la normativa a convocar a las partes para así ejercer sus potestades sobre estas, asegurando una relación de poder más directa entre las partes del proceso.

*“Como una declaración imperativa, se dice que el proceso deberá ajustarse a dicho principio y que la expresión oral será el medio fundamental de comunicación. Con el fin de vacunar al sistema contra una tendencia observada en otras legislaciones, en que a pesar de que implantó la oralidad los operadores jurídicos poco a poco entronizaron la escritura, se establece que solo serán escritos aquellos actos autorizados expresamente por este Código y los que por su naturaleza deban constar de esa forma”*²⁵³.

El juzgador en este aspecto es un súbdito más, puesto que se encuentra forzado a utilizar el medio señalado por ley como medio para asegurar los mecanismos de poder

²⁵² Artículo 2. Principios:

[...]

2.6. **Oralidad.** El proceso deberá ajustarse al principio de oralidad. La expresión oral será el medio fundamental de comunicación. Solo serán escritos, ya sea en soporte físico o tecnológico, aquellos actos autorizados expresamente por la ley y los que por su naturaleza deban constar de esa forma. En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad.

[...]

²⁵³ López González, Jorge Alberto, *Ibíd.* Página 64.

puestos a disposición del mismo en la dirección y administración del proceso. Lo que permite visualizar la irrigación del poder a través de todos los sujetos posibles.

Como indica Foucault, en el marco de las relaciones de poder, este no se encuentra plenamente en las manos de una persona que puede ejercerlo solo y de forma absoluta sobre todos los demás. Es una máquina en la cual todos están atrapados, esos que ejercen el poder tanto como sobre los cuales el poder es ejercido. El poder no se identifica sustancialmente con un individuo, sino que se convierte en una maquinaria que no tiene dueño. Claramente, no todos los sujetos ocupan la misma posición, algunos privilegiados permiten tener superioridad sobre los demás²⁵⁴.

Una vez analizados las anteriores figuras procesales de la demanda improponible y la oralidad, se puede observar cómo el juez va ejerciendo sus potestades con la finalidad de generar un dominio del saber y al mismo tiempo, que crea un conocimiento dentro del caso, en una primera instancia a través del rechazo anticipado de demandas que no le satisfacen y en segunda instancia a través de la inmediatez del juez en todas las acciones del proceso.

El paradigma que ilustra por antonomasia el rol activo del juez en la creación del conocimiento anteriormente descrita es la potestad de proponer prueba, o incluso de solicitarla de oficio. Específicamente, dicha facultad se encuentra plasmada en el artículo 41.3 del nuevo Código Procesal Civil.

Como se ha desarrollado a lo largo de la presente investigación, uno de los ejes transversales de la reforma ha sido la búsqueda de la verdad como objetivo y finalidad del proceso civil. Con base en este ideal, se les han conferido a los jueces civiles una serie de potestades ampliadas que se han desarrollado en este capítulo.

²⁵⁴ Foucault, Michel. *"Power/Knowledge"*. *Op cit.* Página 156.

“Manifestación de esa línea de pensamiento, es que se confieren al tribunal poderes suficientes para la búsqueda de la verdad que permitan la resolución del conflicto, estableciendo la posibilidad de que ordene prueba de oficio que considere necesaria”²⁵⁵.

Es partir de esta potestad que el tribunal puede manipular los eventos defendidos por ambas partes y la “teoría del caso”, planteada por ambos abogados litigantes. Ciertamente, existe la preocupación que una facultad de esta naturaleza llegue a vulnerar el principio de imparcialidad del juzgador, puesto que el resultado de la prueba ordenada por el juez va a beneficiar a una parte independientemente si esa era la intención del juzgador cuando ordenó dicho medio o no, tema que será desarrollado en las secciones siguientes. Además, al igual que la declaración de demanda improponible, el Juez puede solicitar de oficio la prueba en cualquier etapa del proceso.

“La prueba de oficio, es aquella ordenada por el juez de oficio, enteramente nuevas – “no ofrecidas” dice la norma – de cualquier medio de prueba, y cuando el proceso esté en fase de admisión o de evacuación de pruebas o para resolver el fondo de un recurso de apelación o casación”²⁵⁶.

La iniciativa probatoria del juzgador encuentra diversos límites dentro de la doctrina nacional. Sin embargo, dichos límites se pueden interpretar como contradictorios al principio de búsqueda de la verdad delegado al juzgador. Resultaría espurio que el juzgador teniendo los poderes necesarios para encontrar la “verdad”, no lo hiciera dejando en indefensión una de las partes, más cuando el Código promulga una concepción “paternalista” del juzgador, frente a la desconfianza generalizada hacia los abogados litigantes poco calificados que formaron parte del contexto social en el cual se redactó y se puso en vigencia el nuevo proceso civil.

²⁵⁵ López González, Jorge Alberto, *Ibíd.* Página 263.

²⁵⁶ Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. “Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil.” Tomo II. *Op Cit.* Página 103.

El discurso científico que se analizó al finalizar el capítulo anterior sirve para legitimar todos los cambios realizados a la normativa. Como conclusión se puede afirmar que la reforma del 2015 al Código Procesal Civil le otorga al juez un rol activo en el proceso, bajo una concepción “paternalista”, mediante la cual tiene mayor control sobre las relaciones de poder de los sujetos, las figuras más representativas de este fenómeno las cuales sufren de la indeterminación inherente de las normas desarrollada en el primer capítulo, que fueron incluidas en el texto son:

En un primer lugar, la demanda improponible, la cual restringe el debate a parámetros aceptados por el juez. En un segundo lugar la oralidad, que asegura la presencia física del juzgador y la dirección del debate por este mismo, tanto así que incluso se le impone al operador judicial. Y finalmente, la potestad de solicitar prueba de oficio con la finalidad de asegurar el objetivo de llegar a una verdad material.

Acto seguido se ilustrará en un caso hipotético las nuevas dinámicas de poder. Es necesario aclarar que solo se mencionarán algunas de las posibilidades que se podrían dar en la práctica judicial, puesto que este tema es sumamente casuístico, y depende en una gran manera de variables más allá de la norma.

Este trabajo considera que el valor del ejercicio que se hará a continuación no yacerá en si ya existe un precedente en tribunales, sino más bien en exponer la potencialidad de la norma, en cuanto al ejercicio del Juez de sus nuevos poderes procesales. En el “ser” de las cosas se ocultan eventualidades que no deben ser descartadas únicamente porque aún no han sucedido.

B. Modelo caso bajo la Reforma del 2015 al Código Procesal Civil.

En la siguiente sección se pretende realizar lo que se ha denominado como “*Ingeniería Social Fragmentaria*”²⁵⁷, en el sentido que se pretende resaltar una serie de problemáticas específicas que presenta el Código Procesal Civil vigente como sería la balanza de poder entre el Juez y las partes al momento de que se establezca qué es lo “verdadero”. Este trabajo no pretende proponer una revolución total sobre el sistema procesal vigente, sino únicamente visibilizar aspectos del proceso civil, y traer a discusión sus implicaciones para buscar mejorarlo. “*Todo cambio conlleva un esfuerzo analítico, un enfrentamiento con problemas concretos en la búsqueda de soluciones parciales, que luego serán superadas por otras mejores, en un continuo régimen correctivo de prueba y error, de crítica constante*”²⁵⁸.

a. Los antecedentes del proceso.

La parte actora: Acabados, Diseños y Asesorías Sociedad Anónima, en adelante denominada **ADA**. Es una empresa dedicada a la venta de muebles de alta calidad y servicios de asesoría para el amueblado y acabado de oficinas, dirigidos a empresas de alto nivel adquisitivo. **ADA** es una empresa reciente que busca lograr hacerse de clientes importantes en un mercado sumamente competitivo.

La parte demandada: Ebanistas Buenos Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada, en adelante denominada **EBA**. Es una empresa dedicada a la carpintería, que trabaja mediante encargos, tanto para consumidores finales como para distribuidores. **EBA** se ha logrado posicionar en el mercado de manera importante, gracias a la famosa calidad de sus productos que llevan produciendo desde hace décadas.

²⁵⁷ Salas, Minor. “*Yo me engaño, tú te engañas, él se...* Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales”. Segunda edición. *Op Cit.* Página. 50

²⁵⁸ *Ibíd.* Página 57.

Tercero involucrado: Servicios Especializados para Restaurantes Sociedad Anónima, en adelante denominada **SER**. Es una empresa propietaria de varios restaurantes de lujo.

ADA siendo una empresa reciente con ambiciosos planes de crecimiento, buscó atraer clientes nuevos y de renombre, mediante una serie de agresivas medidas para aumentar su atractivo comercial. Una de estas medidas fue poder ofrecer muebles producidos por diseñadores famosos de la más alta calidad, siendo este el caso su representante se acercó a **EBA** para negociar un encargo especial.

Después de largas negociaciones, **ADA** y **EBA** lograron llegar a un acuerdo para el encargo de 10 mesas idénticas, diseñadas para seis personas, con un precio individual de un millón de colones cada una, para un precio total de diez millones de colones. Además, se acordó en las negociaciones que: "...las mesas deberán ser las mejores hechas por **EBA**, construidas únicamente con los materiales de más alta calidad, y con la mayor atención a los detalles posible".

Con el fin de manejar una mayor formalidad, **ADA** y **EBA** celebraron un contrato de compraventa el día 1ero de junio de 2017. Entre las cláusulas de dicho documento interesan las siguientes:

"SEGUNDA: Objeto del Contrato.

EBA producirá diez mesas para **ADA**, todas idénticas entre sí, con las siguientes características:

1. Tendrán una altura de un metro, una longitud de dos metros y un ancho de un metro y cincuenta centímetros.
2. La madera con la que se construirán las mesas será exclusivamente Madero Negro, debidamente curada y libre imperfecciones.

3. El diseño de cada mesa será idéntico al que se muestra en el **ANEXO #1**.
4. El diseño del **ANEXO #1** no podrá ser replicado por **EBA** sin la previa autorización escrita de **ADA**.
5. La atención a los detalles durante la construcción de las mesas, y su calidad final, deben ser de los más altos estándares. Deben ser las mejores mesas producidas por **EBA**. **EBA** no podrá producir ningún diseño y/o fabricar ninguna mesa mejor por un período de 5 años, período que empezará a contar el día que se haga entrega a **ADA** de la totalidad de las mesas.

“TERCERA: Precio.

El precio total de la presente compraventa es de diez millones de colones, moneda de curso en la República de Costa Rica. Este rubro será pagado de la siguiente manera:

Cinco millones de colones en este mismo acto.

Cinco millones de colones al momento de realizar la entrega de las mesas, únicamente después de que **ADA** haya revisado y aprobado el producto final”.

“QUINTA: Fecha y forma de entrega.

La fecha de entrega será el primero de junio de 2018 y dicho acto se realizará en el taller de **EBA** señalado en el inciso primero, quedando el transporte y su respectiva logística a cargo de **ADA**. **ADA** podrá hacerse acompañar por un experto al momento de tomar posesión de las mesas para que emita criterio sobre la calidad de ellas.

En caso de que para **ADA** las mesas no cumplan con lo dispuesto en el inciso segundo del presente contrato, tendrá un plazo de 5 días hábiles para notificarle a **EBA**, plazo que empezará a correr el día hábil siguiente de la entrega.

En caso de que exista alguna controversia respecto a las características de las mesas, ambas partes designaran en consenso a un experto para que determine si se cumplió o no con lo dispuesto en el presente contrato. Lo que designe el experto será de acatamiento obligatorio para ambas partes”.

“**SEXTA:** En caso de incumplimiento.

Si **ADA** incumpliese en realizar el correspondiente pago, **EBA** queda expresamente facultada para retener la totalidad de las mesas, aun cuando existiese un pago parcial del precio.

Si **ADA** incumpliese en apersonarse el día de la entrega de las mesas, **EBA** queda expresamente facultada de contratar un servicio de almacenaje rubro que deberá pagar **ADA**. Esta facultad también aplica para la retención recién mencionada.

Si **EBA** incumpliese en realizar la entrega de las mesas en la fecha dispuesta en la cláusula quinta del presente contrato, **ADA** queda expresamente facultada de reducir del precio cien mil colones por cada día de atraso.

Si **EBA** incumpliese en la calidad de las mesas, deberá reintegrarle a **ADA** la diferencia porcentual por el valor que tuvieran debajo de lo pactado. Dicho cálculo lo realizará el perito nombrado de común acuerdo por las partes, o por un juez, en caso de no lograr un acuerdo en 5 días hábiles”.

El primero de agosto de 2017, **SER** se acercó a **EBA**, puesto que planeaba abrir un restaurante de lujo a mediados del año 2018 y quería contratar sus servicios para los respectivos muebles para ese negocio. Firmaron un contrato por dicho encargo por un

monto de 8 millones de colones, y entre el encargo estaban cuatro mesas, cada una para seis personas, que serían utilizadas por los clientes. Los muebles del contrato de **SER** serían entregados el día 15 de junio de 2018, dos semanas después de las mesas de **ADA**.

Pasó un año con normalidad y **EBA** cumplió con las fechas de entrega, tanto con **ADA** como con **SER**. Al momento de recibir las mesas, los representantes de **ADA** se hicieron acompañar por un experto quien les indicó que cumplían con lo establecido en el contrato y con el anexo que indicaba las correspondientes medidas. Siendo este el caso, **ADA** se dio por satisfecha y procedió a llevarse las mesas de las instalaciones de **EBA**.

En el mes de julio de 2018, **SER** empezó una serie de eventos publicitarios para anunciar la apertura de su nuevo restaurante. Entre dichas pautas, uno de los voceros de **SER** indicó en una entrevista ante televisión nacional lo siguiente: "... este restaurante no solo brindará platillos preparados por uno de los mejores cocineros del país, también le ofreceremos a nuestros clientes un acomodo de lujo. Hemos trabajado junto a Ebanistas Buenos Asociados para que los muebles del local estén a la altura de nuestra clientela, por esto hemos solicitado su trabajo más fino hasta el momento, y han cumplido con cabalidad. Desde las sillas, hasta las mesas, todo mueble que se encuentre en el restaurante ha sido tallado 100% a mano por los mejores ebanistas".

Uno de los representantes de **ADA** vio esta entrevista y alarmado ante estas declaraciones fue al día siguiente a ese restaurante para verificar si era cierto que las mesas en dicho restaurante eran mejores que las que se les había entregado el mes pasado. Una vez ahí procedió a tomar fotografías de las mesas, y a su parecer, estas si eran más suntuosas que las que les fueron dadas a **ADA** hace un mes. Esto le preocupó al representante de **ADA** puesto que en unos días iban a lanzar su propia campaña publicitaria donde les ofrecerían a sus clientes las mesas más lujosas que había construido **EBA** hasta la fecha.

Ante esta situación los representantes de **ADA** se acercaron a **EBA** para solicitar una aclaración respecto a lo dicho en la entrevista por parte de **SER**. Específicamente le preguntaron los siguientes puntos: 1. ¿En qué momento **SER** realizó su respectivo encargo? 2. ¿Son las mesas de **SER** efectivamente mejores que las de **ADA**? 3. ¿Cuál fue el precio que pagó **SER** por cada una de sus mesas? 4. ¿Por qué **SER** declaró en televisión nacional que sus mesas eran las más lujosas, cuando **EBA** había pactado con **ADA** que las mesas que fabricaría serían las mejores hasta el momento?

Ante esta comunicación **EBA** respondió lo siguiente, siempre aclarando que sus intenciones eran disipar cualquier malentendido y mantener las relaciones amistosas entre ambas empresas: 1. **SER** realizó su pedido un mes después de **ADA** y le fue entregado quince días posteriores a la entrega que se le hizo a **ADA**. 2. Son distintas, aun cuando ambos estilos tienen un tamaño similar, las que les fueron entregadas a **ADA** tienen más detalles en los bordes, tal y como se pactó entre ambas empresas, que incluso se mostró satisfacción al momento de hacer su entrega pues cumplía con lo dispuesto en el contrato. 3. Las negociaciones que realice **EBA** con terceros son de carácter privado, puesto que como su política profesional de la empresa no brindamos la información de nuestros clientes sin su consentimiento, por estas razones no podemos darles la respuesta que nos solicitan. 4. No podemos dar respuestas o justificaciones por las declaraciones de terceros, lo que si podemos indicar es que las mesas que se le entregaron a **ADA** cumplieron con todas las especificaciones solicitadas.

No satisfechos con dicha respuesta, los representantes de **ADA** enviaron otro comunicado a **EBA** solicitando que se nombrara de mutuo acuerdo un perito para que valorara todas las mesas para determinar efectivamente cuál de los dos encargos de mesas es el más lujoso. Los representantes de **ADA** reiteraron que necesitaban aclarar esto puesto que: "...como empresa teníamos planeado lanzar una campaña publicitaria donde le ofreceríamos a nuestros clientes, no sólo mesas hechas perteneciente a un juego exclusivo de diez piezas, sino que estas también eran las más finas hechas por

EBA. En caso de que efectivamente las declaraciones que dio **SER** fueran ciertas, nuestra empresa se expondría a potenciales demandas por publicidad engañosa. En caso de no aceptar proceder con la designación de un experto, tomaremos esto como una aceptación de que, aun cuando se firmó un contrato estableciendo de que las mesas que se producirían para **ADA** serían las más finas, las declaraciones de **SER** son ciertas, por lo que procederemos a otras instancias”.

EBA no aceptó la solicitud de **ADA**, ya que a su parecer no podía disponer de bienes que no eran de su propiedad para realizar dicho peritaje, puesto que las mesas del encargo de **SER** ya le habían sido entregadas. Ante esta respuesta **ADA** procedió a cumplir con lo que indicó y continuó a entablar una formal demanda ordinaria civil ante el Tribunal Primero Colegiado de Primera Instancia de San José.

b. Primera instancia del proceso

Antes de iniciar con el proceso ejemplo, es requerido desarrollar uno de los detalles más particulares del Código Procesal Civil, el artículo 5, y sus implicaciones para la creación de la verdad en los procesos civiles. Dicho artículo dispone:

“Artículo 5.- Potestades del tribunal

El tribunal tendrá las siguientes potestades (...)

6. Procurar la búsqueda de la verdad dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico”.

Esta disposición es nueva, en el sentido que dicha facultad no se le otorgaba al juez en la versión del código de 1989. En primer lugar, resulta notable que es una potestad y no un deber del juez realizar esta búsqueda de la verdad, esto significa que dependerá únicamente de su voluntad que tanto realizará indagaciones propias, y que tanto

permitirá que las partes sean quienes le presenten sus versiones de que consiste la verdad del caso concreto.

Además, esta facultad potencialmente servirá como justificante legal para que el juez ejerza muchas de sus nuevas facultades frente a las partes, como aportar prueba, por ejemplo, caso que se analizó anteriormente. Como un principio base del proceso es el deber del juez de justificar sus actos en sus resoluciones, al tener la potestad de buscar la verdad de manera expresa en el código de rito, se le da la facultad de con tan solo citar dicho artículo para poder ejercer un mayor control sobre las actuaciones procesales. Es importante mantener en cuenta este artículo ya que desde un inicio muestra el cambio que trae a la balanza de fuerzas procesales entre el juez y las partes, este primero tomando nuevos papeles, y estas últimas relegadas a un segundo plano donde antes eran las que dirigían. Con esto claro se puede proceder con el proceso ejemplo en su primera instancia.

Ahora, aclarados los puntos de interés recién expuestos, se procederá a desarrollar el ejemplo teórico de un proceso civil ordinario, tal y como lo dispone en el Código Procesal Civil.

ADA procedió a incoar su demanda el primero de octubre de 2018, guiándose por el artículo 35.1 del Código Procesal Civil, por lo que la dirigió al Tribunal Primero Colegiado de Primera Instancia de San José por ser el despacho competente territorialmente, los datos completos de **EBA**, su narración de los hechos que fundamentan su demanda, una exposición de los daños que alega haber sufrido, sus pretensiones, la prueba que ofrece, y la estimación de la demanda.

En las pretensiones de la demanda **ADA** le solicitó al tribunal, entre otras cosas:

“3- Que se declare que **EBA** incumplió el contrato que celebró con **ADA**²⁵⁹.

4- Que se declare que las mesas producidas por **EBA** para **SER** durante el período 2017-2018, eran superiores en calidad a las que produjo para mi representada.

5- Que se condene a **EBA** a devolver a **ADA** los diez millones de colones pagados como precio en el contrato. Subsidiariamente, en caso de que su Autoridad no considere esto último procedente, que se le condene a la demandada a devolver a **ADA** el monto

²⁵⁹ 35.1 Forma y contenido de la demanda. La demanda deberá presentarse por escrito y obligatoriamente contendrá:

1. La designación del órgano destinatario, el tipo y la materia jurídica del proceso planteado.
2. El nombre, las calidades, el número del documento de identificación, el domicilio exacto de las partes y cualquier otra información que sea necesaria. Cuando la parte sea una persona física, se indicará el sitio exacto de residencia.
3. Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible.
4. Cuando se reclamen daños y perjuicios, la indicación de forma separada de su causa, descripción y estimación de cada uno.
5. El fundamento jurídico de las pretensiones.
6. El ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba. Si se propusiera prueba testimonial, se deberá indicar, sin interrogatorio formal, los hechos sobre los cuales declarará el testigo.

En la pericial indicará los temas concretos de la pericia y la especialidad del experto. Cuando la prueba conste en un registro público, con acceso por medios informáticos, la parte interesada en esta prueba señalará la forma de identificarla en el registro, para que el juez que deba recibirla pueda acceder a ella en el momento en que la necesite y poner las constancias respectivas en la tramitación del proceso.

7. La formulación clara, precisa e individualizada de las pretensiones. Las pretensiones formuladas subsidiariamente, para el caso de desestimación de las principales, se harán constar por su orden y separadamente.
8. La estimación justificada de la demanda en moneda nacional. Cuando existan pretensiones en moneda extranjera se usará el tipo de cambio respectivo al momento de su presentación, sin perjuicio de que en sentencia se pueda conceder lo pedido en la moneda solicitada.
9. El nombre del abogado responsable de la dirección del proceso y el de los suplentes.
10. El señalamiento de medio para recibir las comunicaciones futuras.
11. La firma de la parte o de su representante.

proporcional que se establezca que corresponda a la diferencia del valor entre las mesas que encargó **SER**, respecto a las que encargó mi representada”.

Como prueba, **ADA** solicitó lo siguiente:

“Con respeto, se solicita a su Autoridad que nombre a un perito experto para que realice un estudio comparativo entre las mesas que **EBA** entregó a **SER**, y las que le entregó a mi representada. En dicho informe, el perito deberá responder las siguientes preguntas:

1- ¿Entre ambos modelos de mesa, cual presenta los acabados de mayor calidad?

2- ¿Entre ambos modelos de mesa, cual fue hecho con mejor madera?

3- ¿Entre ambos modelos de mesa, cual tiene un mayor valor de mercado?”

Como daños, **ADA** alegó lo siguiente en su escrito de demanda:

“DAÑO MATERIAL:

El daño material directo se establece en la suma de diez millones de colones, esto por ser el precio pagado por mi representada a la demandada por las mesas.

El daño material indirecto se establece en la suma de cinco millones, correspondiente a los rubros pagados por mi representada a distintos medios, para el diseño y manejo de una campaña publicitaria donde anunciábamos que ofrecíamos las mejores mesas jamás hechas por **EBA**, campaña publicitaria que tuvo que ser cancelada por el inminente riesgo de ser demandados por publicidad engañosa”.

El tribunal consideró que la demanda de **ADA** era procedente y no era necesario hacerle ninguna prevención para darle curso. Siendo este el caso, el tribunal emplazó a **EBA** por 30 días, tal y como lo dispone el artículo 102.1.

El tribunal puede, desde el primer momento que recibe la demanda, ejercer su poder sobre la parte actora. Si el tribunal lo considerase procedente, puede ordenar a la parte demandante corregir lo que le parezca pertinente, y de lo contrario no le daría curso a la demanda. Incluso, el Código Procesal Civil vigente les otorgó a los jueces una facultad que no tenían en la versión de 1989, que es declarar una demanda como improponible.

Como se desarrolló en la primera parte del presente capítulo, tal y como establece el artículo 35.5²⁶⁰ de dicha norma, el juez está facultado, incluso de oficio, de dictar una sentencia anticipada y finalizar el proceso, aún en su etapa inicial, por considerar que le

²⁶⁰ “35.5 Demanda improponible. Será rechazada, de oficio o a solicitud de parte, mediante sentencia anticipada dictada al inicio o en cualquier estado del proceso, la demanda manifiestamente improponible.

Será improponible la demanda cuando:

1. El objeto o la pretensión sean evidentemente contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés.
2. Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso.
3. Exista caducidad.
4. La pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior.
5. Quien la propone carece de forma evidente de legitimación.
6. En proceso anterior fue renunciado el derecho.
7. El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad.
8. El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron.
9. Sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión.

Previo a la declaratoria de improponibilidad se concederá audiencia hasta por un plazo de tres días”.

es aplicable alguno de los incisos de dicho artículo. Ampliando lo que se había analizado anteriormente, esto implica un cambio importante en la balanza de poder entre el juez y la parte actora, ya que anteriormente el demandante tenía toda la duración del proceso para convencer a la autoridad judicial de la validez de su demanda, y esta última tenía que llevar el caso hasta sentencia. Pero ahora, aquellas personas que pretendan establecer una demanda, se enfrentarán a una nueva barrera para sus pretensiones.

El propósito de incorporar la figura de la demanda improponible evidentemente era dar a los jueces la capacidad de filtrar procesos interpuestos de manera temeraria o con evidentes falencias, por lo que se le está dando aún más control sobre la dirección de los procesos. Este mecanismo procesal denota muy bien el funcionamiento de este cuerpo normativo en cuanto al rol que adquiere el Juez como figura central, al poder decidir desde un inicio la validez de lo que presenten las partes, mostrando el desplazamiento que tienen estas últimas ya que en la versión del código de 1989 ellas eran quienes dirigían el proceso en gran medida.

EBA procedió a contestar la demanda de manera negativa, dentro del plazo que le otorgó el tribunal. En su contestación interpuso la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario incompleto, y como excepciones materiales interpuso falta de derecho y de hecho de un tercero.

En cuanto a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario incompleto, **EBA** indicó lo siguiente en su contestación de la demanda:

“Puesto que la contraparte le está reclamando a mi representada actos y declaraciones de la empresa **SER**, sobre los cuales **EBA** no tuvo ningún tipo de injerencia o control, esta sociedad debe ser llamada como parte al proceso. En la presente causa es necesario incorporar a **SER**, ya que, de una detenida lectura de los hechos y pretensiones de la demanda, se puede desprender con facilidad que se le están reclamando actos, e incluso se está solicitando un peritaje sobre bienes que son de su exclusiva propiedad. Por lo tanto, su Autoridad debe ordenar la incorporación de **SER**

como demandada y proceder con su notificación, de lo contrario se estaría dejando en indefensión a una sociedad con un interés directo sobre lo que se decida en el presente proceso”.

En cuanto a las excepciones materiales, **EBA** argumentó lo siguiente:

“Falta de derecho: Como consta en el mismo escrito de la demanda, mi representada cumplió a cabalidad con lo pactado en el contrato celebrado con la actora. Incluso esta última mostró su satisfacción completa con las mesas al momento de la entrega. Incluso si se considerase que efectivamente las mesas fabricadas para **SER** son efectivamente de una mejor calidad que las de **ADA**, estas fueron producidas de manera posterior por lo que no hay ningún tipo de violación a lo establecido en el contrato. Por lo tanto, su Autoridad debe rechazar la demanda de la contraparte por una falta absoluta de derecho que respalde sus pretensiones”.

Siendo que **EBA**, en su condición de demandada, respondió en tiempo a la demanda, el tribunal procedió a señalar fecha para la celebración de la audiencia preliminar, tal y como lo establece el artículo 102.3²⁶¹ para la fecha del 10 de diciembre de 2018.

²⁶¹ "102.3 Audiencia preliminar. Contestada la demanda o reconvenición, si no existe aspecto procesal que amerite resolución interlocutoria, si es necesario, se señalará hora y fecha para la audiencia preliminar que deberá realizarse a la mayor brevedad posible. Esta audiencia la realizará uno de los jueces del tribunal del lugar donde esté radicado el proceso.

En dicha audiencia se cumplirán las siguientes actividades:

1. El informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver.
2. La conciliación.
3. La ratificación, la aclaración, el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo.
4. La contestación por el actor o el reconvencido de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba.

Uno de los principales objetivos del Código Procesal Civil actual era concentrar las actuaciones necesarias para concluir los procesos. Esto se manifestó en el modelo de audiencias que presenta, pues su diseño es completamente estratégico. Una de los factores que más se le criticaba al Código Procesal Civil de 1989 era la facilidad con lo que los procesos se estancaban bajo múltiples incidentes, recursos y audiencias, por lo que en la versión vigente se buscó evitar esto. Dos de estas medidas son, primero la arquitectura del proceso gira alrededor de las audiencias orales dejando atrás la modalidad escrita, y segundo, se amplían las facultades del Juez para controlar el proceso, a costas de las facultades de las partes, puesto que, en comparación a la versión anterior de esta norma, sus posibilidades recursivas y de intervención se ven reducidas en una gran medida. Tal como se vio en los capítulos anteriores, un mayor poder implicó directamente, una mayor capacidad de construir la verdad.

Estas dos medidas mencionadas se pueden observar fácilmente en la figura de la audiencia preliminar, que la desarrolla el artículo 102.3. El diseño que se le da a los procedimientos en la norma que interesa a esta investigación no es inocente, en el sentido que tiene una intención sumamente clara. En la audiencia preliminar se concentran una gran cantidad actos que deben ser resueltos de manera oral, esto con la finalidad de evitar la realización de varios señalamientos y resoluciones, cada una

5. La recepción, la admisión y la práctica de prueba pertinente sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales.

6. La resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento.

7. La definición de la cuantía del proceso.

8. La fijación de lo que será objeto del debate.

9. La admisión de pruebas, las disposiciones para su práctica y el señalamiento para la audiencia complementaria cuando sea necesaria.

10. La resolución sobre suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente".

potencialmente abriendo la posibilidad a recursos, que aun cuando se declarasen improcedentes, implicarían un importante atraso.

Como ya se había mencionado, una de las grandes críticas que se le hacía a la versión de 1989 del código era la facilidad con la que los procesos se ahogaban en distintos trámites que se tenían que resolver casi de manera individual por la naturaleza escrita que tenían. Por eso al juntar diez trámites en una primera audiencia, se pretende que el Juez tenga una mayor disposición sobre todos los puntos a discutir, manteniendo en su control el ritmo del proceso.

Ambas partes se presentaron el día, a la hora y en el lugar señalado por el tribunal para la celebración de la audiencia preliminar. Puesto que **EBA** planteó la excepción de litisconsorcio pasivo incompleto, el tribunal estableció que este sería el primer punto a discutir, esto ya que en caso de que se declarara con lugar, se podría generar indefensión con lo que se resuelva, puesto que una parte involucrada no estaría presente.

EBA inició su argumentación respecto a este punto con que las pretensiones de **ADA** están íntimamente relacionadas con **SER**, que incluso se refieren directamente a bienes que son propiedad de esta última. Continuó con su exposición diciendo que tampoco se le podían imputar a **EBA** las declaraciones hechas por **SER**, y que al estarse reclamando este extremo debía llamársele como parte procesal.

ADA por su parte contra argumentó que no tiene ninguna pretensión sobre el patrimonio de **SER**, o sobre sus actuaciones. **ADA** continuó indicando que su demanda únicamente alega que **EBA** incumplió el contrato que habían pactado, y que el medio por el que se percataron de esto fue por las declaraciones de **SER**, que incluso el peritaje podría realizarse mediante los diseños de mesa que **EBA** realizó antes de la fabricación de las mesas para determinar cuál era mejor. Finalmente recalcó que **ADA** nunca ha tenido ninguna interacción con **SER** ni considera que dicha sociedad haya

cometido falta alguna ya que no tenía ninguna forma de saber del contrato que se había pactado.

*El tribunal se encuentra en un caso límite, puesto que ambas partes tienen posiciones considerables en sus argumentos respecto a si **SER** debe incorporarse o no como parte en el proceso. Cualquiera de las dos posiciones podría ser tomada y justificada dentro del ordenamiento jurídico de una manera sencilla, pero como se desarrolló en los capítulos anteriores, solo el tribunal está legitimado por el sistema para tomar una decisión impositiva. En las resoluciones judiciales se observa esta posición de legitimidad, a través del lenguaje utilizado, como las decisiones que toma el juez no se muestran como simples puntos de vista en un debate abierto, sino como la única conclusión lógica posible, se arroga la posición de la indiscutible voz de la ley. Las frases que se utilizan en la sección de Considerando en las sentencias son sumamente asertivas, normalmente inician como: "El ordenamiento indica...", "Es claro que la norma debe interpretarse según...", etc. Esto con el objetivo de demostrar el poder que tiene su facultad decisoria frente a las partes, ya que no está indicando una posible interpretación del debate jurídico, está imponiendo la única versión respaldada por el poder estatal, se está imponiendo una verdad sobre aquellos que solo pueden sugerir sus versiones.*

*Respecto a la decisión sobre si **SER** debe o no ser incorporada como parte al proceso, al final de cuentas no es solo importante lo que decida el tribunal sino también el que decida, en el sentido que la función social del Juez es poner fin a los conflictos sociales, y dichas disputas entre dos o más versiones de un hecho son solucionadas en el sistema judicial imponiendo una versión que de ese punto en adelante se tendrá como la verdadera, en el sentido que el caso no puede proseguir hasta que se haya resuelto este punto.*

El Tribunal procedió a declarar sin lugar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, dándole la razón a los argumentos que presentó **ADA**. Prosiguió la audiencia preliminar en el orden que establece el artículo 102.3. Las partes no lograron alcanzar algún acuerdo conciliatorio, no hubo ninguna solicitud de

rectificación o aclaración sobre los escritos puesto que ambas partes estaban de acuerdo en cuales eran los hechos en disputa, **ADA** presento su contestación a las excepciones materiales interpuestas por **EBA**, no había ningún reclamo por actividad procesal defectuosa o semejante y se fijó la cuantía del proceso, se admitió la prueba pericial solicitada por **ADA** que se realizaría mediante los diseños de las mesas que produjo **EBA** para ambas empresas. Además, el tribunal, haciendo ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 41.3²⁶² en sus últimos dos párrafos, y añadió como prueba testimonial al representante de **SER**, al cual se le interrogaría sobre sus negociaciones con **EBA**, y finalmente, se señaló fecha para la audiencia complementaria para diez días después.

*Importante mencionar que la decisión de rechazar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no puede ser recurrida por lo dispuesto en la norma, por lo que **EBA** queda sin posibilidad alguna de disputar dicha decisión. Además, lo que dispone el artículo 41.3 del código es uno de los cambios más grandes que trajo esta versión de la norma ya que le otorga al Juez la posibilidad de sugerir prueba, y hasta ordenar a las partes la incorporación de prueba al proceso. Estas facultades probatorias rompen por completo, la filosofía del principio de disposición, puesto que se abandona el sistema donde la comprobación de los hechos pertinentes al caso, corresponden únicamente a las partes y el Juez adquiere la facultad de buscar probar situaciones específicas.*

²⁶²41.3 Admisibilidad de la prueba. Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal. En una misma resolución el tribunal indicará la prueba admitida y la que rechaza.

En la audiencia en que se admiten las pruebas, el tribunal podrá proponer a las partes la incorporación de otras no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio.

En la audiencia de prueba, excepcionalmente, si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes, respetando los principios de contradicción y de concentración”.

A partir que, en el proceso, la parte actora busca probar que sus pretensiones son procedentes y la parte demandada querrá probar lo contrario, existía –al menos en nivel teórico-, un balance entre las partes y que gozaban los mismos derechos procesales. Sin embargo, el Juez al ser un agente probatorio, descuadra este esquema tradicional, ya que, al ser un ente neutral en la disputa, no tiene un interés predispuesto, por lo que es impredecible a los intereses de que parte beneficiarán y a cuál perjudicarán. Además, no se establece ninguna limitación a estas facultades probatorias del Juez, por lo que potencialmente puede convertirse en el principal aportador de prueba.

Como se acababa de mencionar, cuando se realiza el aporte de algún medio probatorio es para probar algo en específico, siempre hay un objetivo detrás de este acto, y esto no es distinto para el juez. Esta facultad de aportar prueba permite que el juez maneje su propia agenda y objetivos en el proceso, entonces la pregunta importante no es que prueba pretende aportar el juez, sino que pretende lograr con ella.

Se nombró a un perito especializado en carpintería y muebles de alta calidad para que valorara los diseños de las mesas que se le vendieron a **ADA** y **SER**, y respondiera las preguntas que solicitó **ADA** en su demanda. El perito procedió a realizar un estudio comparativo entre los diseños y en dicho informe indicó lo siguiente:

“1- ¿Entre ambos modelos de mesa, cual presenta los acabados de mayor calidad?

R/ Son estilos distintos de mesas. La que se preparó para **ADA** es un diseño clásico, tiene una gran cantidad de acabados en los bordes de la parte superior y patas. En cambio, la que se preparó para **SER**, es un diseño moderno, que se caracteriza por las superficies planas y esquinas en ángulos de noventa grados. Entonces el diseño de **ADA** tiene más acabados que el de **SER**, pero esto no significa que sean de mayor calidad, sino que son diseños distintos.

2- ¿Entre ambos modelos de mesa, cual fue hecho con mejor madera?

R/ Según los diseños, ambas mesas serían realizadas con el mismo tipo de madera que sería Madero Negro.

3- ¿Entre ambos modelos de mesa, cual tiene un mayor valor de mercado?

R/ Aun cuando los diseños son sumamente distintos, el valor de mercado para ambas mesas sería sumamente similar y rondaría entre un millón quinientos mil y dos millones de colones. Esto ya que tanto el estilo clásico como el moderno son sumamente cotizados por los consumidores, y dada la alta calidad de la madera y construcción en ambas, tendrían valores sumamente similares al momento de venderlas”.

Tal y como dispone el artículo 102.5²⁶³ del código de rito, se inició la audiencia complementaria. En primer lugar, se evacuó el peritaje realizado sobre los dos diseños de mesa. La representación legal de **ADA** hizo varias preguntas dirigidas a que el perito digiera que potencialmente el diseño de **SER** podría llegar a tener un mayor valor en el mercado, pero el perito fue enfático en que ambas mesas tenían un valor del mismo rango en la actualidad, y que las variaciones futuras no podían ser previstas. La representación de **EBA** vio esto como una oportunidad y sus preguntas estuvieron dirigidas a que el perito explícitamente digiera que el peritaje realizado concluía que el diseño de la mesa de **SER** no era de una mayor calidad que el de **ADA**, situación que logró con facilidad. Finalmente, el tribunal se concentró a cuestionar al perito sobre la metodología que se utilizó para determinar el valor en el mercado de

²⁶³ "102.5 Audiencia complementaria. La audiencia complementaria deberá realizarse dentro de los veinte días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, salvo que se justifique un plazo mayor. En esta audiencia deberán cumplirse las siguientes actividades:

1. La práctica de prueba.
2. Las conclusiones de las partes.
3. La deliberación y el dictado de la sentencia.”

ambos diseños, sobre esto el perito respondió que utilizó como referente los encargos que él había recibido en el último año.

Luego se procedió a evacuar la prueba testimonial del representante de **SER**. La representación de **ADA** enfocó sus preguntas respecto a la calidad de las mesas que le solicitó **SER** a **EBA**, y el por qué afirmaron que eran las mejores en sus espacios publicitarios. A esto el representante de **SER** respondió que la expectativa de la calidad de las mesas que solicitaron era alta pues **EBA** es una empresa consolidada en el mercado y con una fama considerable, pero que explícitamente nunca se indicó el nivel de calidad, y respecto a los espacios publicitarios indicó que estaban tan impresionados con las mesas que no les pareció una afirmación incorrecta. El abogado de **EBA** únicamente preguntó si en algún momento se le dio la expectativa a **SER** de que las mesas iban a ser las mejores producidas por **EBA**, a lo que el representante respondió que no, nunca se hizo esa afirmación ni se dio esa expectativa. El tribunal preguntó al representante de **SER** si durante la negociación entre su representada y **EBA**, esta última en algún punto mencionó su contrato con **ADA**, o su impedimento contractual de construir una mejor mesa. El representante de **SER** respondió de manera negativa en ambas preguntas, e indicó que su representada en ningún momento tuvo conocimiento ni del contrato entre **ADA** y **EBA**, ni de la prohibición contractual de producir mejores mesas.

Ambas partes prosiguieron con sus conclusiones, **ADA** recalcó que **EBA** cometió un incumplimiento contractual grave al producir mesas que potencialmente eran mejores que las que fabricó para su representada. La representación de **EBA** por su lado argumentó que la actora no logró probar que las mesas de **SER** fueran mejores, puesto que el peritaje estableció que ambos modelos de mesa tenían virtualmente el mismo valor.

El tribunal procedió a dictar sentencia al quinto día posterior de la audiencia complementaria, tal y como lo dispone el artículo 61.1²⁶⁴. En dicha resolución declaró con lugar la demanda de **ADA** y condenó a **EBA** por los daños causados y a las costas del proceso. El tribunal justificó su decisión con que el estudio de mercado realizado por el perito no era confiable, puesto que se basó únicamente con los pedidos que su persona había recibido y esto no indica de ninguna forma el verdadero estado actual del mercado, además su justificación de por qué las consideraba de un mismo valor carecía de fundamentos objetivos, y por lo tanto no aportó información relevante al proceso. Por lo anterior, el tribunal procedió a comparar los diseños de ambas mesas, y, en ejercicio de máximo valorador de las pruebas, consideró que la de **SER** efectivamente es de mejor calidad. Sobre la prueba testimonial el tribunal indicó que las declaraciones del representante de **SER** demostraron la falta de buena fe comercial de **EBA**, ya que nunca mencionó su impedimento contractual a **SER**. Por estas razones el tribunal consideró que **EBA** efectivamente incumplió la prohibición dispuesta en el contrato que celebró con **ADA**, y por lo tanto las pretensiones de la demanda eran procedentes.

*Tal y como se desarrolló en el capítulo segundo de esta investigación, es en las facultades que tiene el Juez que no tengan las partes donde se pueden ver la relación de poder que se da, puesto que solo al haber disparidad pueden surgir. En la sentencia que recién se vio, el tribunal hizo ejercicio de su facultad de intérprete de la prueba en una manera que benefició a **ADA** y perjudicó a **EBA**. Las partes pueden ofrecer toda la prueba que quieran, pero al final quien decidirá, con amplia libertad valga aclarar, cuál de esta es procedente, y como se interpretará, siempre será el Juez. Este desbalance se incrementa*

²⁶⁴ "61.1 Emisión de la sentencia. Concluida la audiencia de prueba, en cualquier tipo de proceso, se procederá al dictado de la sentencia. De ser posible se emitirá oralmente en ese acto. Para tal efecto, el tribunal podrá ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente se deberá digitar y se entregará a las partes una reproducción en el acto de la notificación.

Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro de los cinco días siguientes.

En procesos muy complejos lo que se informará a las partes se dictará por escrito, dentro del plazo de quince días".

aún más con la nueva facultad de incorporar prueba, puesto que ahora el Juez puede perseguir libremente su propia teoría del caso desde muy temprano en el proceso.

Por supuesto el Código Procesal Civil establece criterios para la apreciación de la prueba, esto en el artículo 41.5²⁶⁵, sin embargo, tal y como se desarrolló en el primer capítulo de esta investigación, dicho artículo está lleno de conceptos indeterminados y sumamente abiertos, por lo que realmente no limita al juez a realizar una u otra interpretación, sino que sirve en términos genéricos como fundamento para que el juez superior pueda justificar sus discrepancias interpretativas respecto al apelante o con el juez cuya resolución está analizando. Lo anterior se puede ver en las cientos de sentencias que fueron apeladas y modificadas en instancias ulteriores, donde el juez inferior justificó su interpretación A en figuras como “criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano”, y el juez superior justificó su interpretación B en exactamente los mismos conceptos.

*En este recorrido por la primera instancia de un proceso se pretendió mostrar la posición de poder en la que se encuentra el Juez al aplicar el presente Código Procesal Civil, pero aún más importante, como es en el ejercicio de su poder que se crean las verdades. Por ejemplo, si **EBA** no presenta recurso de casación y la sentencia queda en firme, lo dictaminado por el tribunal se vuelve una verdad indiscutible para el sistema jurídico, en la ejecución de sentencia poco importaría que se realizara un estudio de mercado que se basara en todas las compras de mesas a nivel nacional que indicara que efectivamente la mesa de **ADA** tenía un mayor valor, una vez que se vuelva cosa juzgada material, **EBA** incumplió su contrato puesto que se determinó que las mesas de **SER** eran mejores con el único criterio de respaldo siendo que al tribunal esa le pareció más*

²⁶⁵ “41.5 Apreciación de la prueba. Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas”.

estética. Aquí se muestra que la verdad no es un descubrimiento, sino una decisión tomada por aquellos que pueden tomarla.

En el siguiente subcapítulo se procederá a analizar la segunda instancia, y lo que implica la posibilidad recursiva en el balance de poder y en el proceso de la formación de la verdad en los procesos civiles.

c. La casación de la sentencia.

Antes de iniciar con el caso propiamente, es importante hacer un breve comentario sobre la estructura recursiva que trae el Código Procesal Civil, y como se diferencia de lo que disponía la versión anterior de la norma. En la versión de 1989 del código, un proceso ordinario de mayor cuantía, como el que se está utilizando de ejemplo, tendría tres instancias. La primera que se daría en un juzgado civil, la segunda en un tribunal civil, y la tercera que sería la casación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En cambio, tal y como lo dispone el artículo 67.5²⁶⁶ se excluye de manera expresa a las sentencias de los procesos ordinarios de mayor cuantía del recurso de apelación, y por lo tanto se elimina la segunda instancia. En cambio, el artículo 69.1²⁶⁷ limita el acceso al recurso de casación a básicamente a los procesos ordinarios de mayor cuantía o inestimables. Por lo tanto, únicamente los procesos ordinarios cuya cuantía sea inestimable siguen teniendo tres instancias, los demás han sido limitados a únicamente dos. La intención de este cambio es clara, acortar la duración de los procesos limitando las posibilidades de las partes de apelar las sentencias.

²⁶⁶ "67.5 Apelación de sentencias y efectos. Las sentencias, salvo las dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía, tendrán recurso de apelación. Las que se dicten en ejecución de sentencia únicamente tendrán ese recurso. Su admisión no produce efectos suspensivos; el tribunal mantiene su competencia para seguir conociendo de todas las cuestiones que se tramiten en pieza separada, medidas cautelares, tutelares y ejecución provisional".

²⁶⁷ "69.1 Resoluciones contra las que procede. El recurso de casación podrá interponerse contra sentencias dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía o inestimables y en los supuestos que la ley señale expresamente. La modificación del monto fijado para establecer la mayor cuantía, luego de iniciado un proceso, no impedirá el acceso al recurso".

Nuevamente, esto tiene implicaciones importantes en el balance de poder que se da entre las partes y el Juez. Hay una correlación directa e inversa entre la importancia de cada sentencia, y la cantidad de instancias posteriores, esto en el sentido que, en la versión anterior del código, si se tenía un resultado desfavorable en primera instancia, aún quedaban potencialmente 2 oportunidades más para revertir lo dictado. En otras palabras, cada instancia significaba tan sólo un 33% de todas las posibilidades para obtener un resultado favorable, en cambio cuando se recortan a únicamente dos instancias, cada una representa un 50%, por lo que al tener un resultado desfavorable en la primera instancia la parte queda en una posición de mayor sujeción.

Además, hay que agregar que el recurso de apelación y el de casación son distintos, este último tiene una formalidad mayor, y por lo tanto, que llegue incluso a revisarse es aún más difícil que si se tratase de una apelación de sentencia. La intención de esto era limitar aún más las posibilidades de las partes de contrarrestar las sentencias de primera instancia, hay que mantener en mente que la posibilidad de recurrir las sentencias son la única defensa que tienen las partes frente a resultados adversos a sus intereses, y por lo tanto la única vía que poseen para influir en lo que se tendrá como cierto una vez finalizada la primera instancia. Con esto se deja visible como la balanza de poder y verdad sufrió otro cambio a favor del Juez en la versión actual del código procesal civil.

Viendo el resultado poco favorable que obtuvo con el Tribunal Colegiado de Primera Instancia, el representante legal de **EBA** procedió a interponer un formal recurso de casación contra dicha sentencia por el fondo. Tal y como dispone el artículo 69.2²⁶⁸,

²⁶⁸ "69.2 Causales. El recurso de casación podrá fundarse en razones procesales y de fondo.

Procederá por motivos de orden procesal cuando se funde en lo siguiente:

1. Infracción o errónea aplicación de normas procesales que sean esenciales para la garantía del debido proceso, siempre que la actividad defectuosa no se haya subsanado conforme a la ley.
2. Vulneración del principio de inmediación por ausencia de jueces en la audiencia de prueba, conclusiones o deliberación.

existen dos causales para interponer dicho recurso, procesales y de fondo, en el presente caso la causal que se alegó fue la de fondo. En específico la del inciso a): “Violación de las normas sustantivas aplicables al caso concreto. Esta causal comprende la infracción a las normas legales sobre valoración de la prueba y error en la interpretación de la prueba.”, y su argumentación era que el tribunal de primera instancia no valoró la prueba en conformidad al ya mencionado artículo 41.5 de la misma norma, específicamente que la decisión del tribunal de desconocer por completo la prueba pericial por no estar de acuerdo con la metodología implicaba una valoración parcial de la prueba, y que su afirmación de que las mesas de **SER** eran mejores se basara únicamente en la apreciación del tribunal, era contrario a los criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano.

En este punto es necesario desarrollar como el recurso de casación tuvo grandes cambios de la versión anterior del Código Procesal Civil a la actual. Como ya se había mencionado al inicio de este capítulo, la versión actual de esta norma tiene como eje transversal la oralidad como principal medio para llevar a cabo el proceso, hecho que

-
3. Haberse dictado la sentencia por un número menor de los jueces exigidos por ley.
 4. Ausencia o contradicción grave en la fundamentación.
 5. Haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos ilegalmente al proceso.
 6. Incongruencia.

No será motivo para recurrir la falta de pronunciamiento sobre costas, incidentes sin influencia directa en el fondo del asunto, o cuando no se hubiera pedido adición del fallo para llenar la omisión.

Solamente podrá alegar una causal de casación, por razones procesales, la parte a quien hubiera perjudicado la inobservancia de la ley procesal. Además, es indispensable, cuando el procedimiento lo permita, haber gestionado la rectificación del vicio y haber agotado todos los recursos procedentes contra lo resuelto.

Procederá el recurso de casación por razones de fondo, cuando se funde en:

- a) Violación de las normas sustantivas aplicables al caso concreto. Esta causal comprende la infracción a las normas legales sobre valoración de la prueba y error en la interpretación de la prueba.
- b) Quebranto de la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente esa excepción”.

rompió con siglos de tradición civilista escrita. Esto se ve reflejado en la casación, puesto que en la versión anterior de la norma dicha instancia era completamente escrita, no se realizaba ninguna audiencia y la intervención de las partes se limitaba únicamente a presentar sus argumentos por vía escrita ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En cambio, en la versión actual de dicho código, se introduce la posibilidad de que se celebre una audiencia presencial, e incluso se incluye la posibilidad de incorporar prueba nueva, por las partes o por el mismo tribunal, tal y como lo dispone el artículo 69.7²⁶⁹. Esto significa una dinamización de esta etapa procesal en comparación a su versión anterior, esto tiene sentido cuando se toma en cuenta que, si se eliminaba la segunda instancia y se dejaba la modalidad de casación intacta, implicaría que únicamente los jueces de la primera instancia tendrían el poder total sobre la prueba e intermediación con las partes, dejando poco margen de control sobre lo que estos dictaran.

²⁶⁹ "69.7 Procedimiento del recurso de casación

1. Emplazamiento. Presentado el recurso, el tribunal remitirá el expediente y le conferirá un plazo de cinco días a la parte contraria para que acuda ante el superior a hacer valer sus derechos.

2. Admisión y señalamiento para la audiencia. Recibido el expediente, la sala de casación resolverá sobre la admisión del recurso. Si lo admitiera de oficio o a solicitud de partes, y siempre que la sala lo estime pertinente, convocará a la audiencia oral.

3. Prueba en casación. La admisión de prueba en casación tendrá carácter restrictivo y excepcional. Únicamente se podrá admitir aquella que sea estrictamente necesaria para resolver los puntos objeto de impugnación, cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte. La sala solo ordenará prueba de oficio cuando sea indispensable.

4. Audiencia oral. La audiencia oral será presidida por el integrante relator. Cuando el señalamiento para audiencia se haga a petición de parte, la ausencia injustificada de la parte recurrente que la pidió implicará el desistimiento de su recurso. La audiencia se iniciará con la identificación del proceso, la mención de las partes intervinientes y la indicación de la forma como se va a desarrollar la audiencia. El presidente dará la palabra, en primer lugar, a la parte recurrente y le indicará el tiempo durante el cual hará su exposición, le requerirá que lo haga de forma ordenada en cuanto a cada uno de los vicios acusados. No se permitirá la lectura de escritos, ni documentos, salvo que se tratara de citas de pruebas o de textos legales o doctrinarios que podrán ser leídos únicamente en lo conducente. Terminada la exposición de los recurrentes, dará la palabra a la parte o las partes contrarias por el mismo tiempo.

Cuando se considere necesario, se permitirán réplicas y contrarréplicas. En todo caso, los integrantes podrán solicitar aclaraciones o explicaciones a las partes. Concluida la audiencia, la sala se retirará y deliberará cuantas veces sea necesario para resolver el recurso".

Hay que recordar que la relación de poder no se da exclusivamente entre las partes y el juez, sino que, entre jueces inferiores y superiores también, como se desarrolló en el segundo capítulo del presente trabajo. La posibilidad de recurrir sentencias no es para que la parte perdedora pruebe su suerte con otro juez, sino para ejercer un control directo sobre que interpretación y aplicación que se le está dando a las normas por parte de los jueces inferiores. De esta manera, se busca mantener una unidad en los criterios jurisprudenciales, rechazando todos los criterios disidentes, y manteniendo en teoría una seguridad jurídica en cuanto a que no coexistirán más de una interpretación a las normas, y por lo tanto la población sabe que esperar del sistema jurídico, es decir, la implementación de una única solución verdadera a la controversia.

El Tribunal Colegiado, otorgó el plazo de 5 días hábiles para que **ADA** se apersonara ante la Sala de Casación para hacer valer sus derechos. **ADA** procedió a presentar un escrito ante la sala para exponer sus argumentos, en los cuales sostenía que la sentencia de primera instancia estaba apegada a derecho completamente, defendió la decisión de no tomar en cuenta el peritaje por la metodología utilizada, y reiteró que el tribunal es por antonomasia el máximo valorador de la prueba, por lo que decidir cuál mesa era mejor no fue una extralimitación.

Siendo que el recurso planteado cumplía con los requisitos y no incurrió en causales de rechazo de plano, artículos 69.4 y 69.5²⁷⁰, la sala declaró admisible el recurso y

²⁷⁰ "69.4 Requisitos

El recurso deberá indicar:

1. La naturaleza del proceso, las partes y la hora y fecha de la resolución impugnada.
2. La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas.
3. La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos de forma ordenada, clara y concisa.

69.5 Rechazo de plano. El recurso de casación será rechazado de plano cuando:

1. No sea posible identificar el proceso.
2. Sea presentado de forma extemporánea.

señalo la fecha para la respectiva audiencia oral, la cual se celebraría 5 días después. El día de dicha audiencia, ambas partes se apersonaron y se dio inicio. El integrante relator de la Sala de Casación dio la palabra en primer lugar a la representación legal de **EBA** para que expusiera sus alegatos, y posteriormente a **ADA** para que ejerciera su derecho a la defensa. Ambas partes reiteraron los mismos argumentos que expusieron en sus escritos, la Sala de Casación dio por finalizada la audiencia y se retiró para deliberar su veredicto.

El actual Código Procesal Civil entró en vigencia hasta octubre de 2018, esto significa que los tribunales apenas están empezando a tramitar procesos utilizando esta normativa, por lo que aún no se ha consolidado ninguna línea jurisprudencial por parte de los tribunales superiores. Que tanto se permitirá o restringirá las facultades decisorias del juez es una interrogante que aún no se puede responder, puesto que se necesitarán años de litigios para que se vayan formando criterios claros sobre la forma autorizada de interpretar la norma, y como ya se analizó anteriormente, lo que diga el texto de una norma no es tan importante como la forma en que se interpreta dicho texto.

Esta investigación se debe limitar únicamente a exponer la estructura que presenta el código y mencionar posibles usos que hagan los jueces de los mecanismos procesales que contiene, sin embargo, no se puede cometer el acto tan bisoño de pretender predecir los criterios que se formarán en casación a través de los años. Por esta razón no se expondrá cual fue el criterio final de la Sala de Casación en el caso de ejemplo, pero si se discutirán

-
3. La resolución impugnada no admita este tipo de recurso.
 4. No se expresen con claridad y precisión las infracciones acusadas.
 5. Se omita fundamentarlo jurídicamente.
 6. Tratándose de una nulidad procesal no sea de las previstas como causal, no sea reclamada ante el tribunal correspondiente, o no se haya interpuesto recurso contra lo resuelto al invocarla.
 7. Se refiera a cuestiones no alegadas oportunamente, ni debatidas en el proceso, salvo que se involucren normas imperativas o de orden público”.

posibles rutas que podría tomar ante el dilema de las nuevas libertades y poderes de juez.

*El ya mencionado artículo 41.5 utiliza terminología sumamente vaga para establecer los límites al momento de apreciar la prueba, y esto no es accidental. Se tiene que entender que el punto de incorporar conceptos indeterminados en una norma es dar libertad para decidir, en casos concretos, como llenar esa indeterminación, tal y como se mencionó en el primer capítulo. El tribunal de primera instancia perfectamente puede justificar su sentencia en su facultad de buscar la verdad y en los “criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano” en cuanto a la incorporación de la prueba testimonial, la realización de una valoración directa sobre las mesas y no tomar en cuenta la prueba pericial. Pero, de la misma manera, también se puede razonar bajo los mismos principios, declarar que **ADA** no logró demostrar que las mesas de **SER** eran mejores que las suyas.*

El texto del código actual es claramente expansivo en cuanto a las facultades del juez, incorporación de prueba, menos posibilidades recursivas contra lo que dicten, y en general, un mayor control sobre la estructura del proceso solo para mencionar algunos. Ahora dependerá de los tribunales superiores si atemperan estos nuevos poderes, o si más bien los cristalizan en sus fallos. Un juez con mucho poder no es algo negativo en sí mismo, tal y como se mencionó al inicio de este capítulo, se aspiraba que con esta versión de la norma se corrigieran muchos portillos que las partes utilizaban para paralizar los procesos civiles, por eso este fortalecimiento bajo una concepción paternalista de un lado, y el debilitamiento del otro no es sorpresivo. Esta decisión le corresponderá tomarla a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: limitará a los jueces, o dará el visto bueno a procesos mucho más controlados y con menos participación de las partes.

Probablemente, se atemperen ciertas facultades y otras se refuercen con el pasar del tiempo, pero, por lo visto anteriormente, en general si se verá un incremento en la injerencia del juez de decidir que se tendrá como verdadero y que no al momento de finalizar el proceso. El juez siempre ha sido un creador de verdades al ser el intérprete

autorizado de la norma y pruebas, sin embargo, esto no significa que sus facultades fueran ilimitadas, las partes y otros jueces tienen funciones de contrapeso muy claras. El actual código representa un cambio claro en dichos contrapesos que permitirá que el juez pueda moldear la verdad en los procesos con mucha más libertad.

En este caso ejemplo se pretendió demostrar la relación de poder en que están las partes respecto al Juez, como estas primeras dependen de enorme manera en las opiniones de este último. Cómo el Juez está en una posición donde sus criterios se encuentran en una clara superioridad jerárquica, no por que estén mejor fundamentadas o tengan un mayor respaldo, sino únicamente por que son suyas. Esta situación de desigualdad se puede observar a diario en los tribunales, y no es algo negativo, puesto que la función del Juez es primordialmente poner fin a disputas y esto lo hace emitiendo su criterio en cada caso. Sin embargo, no se debe confundir la capacidad otorgada al Juez de imponer sus valoraciones en los casos de su jurisdicción, con “verdades”.

Como se vio en los dos primeros capítulos de esta investigación, las decisiones judiciales son realizadas a través de una compleja red de elementos discursivos propios del Derecho, no mediante herramientas epistemológicas que permiten acceder al esotérico mundo de lo “verdadero”. Esta distinción es necesaria para evitar caer en el error de considerar las resoluciones judiciales como actos de verdad, y no como los actos de poder que son. Además, se pretendía demostrar como la resolución judicial es tan solo la superficie visible de esta construcción tan compleja en sus ramificaciones.

Nuevamente se reitera que esto no es una crítica al ejercicio judicial, puesto que es una parte vital de la sociedad moderna, sin embargo, teniendo el Juez una función tan importante y siendo sus facultades tan amplias, tener claridad en cómo se producen las resoluciones en los tribunales adquiere un interés para evitar abusos o malas prácticas derivadas de un pobre entendimiento del funcionamiento interno de la labor jurisdiccional. Como se mencionó al inicio de este trabajo, las decisiones que tomen los jueces afectarán el curso de incontables vidas y el destino de patrimonios enteros, y por

esto resulta imperativo analizar con detalle cómo se llegan a formar los criterios decisorios.

CONCLUSIONES

1. Existe una vaguedad interna a la norma jurídica, esta misma no está pre construida, razón por la cual debe ser interpretada, y siendo que no es posible atribuirle una única solución al texto, el producto de dicha interpretación será fruto de la subjetividad del Juez.
2. Esta indeterminación de la norma es uno de los principales retos del Juez, pues es este último quien debe darle un contenido en sus resoluciones frente a las partes. En este sentido el Juez pasa de tener un rol de mero ejecutor del derecho, a ser propiamente un creador de este. Dicho cambio de paradigma implica una mayor responsabilidad para el Juez, puesto que no debe limitarse a realizar análisis simplistas de los textos normativos y escudarse en que esa es la voluntad del legislador.
3. El mismo ordenamiento reconoce que las normas son inciertas, y se instrumentaliza esta vaguedad en los textos jurídicos cuando se le quiere dar márgenes de libertad al Juez, esto con el fin de que pueda adecuarse a las particularidades de cada caso. De esto se desprende que la ambigüedad del texto no es un obstáculo para el derecho, sino más bien lo que permite que normas abstractas puedan ser aplicadas en situaciones concretas.
4. El término de “lógica jurídica” resulta ineficaz como mecanismo de estandarización de las decisiones judiciales. En un primer lugar, el término no es unívoco y diversas prácticas se pueden confundir como una especie de lógica. Y en segundo lugar, puesto que en la práctica dichas decisiones no resultan de un ejercicio objetivo por parte de la persona juzgadora, ya que el mismo no puede abstraerse de la norma indeterminada, más bien éste utiliza un razonamiento

invertido en el cual se decide primero por la conclusión y luego escoge las premisas necesarias para sostener dicho resultado.

5. Para Foucault, al no existir una continuidad o lazo de unión entre la naturaleza y el ser humano, a este último le es imposible un conocimiento objetivo, es decir enteramente libre de subjetividades, razón por la cual sus acciones no pueden responder a una realidad imparcial, sino que el nexo causal del conocimiento subyace en los factores políticos y económicos de una sociedad determinada, por lo que dicho conocimiento es una reproducción de una relación de poder.
6. La falta de una verdad absoluta y atemporal permite afirmar que el proceso judicial, como concepto teórico, es un mecanismo de control que funge como método y técnica de administración de poder, uno de sus propósitos es formar, determinar y dictar una verdad externa, a partir de la jerarquización de saberes y su corolario de descarte al igual que el menosprecio de distintos puntos de vista en el seno de la genealogía del conocimiento, especialmente en la búsqueda de un discurso “científico”.

Es la relación entre la ideología económica imperante y los mecanismos de poder quienes legitiman ciertos tipos de discursos (sean estos “científicos” o “verdaderos”), mientras que desacreditan otros, calificados por Foucault como “populares” por su origen. Por lo que la concepción de “verdad” dentro de una sociedad es el resultado de una “economía política” del poder. Entendiendo esta como un sistema de producción y distribución de conocimientos, lo *verdadero* resultaría de una lucha de fuerzas entre los mismos, mediante la cual uno se impone sobre las demás, y por lo tanto se constituye como imperativa.

7. Para Michel Foucault, las ramas del conocimiento, como el derecho, están caracterizadas por manifestarse en dos formas distintas. Como cuerpo de conocimiento, que sería la totalidad de información que se maneje dentro del mismo. Como discurso, que sería la forma en que las personas versadas en dicha rama de conocimiento ejercen dichas saber especializado. Ambas facetas son

complementarias y están en constante interacción y cambio, y es en el estudio de sus dinámicas donde se puede observar la creación del conocimiento.

8. El derecho, siendo a la vez cuerpo de conocimiento y discurso, funciona como un organismo en continua evolución respecto a su contenido, y las formas en que los abogados utilizan su saber jurídico. Sin embargo, no es un proceso de descubrimiento de verdades objetivas lo que caracteriza esta evolución del derecho, las verdades se crean y se destruyen en un complejo juego de jerarquías y poder.

9. El tiempo en vigencia del antiguo Código Procesal Civil fue relativamente breve, lo que permite descartar un cambio social o doctrinario lo suficientemente marcado para ameritar una reforma de dicha amplitud sobre su texto. Incluso, del estudio de ambos textos, es fácil identificar que tanto el derogado Código Procesal Civil de 1990 como su sucesor, comparten objetivos y finalidades políticas, al igual que abordan las mismas problemáticas, todas en aras de lograr una “justicia pronta y cumplida”. Las principales diferencias se atribuyen a los roles que juegan las partes en el nuevo proceso, del análisis al nuevo Código Procesal Civil resulta claro que los redactores se decantaron por un Juez activo de corte paternalista con potestades ampliadas para ejercer una relación de poder más definida sobre los sujetos procesales. Lo anterior tomando en plena consideración el contexto social en el cual se encontraba el proceso civil especialmente la falta de capacitación técnica de los litigantes, así como el uso repetido por parte de estos a nivel general de medidas dilatorias, lo cual tenía por efecto el entorpecimiento de los procesos civiles.

10. Este trabajo considera que hay grandes posibilidades de que los jueces van a decantarse primero por llegar a un cierto nivel de certeza sobre los hechos descritos, como prioridad por encima del derecho de las partes de obtener una resolución dentro de un “término razonable”, esto por cuanto se considera un requisito, así como un mecanismo de control interno, la fundamentación de la

sentencia. Lo que pone en contradicción la consecución de ambos objetivos del proceso civil, la búsqueda de la verdad y el manejo efectivo de los casos, lo que significa que dicho texto se encuentra imbuido del formalismo o normativismo jurídico.

11. El Código Procesal Civil en su redacción da un mayor margen de decisión para que el Juez pueda moldear lo que se tendrá como verdadero al final de cada proceso, puesto que las partes tienen menos posibilidades de controlar el acervo probatorio y de cuestionar las resoluciones con recursos. Se tendrá que esperar a que se consolide una línea clara jurisprudencial en cuanto a la aplicación del código para determinar efectivamente los mecanismos de creación de verdades con los que funcionarán los procesos civiles.

BIBLIOGRAFÍA.

- Albert, Hans. *"La ciencia del Derecho como ciencia real."* Traducción de Minor E. Salas. Distribuciones Fontamara, S.A. México D.F, México. 2007
- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil Costarricense.* Revista Judicial, número 7, año 2, San José, Corte Suprema de Justicia, 1978.
- Arguedas Salazar, Olman. *El nuevo Código Procesal Civil. Generalidades. Disposiciones Generales. Título preliminar.* Ivstitia, San José, Ivstitia S.A., N°37, año 4, 1990. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Sesión Ordinaria Número 27, del 28 de octubre del 2009.
- Atienza, Manuel. "Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica." Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005.
- Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación: Un camino al conocimiento. Un enfoque cuantitativo y cualitativo* San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia. 2010.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico Elemental.* Editorial Heliasta, primera edición. Buenos Aires, Argentina. 1979.
- Carbonnier, Jean. *Sociología Jurídica,* Editorial TECNOS, Madrid España. 1982.
- Cárcova, Carlos María. *"Derecho, Política y Magistratura."* Biblos. Buenos Aires, Argentina. 1996.
- Castro, Edgardo. *Diccionario Foucault.* Editorial Siglo Veintiuno, primera edición, Buenos Aires, Argentina. 2018.
- Cornu Gerard. *Introducción al derecho.* Editorial JURICENTRO, primera edición, San José Costa Rica. 2007.
- Cossio Díaz, José Ramón. *Derecho y Ciencia.* Editorial Tirant Lo Blanch México. México D.F. 2015.
- Couture, Eduardo. 2001. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires. Ediciones Depalma. Tercera Edición.

- Cubero Artavia, María del Rocío. *Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal* Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2008.
- Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind* 6ta edición, Londres. Editorial Stevens & Sons Limited. 1949.
- Foucault, Michel. *The Archaeology of Knowledge and The Discourse of Language*. Vintage Books, Segunda Edición. Nueva York 1972.
- Foucault, Michel. *Power / Knowledge*. Vintage Books, Primera edición, Nueva York 1980.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. 1974.
- Foucault, Michel. *Discipline and Punish*. Vintage Books. New York. 1995.
- Foucault, Michel. *The History of Sexuality: Vol 1: Introduction*. Vintage Books. Nueva York. 1990.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar*. Edición Vintage. Random House. Nueva York. 1995.
- Gurvitch, Georges. *Sociología del Derecho*. Editorial Rosario. Rosario, Argentina. 1945.
- Haba Müller, Enrique Pedro. *Ciencia Jurídica: ¿Qué ciencia? (El Derecho como ciencia: una cuestión de métodos)*. Revista de Ciencias Jurídicas número 51. 1984.
- Haba Müller, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental*. (San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2010).
- Haba Müller, Enrique Pedro. *Los Juicios de valor: Elementos Básicos de Axiología General*. segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial UCR. 2010.
- Halper, Thomas. *Logic in Judicial Reasoning* Indiana Law Journal: Vol. 44: Edición. 1, Artículo 2.
- Hart, H.L.A. *"El concepto del derecho"*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot. 1963.

- Hernández Gómez, Héctor Alejandro, y Rojas Salazar, Álvaro Martín. *Derecho y violencia según Michel Foucault*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2005.
- Hernández Valle, Rubén. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Primera edición. Editorial JURICENTRO. San José, Costa Rica.
- Hernández Valle, Rubén. "El Derecho de la Constitución." Volumen II. Editorial JURICENTRO. San José, Costa Rica. 1993.
- Hodson, John D. "Hart on the Internal Aspect of Rules" *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Vol. 62. No. 3 (1976).
- Iturralde, Victoria. *Sobre el Silogismo Judicial*. Anuario de filosofía del Derecho (VII), España, 1991.
- James, William. *El significado de la verdad: una secuela de pragmatismo*. Traducción de Ramón Vila Vernis. Barcelona, Marbot. 2011.
- Jiménez Bolaños, Jorge. *Análisis del fraude inmobiliario a la luz de nuestra jurisprudencia*. Revista de Ciencias Jurídicas número 125, edición mayo-agosto 2011.
- Kolakowski, Leszek. "La presencia del mito". Traducción Gerardo Bolado. Ediciones Cátedra. Madrid, España. 1990.
- Levy- Bruhl, Henri. *Sociología del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires Buenos Aires, Argentina. 1964.
- López González, Jorge Alberto. *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el Nuevo Código. (Parte General.)* Editorial EdiNexo. Primera edición, San José, Costa Rica. 2017.
- Meléndez Sánchez. *El principio de la verdad real en el Derecho Costarricense*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2001.
- Pérez Escobar, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Tercera edición. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 2010.
- Pérez Vargas, Víctor. *La Jurisprudencia de Intereses*. Segunda edición. Litografía e Imprenta LIL, S.A 1991.

- Platón. *Los Diálogos* Traducido por J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo, C. García Gual. Madrid. Editorial Gredos. 1985.
- Rabinow, Paul. *The Foucault Reader*. Primera Edición, Editorial Pantheon Books, Nueva York, 1991.
- Russell, Bertrand. *Los problemas de la filosofía*. Traducción de Joaquín Xirau, Barcelona: Labor. 1983.
- Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica*. Primera edición, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.
- Sáinz Moreno, Fernando. Citado por CÓRDOBA O Jorge. *¿Son los conceptos jurídicos indeterminados fuente de discrecionalidad administrativa?* Revista IVSTITIA número 160, Abril 2000.
- Salas, Minor. *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*. Segunda edición. Editorial ISOLMA. San José. 2013.
- Taruffo, Michelle. *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid. Marcial Pons. 2010.
- Taylor Jr. E. Hunter. "H.L.A Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism." *The Modern Law Review*. Vol. 35. No. 6. Nov. 1972.
- Torrealba Navas, Federico. *Lecciones de Contratos*. Editorial ISOLMA. San José, Costa Rica. 2009.
- Uzelac, Alan. *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Volumen 34. Springer. Suiza. 2014.
- Wendell Holmes, Oliver. *La senda del Derecho*. Harvard Law Review, 1897, edición número 457.

JURISPRUDENCIA.

- Acta del Consejo Superior del Poder Judicial N°002-2011. Artículo LIII, del 13 de enero del 2011.

- Voto número 53-1997 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 14 horas, 30 minutos del 2 de julio de 1997.
- Voto número 346-1998 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 9 horas, 30 minutos del 3 de abril de 1998.
- Voto número 680-1998 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 16 horas, 10 minutos del 4 de setiembre de 1998.
- Voto número 46 de las 9 horas con 55 minutos del 21 de enero del 2000 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No. 7818-2000 de las 16 horas con 45 minutos del 5 de setiembre del 2000.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No. 2771-2003 de las 11 horas con 40 minutos del 4 de abril del 2003.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto No. 14421- 2004 de las 11 horas del 17 de diciembre del 2004
- Voto 469 de las 11:45 horas del 1 de junio de 2005 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 416 de las 8:40 horas del 22 de diciembre de 2016 del Tribunal de Trabajo, Sección III.

ARTÍCULOS DE INTERNET.

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Dictamen Afirmativo de Mayoría: Código Procesal Civil, Originalmente denominado Código Procesal General y Ley de Oralidad para los procesos Agrarios y Civiles.” Expediente 15.979. Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, 22 de abril de 2014. <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/15979%20dic2.pdf>
- Avendaño Manuel y Ávila, Laura. “El legado de Luis Guillermo Solís: Apenas vestigios del cambio prometido.” Periódico El Financiero. 26 de enero del 2018. Consultado en <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/el->

legado-de-luis-guillermo-solis-
apenas/I6A7AHWBTJHORI62IPUTSIHJUI/story/

- Discurso del presidente Luis Guillermo Solís durante la firma del nuevo Código Procesal Civil. 4 de febrero del 2016. Consultado en <http://gobierno.cr/un-codigo-flexible-en-procura-de-justicia-pronta-y-cumplida/#more-12662>
- Foucault, Michel. "*Dichos y Escritos*" Tomo IV texto número 361 "*la vida: La experiencia y la ciencia*" consultado en <http://1libertaire.free.fr/MFoucault237.html>
- Gros, Frederic. "Introducción a la filosofía de Michel Foucault. Michel Foucault, una filosofía de la verdad." Accesado en <http://1libertaire.free.fr/IntroPhiloFoucault.html> el 10 de noviembre de 2018.
- "*Murió Michel Foucault, uno de los principales protagonistas de la corriente estructuralista del pensamiento francés*" Periódico El País. Madrid, 26 Junio 1984. Recuperado de https://elpais.com/diario/1984/06/26/cultura/457048801_850215.html accedido el 29 de setiembre del 2018.
- Oviedo, Esteban, "Encuesta UNIMER: Laura Chinchilla arrastra mala calificación en recta final de su gobierno." Periódico La Nación. 5 de diciembre de 2013 consultado en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/encuesta-de-unimer-laura-chinchilla-arrastra-mala-calificacion-en-recta-final-de-su-gobierno/HZX2DDSW2FCH7BRCXQACZKS25U/story/>
- Tarski, Alfred. *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. Traducción de Paloma García Abad. A parte Rei, Revista de filosofía. <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf> (Visitado el 27 de Marzo 2018) 1963.
- Zamora Acevedo, Miguel, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Revista Acta Académica número 54. <http://www.uaca.ac.cr/sites/default/files/documents/II2014/acta54.pdf> (Visitado el 27 de marzo 2018)

- Página Oficial del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico <http://www.institutocdp.org/index.php/instituto/historia>. Consultado el 17 de setiembre del 2018.
- XX informe del Estado de la Nación. Programa Estado de la Nación. 2017. Capítulo 5. "*Fortalecimiento de la Democracia.*" Página 268. Consultado en <https://www.estadonacion.or.cr/20/assets/cap-5-estado-nacion-20-2014-baja.pdf>
- I Informe Estado de la Justicia. Programa Estado de la Nación. Página 145. Consultado en <http://www.estadonacion.or.cr/justicia/assets/estado-de-la-justicia-1-baja.pdf>