

Reseña del legado de Héctor Amoretti Orozco para el Derecho de Familia costarricense

Jairo Arias Montoya*

“El juez justo es, por otra parte, y por su rareza, el único que ha conservado su puesto en los retablos de la leyenda, dado que a los demás se les coloca en el modesto rincón de la realidad que les corresponde.”

Alejandro Nieto

Sumario:

Cuestión Preliminar

- I. Introducción
- II. Tutela judicial efectiva
- III. Restitución internacional de persona menor de edad
- IV. Reconocimiento de unión de hecho de personas del mismo sexo
- V. Notas aclaratorias: a) Competencia territorial en materia de violencia doméstica, b) Fijación de la cuota por concepto de alimentos en una moneda distinta al colón, c) Confesión y allanamiento de la parte demandada en materia de divorcio y separación judicial.
- VI. Conclusión

Referencias bibliográficas

Cuestión Preliminar:

El presente trabajo tiene una finalidad meramente descriptiva, cual es exponer el pensamiento del

profesor y juez de familia, máster Héctor Amoretti, y su aporte al moderno Derecho de Familia costarricense. Para ello, servirán de fundamento sus votos en el Tribunal de Familia, tanto los emitidos en su función de redactor de criterios unánimes o de mayoría, como aquellos otros votos particulares o salvados y notas aclaratorias. No obstante, cualquier juicio de valor que se emita respecto a la labor de este insigne profesional, lo será porque quien escribe no se puede desprender de ello, en parte porque no puede, y en otro tanto, porque no quiere.

I. Introducción

La función jurisdiccional actual se ha dirigido (por la coyuntura social y normativa) hacia un compromiso y un esfuerzo intelectual para entender la realidad o, al menos, la problemática inmersa en los casos que se presentan en las distintas competencias, ya que es ineludible la exigencia de brindar una solución real a las controversias suscitadas.

Sin obviar la trascendencia de su obra, es evidente el equívoco (desde una mirada actual) de MONTESQUIEU, al considerar que “Los jueces de la nación no son (...) más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”¹. Y aunque no se pueda negar la existencia de juezas y jueces anhelantes de dicho resabio, lo cierto es que, si se tiene el atrevimiento de hablar

(*) Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador Judicial del Juzgado Primero de Familia de San José

1 Montesquieu. Del espíritu de las leyes, Ediciones Altaya, España, Barcelona, 1993, p.120.

de “justicia”, entonces la labor de la jueza y del juez cobra absoluta relevancia, cuando se dispone a dar una respuesta seria a las vicisitudes de la fluctuante y dinámica realidad social, debiendo partir, por supuesto, de los textos normativos (acaso inmóviles).

Alejandro NIETO ha señalado, en gran manera, esto que se intenta describir:

Jueces [y juezas] que consideran que su función no se agota con la mera aplicación de la legalidad estricta sino que recuperan la vieja ilusión de hacer justicia. A tal propósito, cuando estudian un asunto, en lugar de buscar un cómodo encaje en algún tipo normativo abstracto, intentan comprender las peculiaridades del caso y los conflictos de intereses individuales y colectivos que lo han provocado, así como todas las consecuencias de su eventual resolución; ponderan la igualdad o desigualdad de las partes y los motivos de sus conductas; los hechos concretos, simples fenómenos aislados del mundo real, son colocados en su contexto psicológico y social o, si se quiere, se contemplan desde una perspectiva trascendente a ellos y que sirve para comprenderlos primero y luego para valorarlos adecuadamente.²

Esta extensa cita, lejos de dar un matiz romántico al presente trabajo, se toma para identificar, en términos terrenales, la determinación de un juez justo o, al menos, preocupado por alcanzar siempre, día a día, resolución tras resolución, la justicia.³

Y para poder catalogar así a don Héctor Amoretti, se mostrará esta cualidad mediante la exposición de su pensamiento en algunos votos que marcan tópicos de interés para el Derecho de Familia costarricense. De la siguiente manera:

2 Nieto, Alejandro. Balada de la justicia y la ley. Madrid, Trotta, 2002, pp. 247-253. Obtenido del material del énfasis de Formación de Jueces, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (2010).

3 No se debe ignorar que la palabra “Justicia” se encuentra dentro del cúmulo de palabras jurídicamente indeterminadas, que es utilizada, en la mayoría de los casos, con ligereza, magia y, sobre todo, sin dotación de contenido. En este texto se debe entender por “juez justo” lo expuesto por Alejandro Nieto en lo citado.

4 El cual indica: Cuando en algún juicio atendido por los consultorios jurídicos hubiere que designar Curador ad litem, a falta de alguna de las personas a que se refiere el artículo 50 del Código Civil, la elección la hará el juez en un defensor público. Igual regla se seguirá cuando hubiese que nombrar juez ejecutor para realizar alguna diligencia judicial. El designado no podrá cobrar honorarios; el cargo es obligatorio y estará sujeto a las obligaciones que le fija la Ley de Defensores Públicos.” Ley No 4775, del 21 de junio de 1971, reformada por la ley No. 6369.

5 No se indica el contenido de los textos normativos por una cuestión de “economía” en el trabajo, se considera que son de fácil acceso, y se procurará transcribir lo realmente fundamental según el juicio del autor.

II. Tutela judicial efectiva: Tribunal de Familia, Voto N° 132-10 de las 8:40 horas del 26 de enero de 2010.

En este caso se impugna la resolución emitida por el Juzgado de Familia, mediante la cual, le reiteró a la ejecutante, pese a su oposición, el deber de depositar una suma determinada por concepto de honorarios de perito, el cual debía nombrarse para valorar ciertos bienes.

La recurrente se opone a esta obligación por ser usuaria de los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica. Para ello alega la gratuidad prevista en el artículo 3 de la Ley de Consultorios Jurídicos.⁴

La cuestión versa sobre el “simple cobro de unos honorarios de perito”, podría decir cualquiera. Lo cierto es que, esta circunstancia, bajo la redacción de don Héctor, cobra una importancia insospechada, dada su capacidad de dimensionar las consecuencias de su decisión en la vida de las personas usuarias del sistema judicial. Y es insuficiente mirar la decisión *per se*, ya que se debe prestar mucha atención a su argumentación y a la forma en que se adoptó.

De esta manera, parte de un postulado fundamental, y es la posibilidad real de que las personas puedan acudir a las instancias judiciales a hacer valer, o defender, sus derechos e intereses. Con un claro manejo de los textos normativos, nos presenta el siguiente marco: *“artículo 41 de la Constitución Política, 10 de la Declaración universal de los derechos humanos, 18 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, 14 inciso 1) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el inciso 1) del 8, y el 25 la Convención americana sobre derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”(...)*

*Estos preceptos reconocen a favor de cualquier sujeto un conjunto de derechos prestacionales que configuran el contenido mínimo o básico de la tutela judicial efectiva.*⁶

Por lo que, pensar en un obstáculo económico para la continuación del proceso, parece contravenir lo normativamente establecido. Con base en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁷ lo desarrollado por la Unión Europea⁸ y lo resuelto por el Tribunal Constitucional español,⁹ don Héctor empata la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica gratuita de forma indisoluble.

El problema es que, en Costa Rica, no se cuenta con algún *“sistema generalizado de prestación gratuita de servicios profesionales de calidad, tanto jurídicos como de otra índole (...)”*, por lo que *“(...) El derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita en condiciones de igualdad carece, entonces, de reconocimiento expreso y de una regulación con las implicaciones de la existente en España”*¹⁰, por ejemplo. Lo particular en este caso es que la Ley de Consultorios Jurídicos nada dispone sobre el pago de los honorarios de perito; al respecto indica don Héctor:

Esa lamentable omisión permitiría sostener que si fuese ofrecido un peritaje, la norma a aplicar es la contenida en el ordinal 403 del Código Procesal Civil; de manera entonces que, una vez admitido, el órgano competente debe ordenarle a la parte proponente el depósito de los emolumentos del profesional encargado de rendirlo dentro del plazo de ocho días y, de no verificarse ese pago, se tendría por abandonada la prueba y se prescindiría de ella.¹¹

Prescindir de la prueba pericial en este tipo de procesos, significa, en muchos casos, ver agotada la posibilidad de quien ejecuta de encontrar una materialización de lo que se le concedió en el proceso de conocimiento. Fácil hace el juez o la jueza que hasta ahí llega en lo resuelto, al amparo de una norma, pero que no da una respuesta eficaz al problema.

Por lo que, y es el aspecto central del voto que se comenta, dispone el Tribunal, con la redacción de don Héctor: *“En estas circunstancias, los jueces y las juezas de familia estamos obligados a idear y aplicar mecanismos compensatorios que garanticen su disfrute (de la tutela judicial efectiva) a todas las personas que acuden a reclamar sus derechos.”* Esa obligación la enmarca de la siguiente manera:

- a. Artículo 7 del Código de Familia: *“Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes requieran de asistencia legal y de recursos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley.”*
- b. Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, párrafo segundo y tercero: Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. / Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

6 Considerando II del voto en estudio.

7 La N° OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.

8 El Libro Verde sobre asistencia judicial en materia civil, elaborado por la Comisión Europea en el año 2000.

9 Se mencionan las sentencias 117/1998 de 2 de junio de 1998, 183/2001 de 17 de septiembre de 2001, 95/2003 de 22 de mayo de 2003, 10/2008 de 21 de enero de 2008, entre otras.

10 Considerando VIII. Se hace referencia a la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, cuyo objeto es regular un sistema de justicia gratuita que permita a las personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial (considerando VII).

11 Ibidem.

c. Además, se debe tener presente que, lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos forma parte del parámetro de constitucionalidad y, por tanto, debe ser aplicado prioritariamente.¹²

d. Que la universalidad de los derechos fundamentales impide que en el país pueda atribuírsele a la tutela judicial efectiva un contenido básico menor al reconocido en otros ordenamientos jurídicos; es decir, que el desarrollo alcanzado en la Unión Europea y en España también sería exigible en Costa Rica.¹³

e. Lo resuelto por el Tribunal Constitucional español cuando concluye que,

la resolución judicial se adoptó con un formalismo excesivo puesto que la denegación no se basó en motivos de fondo, sino que, sin dar (...) oportunidad de aportar la documentación necesaria (...), se la tuvo por desistida en su solicitud con el consiguiente archivo (...). / (...) / En suma, la denegación de la asistencia jurídica gratuita a quien mantiene que carece de recursos para litigar (...) constituye una decisión contraria al principio *pro actione* pues, como ya se ha señalado, para quien carece de los recursos económicos necesarios el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita es el medio a través del cual se hace posible el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁴

f. Lo afirmado por la Sala Constitucional: *“Dentro de la orientación de los principios que rigen el proceso agrario [los cuales, mutatis mutandi, son propios del de familia], y de la consideración de que no hay mayor injusticia que la de tratar a los iguales como desiguales, y a los desiguales como iguales,*

*se procura ubicar en una posición más favorable a la parte que se presenta más débil en la relación procesal (...).”*¹⁵

g. No es justo, ni responde a la idea de igualdad y equidad, igualar a quien no posee medios económicos con quien los posee en el momento de resolver cuestiones litigiosas mediante el reclamo a la acción en los tribunales de justicia. La desigualdad del que posee con el que carece de recursos económicos se trata de regular precisamente con disposiciones como la impugnada, que permiten el poder litigar en forma gratuita, y que en ningún momento puede entenderse como un privilegio porque de lo contrario tales personas no podrían acudir a la defensa de sus derechos; el no tener capacidad económica no puede significar el no poder litigar, situación que sí sería contraria al principio de igualdad.¹⁶

Con base en la exposición argumentativa realizada, el Tribunal concluye lo siguiente:

en razón de que, en última instancia, la falta de depósito de los honorarios prevenidos traerá como consecuencia que sea imposible resolver por el fondo esta ejecución pues para cuantificar el derecho a gananciales de la impugnante y, eventualmente, para poder subastar los bienes afectados, es indispensable su valoración pericial, lo procedente, es entonces, que la autoridad jurisdiccional recurrida realice las gestiones necesarias a efecto de que el monto requerido sea cubierto por el Estado¹⁷, sin perjuicio de que a este, una vez realizada la liquidación correspondiente, se le restituya esa cantidad.¹⁸

12 Sobre el valor normativo de las normas internacionales, nos recomienda don Héctor, revisar, entre los más importantes, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y 29 de la Convención americana sobre derechos humanos, así como los votos de la Sala Constitucional N° 282-90, de las 17 horas del 13 de marzo de 1990; 3495-92; 2771-2003, 2313-95, de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992; 3724-93, de las 15 horas del 4 de agosto de 1993; 2313-95, de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995; 2000-8019, de las 10:18 horas del 8 de setiembre de 2000 y 2003-2771, de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

13 Considerando VIII.

14 Tribunal Constitucional español, sentencia 10/2008 de 21 de enero de 2008.

15 Sala Constitucional, voto N° 3606-94, de las 15:12 horas del 19 de julio de 1994.

16 Sala Constitucional voto N° 6372-94, de las 16:09 horas del 1° de noviembre de 1994.

17 Se dispone que el juzgado debe realizar las gestiones necesarias para que la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial cubra los gastos por honorarios de perito.

18 Considerando X.

Desarrollo similar sobre la tutela judicial efectiva se ha dado, también con redacción de don Héctor, entre otros, en los votos 937-11 de las 14:40 horas del 1º de agosto de 2011, 975-11 de las 13:55 horas del 23 de agosto de 2011 y 1024-12 de las 16:11 horas del 4 de diciembre de 2012.

III. Restitución internacional de persona menor de edad: Tribunal de Familia, Voto N° 1002-10 de las 11 horas del 22 de julio de 2010.

El presente caso versa sobre una restitución internacional de persona menor de edad, en donde el Patronato Nacional de la Infancia solicita la restitución de una niña a Estados Unidos, como Estado de residencia habitual o, en su defecto, se permita que se regule o se ejerza, de manera efectiva, el derecho de visita. El Juzgado de Niñez y Adolescencia declaró con lugar la solicitud, por lo que ordenó el regreso de la niña a Estados Unidos.

Disconforme con lo resuelto por el juzgado, la madre de la persona menor de edad, por medio de su apoderada, recurre la sentencia indicando que,

lo resuelto supone separarla y desapegarla de quien le ha dado seguridad, afecto, amor, educación, techo y alimentos; someterla en un riesgo objetivo, grave e irreversible al entregarla a un padre drogadicto, agresor, negligente, sin empleo conocido y que tiene muy poca empatía con ella; encarcelar a su representada pues existe una orden de restricción de libertad contra ella que será ejecutada si regresa a Estados Unidos y poner en peligro su vida y su integridad porque el sistema judicial de su país no la puede proteger.¹⁹

En la redacción del voto en estudio, don Héctor deja clara y manifiesta la forma en que se resuelven los conflictos

en esta materia, con base en una interpretación holística de los convenios internacionales, y con apoyo en una explicitación del tema, por medio de la aplicación de los distintos convenios por parte de una gran cantidad de tribunales por el mundo, como se verá.

En primer lugar se deja establecido que, de conformidad con los artículos 35 y 11 de la *Convención sobre los derechos del niño*, el Estado costarricense está obligado a adoptar “(...) *todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.*”, así como aquellas que sean necesarias “(...) *para luchar contra los traslados ilícitos de niños (sic) al extranjero y la retención ilícita de niños (sic) en el extranjero.*”²⁰

Señala que distintos países han adoptado medidas para dirigir fuerzas contra los traslados y las retenciones ilícitas de niñas y niños, así fundamentalmente dos instrumentos de gran trascendencia: el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores²¹ y la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.²²

Es necesario dejar claro que, y siguiendo la cita expuesta en el voto, con este marco convencional se procura,

impedir que el adulto que desplaza al menor (sic) consiga alterar los datos jurídicos de la situación. Aceptada tal posición como punto de partida, todos los esfuerzos convencionales se centrarían en garantizar la devolución del menor (sic) a su primitiva residencia habitual, entendiendo que son las autoridades judiciales o administrativas de ésta (sic) las que mejor situadas se hallan para pronunciarse sobre los derechos de guarda y visita de los menores (sic) que residen en su circunscripción.²³

19 Considerando I.

20 Considerando III.

21 Adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la sesión plenaria celebrada el 25 de octubre de 1980. Costa Rica realizó su adhesión el 9 de noviembre de 1998.

22 Adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado el 15 de julio de 1989. Costa Rica realizó su adhesión el 22 de mayo de 1997.

23 PÉREZ-VERA. E (2007). Informe explicativo al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, La sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. Normativa y doctrina. Revista legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional, Tegucigalpa: 1, citado en el Considerando IV.

Para dejar establecida la forma en que los instrumentos indicados deben aplicarse, y cómo se aplican en la realidad, don Héctor nos plantea la situación de una serie de autoridades jurisdiccionales que, como Costa Rica, han adoptado los compromisos internacionales, para evitar las situaciones que involucran a las personas menores de edad ya indicadas.

Por lo que se procederá a hacer una enumeración de los casos que se indican, pero antes, se debe advertir que, lo realizado por don Héctor, no es una simple enunciación de lo resuelto por las distintas cámaras, sino que realiza una serie de puntualizaciones que utiliza como fundamento para la argumentación que trabaja, lo que evidencia un serio estudio de cada una de las sentencias utilizadas.

Así, lo desarrolla de la siguiente manera:²⁴

- a. La **Alta Corte de Auckland, Nueva Zelanda**, en la sentencia del 6 de noviembre de 2003 [caso K.S. v. L.S. 3 NZLR 837], indicó que, *“la orientación política subyacente en el Convenio de La Haya conduce a sostener que el fuero apropiado para las controversias sobre sus derechos es el tribunal del país donde vivía (la persona menor de edad).”*
- b. La **Corte Suprema de Finlandia** en la sentencia del 27 de diciembre de 1996 [caso 151, S96/2489]: Señaló que, *“el interés superior de la persona trasladada o retenida de manera ilícita reside en volver al lugar en que residía antes de su desplazamiento.”*
- c. El **Tribunal Constitucional Alemán** en la sentencia BvR 1206/98 del 29 de octubre de 1998, indica: *“El Convenio de La Haya se basa en la presunción de que, en general, la restitución inmediata a su residencia anterior es lo mejor para ella, puesto que preserva la continuidad de sus condiciones de vida, sin detrimento, claro está, de que, en casos individuales puede ser refutada.”*

d. La **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina** en el fallo del 14 de junio de 1995 [caso W.E.M. c/ O.M.G.], señala que, *“La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos”.*

e. El Convenio de la Haya permite el traslado o la retención ilícita de la persona menor de edad bajo ciertos supuestos de justificación, no obstante, estos son muy limitados y deben analizarse con mucha precisión. Tan manifiesta es la forma en que se resuelven estos conflictos, que don Héctor nos muestra casos en los que, a pesar de existir una situación de riesgo para la persona menor edad, la retención no es la primera opción, sino, como se ha dicho, el restablecimiento de la situación; al respecto se hace referencia a lo resuelto por la **Corte Suprema de Irlanda** en el caso A.S. v. P.S. Chile Abduction 2 IR 244, la **Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Primer Circuito** en el caso Danai pour v. McLarey, 286 F.3d., la **Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales** (caso Re F. A Minor Abduction: Custody Rights Abro ad Fam 224, la **Corte de Familia de Australia** en el caso Director General, Department of Families v. R.S.P. Fam CA 623), el **Tribunal de Distrito de Horgen, Suiza** (caso K. v. K.), y el **Tribunal Constitucional de Sudáfrica** en el caso Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC).

Al no hallarse algún caso de excepción, el Tribunal de Familia confirma lo resuelto por el Juzgado de Niñez y Adolescencia, considerando que la persona menor de edad,

Debe ser resguardada por su padres (sic) y por su madre y que no es lícito haberla privado de la custodia del primero sin el amparo de una decisión jurisdiccional. El ordinal 9 de la Convención sobre los derechos del niño nos obliga a velar porque la niña no sea separada de su progenitor sin su consentimiento o, en su defecto, sin que una autoridad competente así lo determine. Así las cosas, no es factible pasar por

24 Lo que aquí se menciona se encuentra en los considerandos VI, VIII, IX, XI y XII.

alto la situación anterior a su traslado a Costa Rica, experimentada por la niña y tampoco lo es otorgarle la tutela jurídica a la actuación unilateral de la madre²⁵

Todo el esbozo que contiene el voto en cuestión, muestra el gran esfuerzo de don Héctor, para que se entienda, de una vez por todas, la finalidad y la aplicación de estos instrumentos internacionales; sin embargo, no se puede dejar de indicar que, tanto el voto en estudio como la sentencia del Juzgado, fueron anuladas por la Sala Constitucional mediante el voto 12458-2011²⁶, con base en una serie de indicios y al amparo del interés superior de la persona menor de edad, lo que da pie a toda una discusión (desde el plano meramente argumentativo) que se podrá tratar en otro momento.

IV. Reconocimiento de unión de hecho de personas del mismo sexo: Tribunal de Familia, Voto N° 48-13 de las 14:20 horas del 17 de enero de 2013 (voto salvado).

Si se emprende la tarea de comentar sobre la labor de don Héctor, es insoslayable hacer referencia a la lucha por la igualdad, el respeto y el reconocimiento de los derechos a las personas que forman parte de la diversidad sexual, primeramente porque es un tema trascendental, y sobretodo, porque la visión y el esmero con que don Héctor redacta sus votos en cuanto a este tema no tiene parangón.

El voto que se comenta es un excelente material para el estudio del tema, y esclarece cuál es el papel de las juezas y los jueces en la coyuntura actual; sin embargo, esto requiere un análisis profundo e individualizado de la cuestión, lo que demanda todo un trabajo respecto a ello, por lo que, en esta ocasión, me limitaré a realizar algunos comentarios “distintos” respecto al voto salvado.

En este caso, acciona ante el Juzgado de Familia, un hombre, quien pretende sea reconocida la unión de

hecho que ha mantenido con su compañero. Para ello solicita una aplicación extensiva de lo regulado en el Código de Familia al respecto. El Juzgado rechaza de plano la demanda, básicamente porque lo solicitado no encuentra sustento en la legislación costarricense, ya que el reconocimiento solicitado no reúne un elemento esencial, sea su carácter heterosexual.

La resolución es apelada y el Tribunal de Familia, con voto de mayoría, rechaza el recurso, confirmando lo resuelto por el juzgado, por cuanto consideró que la Sala Constitucional reafirmó el criterio en torno a que la unión de hecho, fundamentada en el artículo 242 del Código de Familia, debe ser entre hombre y mujer.²⁷ Esto con base en la respuesta que la Sala brindó a la consulta realizada por el propio Tribunal, mediante el voto 592-12 de las 15:02 horas del 6 de julio de 2012, con la redacción de don Héctor Amoretti.

Es interesante hacer notar algunos aspectos respecto al voto salvado. Primeramente, la redacción y la argumentación que realiza don Héctor, caracterizada por su elegancia y rigurosidad intelectual; como bien lo ha mencionado su entrañable amigo, destacado juez y profesor don Jorge Olaso Álvarez, *“Héctor era un orquestador, sus sentencias eran como una sinfonía”*, afirmación que contiene toda una dimensión en el mundo del derecho, como lo ha indicado Carlos Enrique Pettoruti:

En el año 1947, Jerome Frank, escribió un artículo titulado “Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación normativa”²⁸ (...) Puede resultar curioso este paralelismo entre dos disciplinas tan distintas como la música (y las artes en general) y el derecho, pero el planteo de este autor es que la flexibilidad que se presenta en las situaciones jurídicas hace que la interpretación del derecho se halle más cerca del arte que de la ciencia (...) El derecho cobra vida con el dictado de la sentencia, de la misma forma que –siguiendo a Julian Herbage- (1946) “la música no existe hasta que es ejecutada” (...) De la misma

25 Considerando XIV.

26 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 12458 de las quince horas treinta y siete minutos del trece de setiembre de dos mil once.

27 Considerando II del voto de mayoría.

28 Mi indagación fue frustrada al tratar de dar con la obra de Jerome Frank.

forma que en el ámbito jurídico resulta inevitable la actividad interpretativa para adecuar las normas a las situaciones concretas, en el ámbito de la música -y también de las artes en general- resulta inevitable la influencia de la vivencia del intérprete sobre la obra.²⁹

Si se sigue la argumentación de don Héctor, no puede un juez o jueza rechazar una demanda por “insuficiencia de norma.” Dicha “excusa”, cuando se hace sin los debidos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, se materializa en una clara denegatoria del acceso a la justicia; pero reitero, será otro momento donde se haga una identificación de toda esta argumentación.

Por otro lado, resulta particularmente interesante, la independencia con la que el profesor Amoretti ejerció su función de juez, no solo por sus trascendentes votos salvados, sino, como en este caso, por su osadía y seguridad para contravenir, o criticar, criterios de la propia Sala Constitucional. Así se demuestra en el voto que se comenta.

Explica don Héctor,

mediante el voto 592-12, de las 15:02 horas del 6 de julio de 2012, planteamos una consulta judicial de constitucionalidad mediante la cual le solicitamos a la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia definir si lo resuelto por ella con anterioridad en relación con la validez constitucional de su carácter heterosexual impide aplicar analógicamente la regulación de la unión de hecho contenida en el Código de Familia a efecto de decidir, si es del caso, la pretensión de reconocimiento del vínculo de pareja que el impugnante afirma haber mantenido con el accionado.³⁰

La respuesta de la Sala Constitucional indica que *“(…)ya existe un criterio sobre el tema debidamente fundamentado³¹, lo cual impide la aparición de aquellas «dudas razonables» que son requisito para la tramitación de una Consulta Judicial de*

Constitucionalidad. En este sentido, siendo que en el caso bajo estudio ya existe un pronunciamiento previo de la Sala, por lo que se incumplen los requisitos de admisibilidad para el conocimiento de las consultas judiciales (...).”³²

Ante esta resolución, don Héctor, un poco indignado, indica lo siguiente:

Como se desprende fácilmente de lo transcrito, quienes suscriben el voto de mayoría no entendieron la duda de esta Cámara, toda vez que en ningún momento pedimos la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 242 del Código de Familia, por más que ese hubiese podido ser el contenido de su pronunciamiento. Tan solo requerimos que se estableciera si existía impedimento para aplicar **ANALÓGICAMENTE** esa norma con el fin de tramitar y resolver la demanda incoada, considerando que, a nuestro juicio, existe identidad de razón en ambas situaciones (...) De ahí que, en mi criterio, el fallo en cuestión no varía el estado de cosas existente al momento en que esa gestión fue planteada.³³

Quien se atreva a realizar tales aseveraciones en sus sentencias, simplemente tiene muy claros los conceptos de justicia e independencia judicial, sobre todo por el fundamento que se halla en la crítica. Actitud que reiteró en un voto del presente año, al referirse a la inconstitucionalidad declarada del artículo 246 del Código de Familia³⁴, el cual reconocía efectos patrimoniales ala relación de convivencia pública, notoria, estable y única, cuya duración fuese mayor de cuatro años, en la cual uno de sus miembros estuviese impedido para contraer matrimonio por haberlo hecho con anterioridad y no haberlo disuelto legalmente. Al respecto manifestó:

De esa manera, cuatro de los integrantes de esa Cámara eliminaron de la legislación vigente la precaria protección dispensada a quienes, como aquí sucedió, sostuvieron un vínculo de pareja por muchos años en el

29 Pettoruti, C. El arte del derecho. Revista Derecho y Ciencias Sociales. N°2. Pp. 26 y 27. Recuperado de www.sedici.unlp.edu.ar [consulta 25 de mayo de 2014].

30 Voto Salvado, considerando III.

31 Se alude al siguiente pronunciamiento: Sala Constitucional, voto N°2010-641, de las 2:56 horas del 13 de enero de 2010.

32 Sala Constitucional, voto 2012-18315, de las 14:30 horas del 19 de diciembre de 2012.

33 Voto Salvado, considerando III.

34 Esto mediante el voto de la Sala Constitucional N° 3858-99, de las 16:48 horas del 25 de mayo de 1999.

que uno o ambos carecían de aptitud legal para casarse. Así las cosas, por más que su plataforma fáctica haya sido acreditada y aun cuando **nos parezcan injustos, irraciones(sic) e insostenibles los argumentos invocados para justificar esa declaratoria de inconstitucionalidad**, es jurídicamente imposible que las autoridades competentes en materia de Familia podamos acoger la petitoria deducida³⁵ (la negrita es suplida).

Don Héctor revocó la resolución apelada y le ordenó al órgano de primera instancia que procediera a darle curso a la demanda interpuesta. No huelga indicar que, luego de la reforma a Ley General de la Persona Joven³⁶, el criterio de don Héctor en este voto salvado, ha pasado a ser de mayoría en los últimos votos del Tribunal de Familia en cuanto a este tema.³⁷

V. Sus notas aclaratorias

Por último, quisiera dejar mencionadas *grosso modo*, algunas notas aclaratorias de don Héctor, las cuales demuestran simplemente, todo lo que se ha venido diciendo:

a. Competencia territorial en materia de violencia doméstica: Tribunal de Familia, Voto N° 962-11 de las 10:54 horas del 20 de setiembre de 2011:

El Tribunal de Familia ha indicado que, *“Es reiteradísimo el criterio de este Tribunal que, con arreglo a las reglas prácticas de aplicación de la Ley contra la Violencia Doméstica establecidas mediante circular número 60-99 emanada por Corte Plena, y publicada en el Boletín Judicial N° 186 del 24 de setiembre de 1999, debe entenderse que la posibilidad que tiene la persona solicitante de fijar sin cuestionamiento su competencia territorial, es decir sin que importe si los hechos ocurrieron o no en el ámbito competencial del Despacho, refiere únicamente en caso de haberse gestionado dicha solicitud en horario de*

*disponibilidad.”*³⁸ No obstante, don Héctor aclara: *“no comparto lo indicado en el considerando segundo, pues he sostenido antes y lo mantengo ahora que, “(...) si la finalidad de la normativa vigente es garantizar la protección efectiva de quienes son víctimas de violencia en sus relaciones de pareja o familiares, no es comprensible que pueda sacrificarse el fin por la forma (...)” “(...) y sí, en definitiva, es el que sea la víctima quien fije incuestionablemente la competencia en una regla pensada para beneficiarla y no para entorpecer o dificultar su derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva(...).”*

b. Fijación de la cuota por concepto de alimentos en una moneda distinta al colón: Tribunal de Familia, Voto N° 891-10 de las 15 horas del 29 de junio de 2010:

En la parte considerativa se dijo: *“Lo primero que debe indicarse es que en este tipo de procesos, sea procesos contenciosos en donde se pretende la fijación de una pensión alimentaria, estaría vedada la posibilidad de hacer una fijación que no sea en moneda nacional. Así lo dispone el párrafo final del artículo 165 del Código de Familia al indicar que “... La cuota alimentaria se cancelará en moneda nacional, salvo pacto en contrario, en cuyo caso, se cubrirá en la moneda estipulada...”*³⁹Y don Héctor aclara: *“no puedo compartir que esté vedada la posibilidad de hacer una fijación de la cuota por concepto de alimentos en una moneda distinta al colón. La lectura que ellos hacen de la oración final del artículo 165 del Código de Familia para sustentar ese aserto olvida que un fenómeno frecuente en el país es la fijación de las deudas en dólares y que con ello los acreedores pretenden garantizar la permanente actualización de las contraídas a su favor, considerando la constante variación en el tipo de cambio. Y como es usual, por ejemplo, que las mensualidades de los centros educativos privados, los créditos hipotecarios y hasta*

35 Tribunal de Familia, Voto N° 104-14, de las 10:43 horas del 4 de febrero de 2014.

36 Mediante la ley número 9155 del 3 de julio de 2013.

37 Tribunal de Familia, Votos N° 20-14, de las 16:17 horas del 8 de enero de 2014 y 65-2014 de las 15:19 horas del 21 de enero de 2014.

38 Considerando II.

39 Considerando II.

los precios de muchos productos estén fijados en esa divisa, sería un absoluto contrasentido que la pensión alimentaria no pudiese establecerse en otra moneda que no sea el colón. Ni que decir tiene el caso de deudores alimentarios cuyos ingresos se calculan en dólares.”

c. Confesión y del allanamiento de la parte demandada en materia de divorcio y separación judicial: Tribunal de Familia, Voto N° 871-11 de las 11:24 horas del 7 de julio de 2011:

En esta nota se refiere don Héctor al valor de la confesión y del allanamiento de la parte demandada en materia de divorcio y separación judicial: *“En otras oportunidades he defendido y continúo convencido de que, en virtud del carácter fundamental del derecho a contraer matrimonio, atribuido tanto por el ordinal 52 de la Constitución Política como por diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...) el estado civil de las personas no es indisponible y de que, como consecuencia de ello, tanto la confesión de los hechos que configuran cualquiera de las causales como el allanamiento a la pretensión de disolver el vínculo marital son suficientes para decretarla.”*

VI. Conclusión

De esta forma se deja apenas reseñado el legado de don Héctor Amoretti para el derecho de familia costarricense, porque cada voto que redactó merece su estudio y análisis, puesto que en ninguno se conformó, cualquiera que fuera el motivo del recurso, su disposición y esmero se encontraban presentes; por ello su huella quedará indeleble en nuestro pensamiento.

Y, gracias al Prof. Luis Héctor Amoretti Orozco, ahora también

“(...) sabemos que la melancolía es un resplandor y sólo eso pero a los melancólicos nadie les quita lo bailado sabemos que los bondadosos instalan cerrojos de seguridad pero la bondad suele escaparse por los tejados sabemos que los decididores deciden como locos o miserables y que mañana o pasado alguien decidirá que no decidan.

Sintetizando: todos sabemos que nada ni nadie habrá de ahorrarnos el final pero así y todo hay que vivir como si fuéramos inmortales”

Mario Benedetti

Referencias bibliográficas

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*, Ediciones Altaya, España, Barcelona, 1993.

Nieto, Alejandro. *Balada de la justicia y la ley*. Madrid, Trotta, 2002.

Votos:

Sala Constitucional, Voto N°3858-99, de las 16:48 horas del 25 de mayo de 1999.

Sala Constitucional, Voto N°2010-641, de las 2:56 horas del 13 de enero de 2010.

Sala Constitucional, Voto N° 12458 de las 15:37 horas del 13 de setiembre de 2011.

Tribunal de Familia, Voto N° 132-10 de las 8:40 horas del 26 de enero de 2010.

Tribunal de Familia, Voto N° 891-10 de las 15 horas del 29 de junio de 2010.

Tribunal de Familia, Voto N° 1002-10 de las 11 horas del 22 de julio de 2010.

Tribunal de Familia, Voto N° 871-11 de las 11:24 horas del 7 de julio de 2011.

Tribunal de Familia, Voto N° 962-11 de las 10:54 horas del 20 de setiembre de 2011.

Tribunal de Familia, Voto N° 48-13 de las 14:20 horas del 17 de enero de 2013.

Documento electrónico

Pettoruti, C. *El arte del derecho*. Revista *Derecho y Ciencias Sociales*. N° 2. Recuperado de www.sedici.unlp.edu.ar [consulta 25 de mayo de 2014].