

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 101

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

SUMARIO

Presentación	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
Espíritu universitario y autonomía	9
Dr. Luis Baudrit	
Virtudes y desafíos de una jurisprudencia de la sala primera	17
Dr. César Hines Céspedes	
Régimen sancionatorio de la inspección de trabajo en Costa Rica (mise en demuere)	33
M.Sc. Eric Briones Briones.	
Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras	47
M.Sc. Mario Peña Chacón	
Las sociedades pueden donar	85
Prof. Alfonso Gutiérrez C.	
La quiebra técnica en el código de comercio	91
Prof. Mariano Jiménez Zeledón	
El delito de duelo en Costa Rica	99
(Análisis histórico-jurídico)	
Prof. Tomás Federico Arias Castro	
Notas sobre derecho turístico	121
Prof. Luis Albán Arias Sosa	
El daño social: su conceptualización y posibles aplicaciones	129
Licda. Ana Lucía Aguirre Garabito	
Licda. Irina Sibaja López	

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En su entrega número ciento uno, correspondiente a septiembre de 2011, la Revista Judicial presenta colaboraciones sobre Derecho Universitario, Derecho Público, Derecho del Trabajo, responsabilidad de entidades financieras, sociedades, Derecho de Quiebras, Derecho Turístico, responsabilidad civil por daño social, e Historia del Derecho.

El 12 de abril de 2011, el Doctor Luis Baudrit realizó una notable exposición en la Universidad de Costa Rica, titulada ESPÍRITU UNIVERSITARIO Y AUTONOMÍA. Sus palabras, que hoy difundimos por su sabia firmeza, versaron sobre el significado de ser universitario (como un proceso inacabable) y de la Universidad como un conjunto de personas —hombres y mujeres—, con libertad, con dignidad, que aspiran a acercarse a la Verdad, al Bien, a la Belleza, a la Justicia, que no solamente transmite el conocimiento, sino que también lo genera. Al referirse a la formación universitaria considera que ésta es condición de un pueblo libre. El Dr. Baudrit vincula la autonomía universitaria con la libertad de cátedra. Esa libertad no es solamente de los universitarios, como un derecho individual fundamental, sino que también constituye un derecho institucional y, también, es un derecho del pueblo; no es una concesión estatal. Recalca que esa autonomía es también un proceso, una conquista diaria; no algo acabado.

El especialista en Derecho Público, Dr. César Hines Céspedes, participa con VIRTUDES Y DESAFÍOS DE UNA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA; él se refiere a la jurisprudencia relacionada con el problema de sustracciones ilegítimas de dinero de las cuentas corrientes o de ahorros. En ella se desarrolla la responsabilidad objetiva de los bancos con base en las disposiciones del Derecho del Consumo. Esta responsabilidad objetiva es independiente de la existencia de culpa, porque el criterio de imputación es el riesgo creado y no aquella. El autor sugiere, entre otras cosas, la adopción de la figura propia del Common Law de los daños punitivos o ejemplarizantes, adicionales a los normales daños y perjuicios.

El M.Sc. Eric Briones Briones nos ofrece REGIMEN SANCIONATORIO DE LA INSPECCION DE TRABAJO EN COSTA RICA (MISE EN DEMUERE). Después de reseñar la historia de la Inspección de trabajo, el autor entra de lleno al estudio del concepto o noción francesa de “Mise en demuere”, que significa algo así como requerimiento, ultimátum, poner en espera u otorgamiento de un plazo de cumplimiento por parte de una autoridad. Se refiere a las sanciones y al procedimiento. En sus conclusiones afirma que se requiere en primera instancia de voluntad política, en donde se structure una legislación que le confiera al sistema de inspección nacional un sistema de represión administrativa y que muy eventualmente quien deba acudir a los tribunales sea la parte acusada mediante un recurso de revisión y no el representante estatal como ocurre actualmente. Finalmente se debe pensar en la imposición de un sistema sancionatorio, pero basado en multas

astreintes y además de manera concomitante o subsidiaria de in elegibilidad patronal en los órganos consultivos o de incapacidad de participación en la contratación estatal, publicidad de sus faltas como escarnio social, entre algunas medidas.

El M.Sc. Mario Peña Chacón, Consultor Legal Ambiental, profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, colabora con RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS, investigación realizada por encargo de la Unidad de Política y Gestión Ambiental de UICN-ORMA en la que analiza, desde una perspectiva jurídica y a la luz de los principios de la responsabilidad ambiental, aquellos supuestos de daño ambiental en que podrían eventualmente incurrir las entidades financieras en el ejercicio de su normal giro de actividades. Realiza un estudio de derecho comparado y centra su enfoque en la responsabilidad de los entes financieros por otorgamiento de créditos a actividades que puedan resultar contaminantes o contaminadas. Analiza diversos supuestos donde es exigible la debida diligencia de las entidades financieras en el otorgamiento de créditos: durante el ejercicio del contrato de depósito (judicial o contractual) o la tenencia temporal de bienes contaminantes o contaminados, al adjudicarse judicial o extrajudicialmente bienes muebles o inmuebles, al vender bienes, al actuar como fiduciario o fideicomitente o como arrendante en contrato de leasing.

El Profesor Alfonso Gutiérrez C, en su planteamiento titulado LAS SOCIEDADES PUEDEN DONAR, con base en amplia doctrina extranjera, combate la tesis del Registro y sostiene que las sociedades mercantiles si pueden donar y pueden realizar cualquier otro acto que no tenga como supuesto la participación de una persona física o que exista norma expresa que le impida a las sociedades realizarlo, dado que el lucro no es un elemento esencial de éstas, al igual que pueden realizar todos los actos que la ley o la esencia propias de dichos actos no se lo impidan (todos aquellos actos que requieran necesariamente una persona física, tales como los actos propios del Derecho de Familia, o aún aquellos de contenido patrimonial que también lo requiera, como es el caso del uso y la habitación). En definitiva, asevera, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que limite la capacidad de las sociedades mercantiles para donar, ni les manda que sus actividades tengan que ser lucrativas

El Profesor Mariano Jiménez Zeledón se refiere a los problemas de interpretación del artículo 201 inciso c) del Código de Comercio, en su trabajo sobre LA QUIEBRA TÉCNICA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. El autor comenta la cuestión que plantea la expresión “perdida del cincuenta por ciento del capital social” (supuesto de la norma), para lo cual debe determinarse primero, cuando se produce esa “pérdida”; en su criterio, el texto puede prestarse a diversas interpretaciones. Realiza la distinción entre patrimonio y capital social, para determinar que el artículo se encuentra mal redactado, dado que según algunos, debió utilizarse el concepto de patrimonio en lugar del de capital social. En su conclusión indica: “para determinar que existe quiebra técnica, primero deben restarse al activo el pasivo, y solo si este último es superior al activo, se contrasta contra las partidas del patrimonio, con excepción del capital social, si aún así los pasivos superan tanto a las partidas de activo como del patrimonio, se debe analizar si en ese momento estamos en presencia de una quiebra técnica, lo cual es un elemento formal jurídico contable”.

El ilustre Profesor Tomás Federico Arias Castro Licenciado en Derecho, Historiador, Egresado de la Maestra Centroamérica en Ciencias Políticas (UCR). Profesor-Coordinador de la Cátedra de Historia del Derecho de la UCR y de Historia Constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional de la UNED. Académico de Número de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, nos brinda el documentado estudio EL DELITO DE DUELO EN COSTA RICA (ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO). Nos da cuenta de que la figura penal del Duelo estuvo vigente en nuestra patria hasta inicios de la centuria presente y que su tipicidad, su anti-juridicidad y su culpabilidad, estuvieron intrínsecamente ligados a los conceptos del honor, el prestigio, la valía personal y el respeto. Es amplio su estudio histórico, el cual contiene mención de diversos casos de duelo y tentativa de duelo en nuestro país, desde el caso del Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno y el Lic. León Fernández Bonilla, el Duelo de Honor más emblemático de nuestra historia, tanto por los distinguidos personajes involucrados, así como por la serie de consecuencias que propició hasta el del Gral. José J. Tinoco Granados y el Lic. Manuel Arguello de Vars, entre muchos otros.

Nuestro distinguido colaborador el Profesor Lic. Luis Albán Arias Sosa, nos comparte su estudio NOTAS SOBRE DERECHO TURÍSTICO; en su criterio, el Derecho Especial Turístico confía en proporcionar, a partir de unas idóneas disposiciones, su concurso en el aliento y patrocinio de este profuso fenómeno. De allí la generación de normas rectoras del tema; tendientes éstas a organizar, de manera armónica, los distintos aspectos relacionados (verbigracia, entorno y patrimonio). En este trabajo el Profesor Arias Sosa desarrolla el concepto Jurídico de Turismo, los sujetos de esta actividad, las actividades y los contratos de turismo.

Las Licenciadas Ana Lucía Aguirre Garabito e Irina Sibaja López aportan su novedoso artículo EL DAÑO SOCIAL: SU CONCEPTUALIZACIÓN Y POSIBLES APLICACIONES. Nos recuerdan que el Código Procesal Penal de 1996 introduce dentro de sus normas un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, el de daño social. Específicamente, el artículo 38 de dicho Código establece la facultad de la Procuraduría General de la República para instar mediante una acción civil, el resarcimiento del daño social que se genera como consecuencia de un hecho punible que afecta intereses difusos o colectivos. Si bien hay poco desarrollo doctrinario, la figura del daño social ha adquirido gran protagonismo en el debate público y discusión jurídica. Esta es la primera vez que se realiza la conceptualización de la figura dentro del sistema jurídico costarricense. El estudio del daño social se realiza aquí partiendo del criterio de análisis y clasificación real-objetivo, el cual nos brinda una base sólida que permite profundizar en el tema. Es parte de un fenómeno de ampliación de la “teoría de daños”. Nos informan sobre su aplicabilidad en delitos ambientales, tributarios, por incumplimiento de la función pública, contra el patrimonio arqueológico nacional, o histórico arquitectónico y contra los derechos de los consumidores. Afrontan, además, diversos problemas, entre ellos, el de su cuantificación. Plantean interesantes propuestas como la inclusión de la acción colectiva o popular en el ordenamiento jurídico costarricense como medio para el reclamo del daño colectivo.

ESPÍRITU UNIVERSITARIO Y AUTONOMÍA

Dr. Luis Baudrit

12 de abril de 2011

SUMARIO:

Introducción

1 La Universidad y los universitarios

2 La institución universitaria El ser universitario

3 Algunos rasgos del espíritu de los universitarios

- 1) Estudio como hábito permanente**
- 2) Rigor crítico en el pensamiento**
- 3) Criterio propio, actuación libre**
- 4) Mentalidad de servicio, superación del individualismo**

4 La autonomía universitaria

Pareciera innecesario reflexionar —dentro de la Universidad— acerca de qué significa ser universitario y qué significa Universidad.

Podría considerarse que cada uno tiene su propia noción y que no existe un concepto único de lo que es ser universitario y lo que es Universidad. Estaríamos ante un relativismo que nos impediría continuar reflexionando.

También se podría pensar que no debemos aceptar una definición dogmática impuesta desde fuera, ya sea por ley del Parlamento, o por lo que consideran los Ministros de Educación y de Hacienda, o por la interpretación de la Sala Constitucional, o de la Procuraduría, o de la Contraloría.

¿Qué es la Universidad? ¿Cuál es el ideal de Universidad? Al reducirse los elementos característicos de cualquier concepto, este se vuelve más general, más ambiguo y dentro de tal concepto puede caber cualquier cosa.

Esto plantea un examen no solo hacia fuera: ¿son verdaderas Universidades las que han surgido por decenas en los últimos 35 años?, sino también hacia dentro: ¿somos verdadera Universidad?, ¿somos verdaderos universitarios?

Ni relativismo, ni dogmatismo. Expongo algunas ideas, cuya paternidad no puedo atribuirme, pero que, si logro fundamentarlas y expresarlas con claridad, tal vez puedan encontrar eco en ustedes.

La Universidad y los universitarios

Conceptualmente, ¿cuál es anterior? La Universidad de Bolonia surgió como consecuencia estudiantil. Hoy, se podría decir, es la Universidad la que produce a los universitarios.

La Universidad no es un conjunto de objetos, ni siquiera de ideas. Es básicamente un conjunto de personas —hombres y mujeres—, con libertad, con dignidad, que aspiran a acercarse a la Verdad, al Bien, a la Belleza, a la Justicia.

Universidad y universitarios no son realidades separadas, ni diferentes. Ambas están en continua interacción. La Universidad será lo que sean los universitarios y viceversa.

Es una realidad dinámica, en continuo perfeccionamiento. No es un objeto acabado, inerte, estático. Es ebullición, generación de ideas, cambios, debate respetuoso.

Me atrevo a pensar que la Universidad es un concepto universal, es decir, existe la Universidad, no las universidades. Es una institución única, en cualquier parte del mundo. Se empobrece cuando se le circunscribe a un territorio, o cuando se restringe su ámbito científico, o cuando se le orienta hacia la mera capacitación profesional o técnica.

Aunque muy relacionado esto con el fenómeno de la globalización, sin embargo el carácter universal es algo propio de la

institución universitaria. El ser universitario trasciende límites territoriales y de tiempo. No resulta presuntuoso considerarse tan universitario como los universitarios de París, Oxford, Salamanca o Cracovia, de ayer y de hoy.

La institución universitaria

La Universidad: una institución, un ambiente peculiar, un ámbito de libertad de interacciones personales (dotado de personal académico, de estudiantes, de personal administrativo y con instalaciones y bienes suficientes para cumplir con sus cometidos).

Orientada hacia una especial formación intelectual. No es troqueladora de cerebros, ni fábrica de productos en serie.

Forma intelectos. Forma personas libres, más libres cuanto mayor sea su formación...

Faculta para la reflexión intelectual, para pensar con cierta rigurosidad, para hacer Ciencia, para desarrollar las facultades superiores de la persona.

¿Es solo una institución formadora de profesionales. La función universitaria no se reduce a la simple capacitación profesional o técnica. Forma profesionales pero, ¿qué tipo de profesionales? Profesionales con visión humanística, dotados de cultura superior.

Hay un error muy generalizado al entender la educación como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la primaria hasta la universitaria (art. 77 de la Constitución). Aunque la educación universitaria en buena medida prepara profesionales (lo que podría ser considerado como un servicio público...), sin embargo no

puede constituir en todos los casos el último eslabón del sistema educativo. La preparación técnica y profesional para el trabajo no es misión única de la Universidad.

Algo que caracteriza a la Universidad es el hecho de no ser simple transmisora de conocimientos, sino que también debe ser generadora de conocimientos (resultado de la labor de investigación).

La formación universitaria, además, no puede circunscribirse a simple capacitación para el ejercicio de las distintas profesiones. Muchas profesiones u oficios no requieren verdadera preparación universitaria. Otras instituciones pueden prepararlos, y muy bien. Pero no precisan ser universidades o no son propiamente universidades.

Es necesario desarrollar otras salidas profesionales o técnicas que no necesariamente deban ser inferiores o superiores a las universitarias, sino distintas a ellas. Deben tener un justo reconocimiento social y económico.

Es posible que, por diversos motivos, la Universidad —por su particular cualificación científica— haya tenido que asumir estas funciones, al igual que ha tenido que desarrollar determinadas actividades en beneficio de la sociedad. Estas funciones de colaboración no deben hacer perder el fin de la institución universitaria ni pueden ser excusa para reducir el nivel científico de sus actividades.

La preparación profesional brindada por la Universidad no puede reducirse a simple capacitación. Si fuera así, tendría que enfocarse con criterios utilitaristas, de eficiencia y de eficacia: una preparación indispensable al más bajo costo posible. La formación intelectual que ofrece la Universidad debe tener rigor científico,

debe trascender la materia de especialización mediante una formación cultural que le permita a las personas crecer en humanidad: mujeres y hombres con mejor calidad humana.

Como centro de formación intelectual, como ámbito de debate de ideas, como lugar en donde se busca la Verdad, la Universidad se constituye, en alguna forma, en conciencia lúcida o en conciencia crítica de la nación. Le corresponde, por su naturaleza, orientar e impulsar al pueblo hacia altas metas de desarrollo integral y, a la vez, manifestar con autoridad científica —no con autoritarismo despótico— su desacuerdo frente a decisiones gubernamentales que considere lesivas a los intereses de la nación.

Este mismo sentido crítico debe ser asimilado, individualmente, por cada uno de los universitarios quienes, al haber adquirido o al estar adquiriendo una educación o formación superior, poseen una mayor obligación y una mayor responsabilidad respecto a las cuestiones públicas y a la activa participación en la conformación de la sociedad.

El ser universitario

Ser universitario no es consecuencia de estar en la Universidad ni de haber pasado por ella. Algunos pasan por la Universidad, pero no asimilan su espíritu. Ser universitario es haber asimilado el espíritu de la Institución o, al menos, haber comenzado a asimilarlo. Este proceso de ser universitario, de hacer Universidad, no termina nunca: siempre es posible su perfeccionamiento.

El más reciente estudiante universitario debe tener una mentalidad universitaria, al menos en germen. Tal mentalidad es incompatible con el conformismo, la pasividad, el desinterés, la irresponsabilidad o el individualismo.

La condición de universitario requiere determinadas capacidades, determinadas **aptitudes**. Esto no es discriminatorio, sino real.

También presupone una **actitud** personal, un anhelo de mejorar. Es el modo especial de ser y de actuar de quien empeña su voluntad constante y permanentemente en la actividad científica. La misma formación universitaria es absorbida en distinto grado por las diversas personas.

Todo aquel que tenga esta capacidad, debe tener la oportunidad de adquirir esa formación. La Universidad no puede ser la meta única del proceso educativo.

La formación universitaria no pretende uniformar personalidades, sino más bien mejorarlas, impulsarlas hacia el perfeccionamiento, capacitar a cada persona individualmente para la actividad intelectual y para actuar con libertad.

La formación universitaria permite que las personas proyecten esta peculiar forma de ser en la sociedad. El beneficio, aunque individual, tiene una repercusión social, necesariamente.

Por esto, la verdadera formación universitaria es condición de un pueblo libre.

Años de actividad intelectual y de convivencia humana durante los estudios de la carrera, el modo de ser del ambiente y de la vida entera de la Universidad son factores determinantes en la transmisión y adquisición del espíritu universitario. Importancia de los espacios de encuentro, del café, de la soda, del pretil, de las actividades extracurriculares...

Pueden verse dos extremos en la formación profesional: profesionalista y persona excesivamente cultivada.

Si predomina la idea pragmática y profesionalista se impone la adquisición de conocimientos utilitarios. Hay tanta materia teórica que aparentemente no sirve para nada. ¡Qué necesaria es una buena teoría, una formación humanística, la adquisición de conocimientos clásicos!

Sin el espíritu universitario, la institución universitaria prepara salidas profesionales o técnicas que son un mero producto cualificado para solucionar algunas cuestiones, con escaso criterio y personalidad, desconociendo los hechos de trascendencia para su vida y para la de sus semejantes.

Es deseable que la Universidad trate de preparar —para la sociedad— personas profesionalmente bien capacitadas y a la vez, cultivadas, con criterio, con mente abierta, capaces de ejercer su profesión en servicio de los demás y de participar libre y responsablemente en las actividades de la vida pública o social.

Formar personas de criterio, conscientes de sus derechos y responsabilidades. Ante la globalización y despersonalización, fomentar la educación del ser humano en cuanto tal, con todos los valores inherentes, con plena conciencia de su dignidad, con hondo sentido de responsabilidad frente a sus semejantes y frente al medio ambiente.

Algunos rasgos del espíritu de los universitarios

1) Estudio como hábito permanente

Conocimiento a fondo de la realidad. Actualización de conocimientos. Formación de la opinión propia. Descubrir la verdad no es tarea fácil: rechaza improvisación, ligereza, precipitación en los juicios. Analizar desde distintos ángulos, oír a las partes en conflicto.

Implica también interés por los valores culturales, libre de utilitarismos, con “curiosidad intelectual” por conocer, por profundizar.

Se hace necesaria cierta selección, para poder cultivar una materia más a fondo. Pero se debe tratar de ampliar el conocimiento a otros aspectos del saber humano: interesarse por la belleza, por la historia, por la literatura, por el desarrollo de las ideas...

El universitario adquiere capacidad de reflexión, capacidad de creación del pensamiento.

2) Rigor crítico en el pensamiento

Discriminar entre verdad y error (apariencia de verdad). Sopesar afirmaciones conforme a su fundamentación. Evitar influjo de la propaganda (modas, frases hechas, lugares comunes). El universitario es difícilmente manipulable. No se deja arrastrar por la masa. Es “rebelde”, incómodo a veces, inconforme.

Conocimiento de las propias limitaciones. Cierta inseguridad en sí mismo, desconfianza en las propias apreciaciones y deseo de contrastar opiniones y datos, de guardar respeto y estima a las aportaciones de los demás y sentir admiración por los avances logrados por otros. Admite que puede haber realidades que se le escapan pero que intuye como más altas y luminosas.

3) Criterio propio, actuación libre

Madurez. Convicciones sólidas (no es variable, ni acomodaticio). Persona de principios. No es conformista. Si es preciso, va contra corriente.

Adquirida una convicción, queda arraigada en su mente y es muy firme la adhesión a esa

verdad. Sin embargo, cambia de opinión cuando los datos recibidos le llevan a comprender que estaba equivocado, adquiriendo una convicción más firme. Gusta contrastar para enriquecimiento y aproximación a la verdad. Combina la convicción en sus pareceres con una cierta desconfianza en sí mismo.

Utiliza modos de comunicación respetuosos con quienes sostienen opiniones diferentes. No pretende vencer, sino convencer (la Verdad se impone por sí misma). Actúa con comprensión, tolerancia, cortesía.

Evita hacer afirmaciones rotundas. Insinúa, para que interlocutor vaya descubriendo la verdad por sí mismo. Más sugiere que afirma. Facilita que otros descubran. No es autoritario, cerrado en sus propias convicciones.

Como posee mayor independencia, tiene mayor celo de la libertad propia y ajena.

4) Mentalidad de servicio, superación del individualismo

Hacer a los demás partícipes de su saber. Servicio a la sociedad, responsabilidad ante asuntos de interés común. Tiene mayores deberes sociales por tener mayores conocimientos y cultura. Más hondo sentido de la justicia.

Ante situaciones ilegítimas o lesión de derechos esenciales, su responsabilidad impide silencio, pasividad o indiferencia. Esta responsabilidad incita al interés por las cuestiones públicas y a la participación en la recta configuración de la sociedad.

La autonomía universitaria

Todos los rasgos del espíritu de los universitarios se comunican a la Universidad.

Se pueden resumir en la necesidad de libertad para aproximarse a la Verdad, Bien, Belleza, Justicia.

El espíritu universitario se enmarca dentro de un conjunto de libertades fundamentales: libertad de expresión del pensamiento, libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de enseñanza y, también, libertad de cátedra.

Esa libertad no es solo de los universitarios, como un **derecho individual** fundamental, sino que también constituye un **derecho institucional** y también se encuentra al servicio de la nación, es un **derecho del pueblo**.

El pueblo necesita un **ámbito de libertad**, de independencia, en el que de modo objetivo y científico puedan ser analizadas las realidades (sociales, políticas, gubernamentales, económicas...), en el que se capacite a las personas para que actúen con plena libertad.

A propósito de la autonomía universitaria, traigo a colación lo escrito por un profesor español sobre la libertad de cátedra:

*“... no tutela sólo al profesor frente a la censura, sino que protege a la institución universitaria frente al Estado. **La universidad no debe ser concebida como una institución al servicio del Estado, como un servicio público o como una rama de la burocracia estatal, sino como una institución al servicio de la ciencia, que se justifica exclusivamente por la búsqueda de la verdad científica y no por necesidades de prestación de servicios a la comunidad, lo cual podría apreciar discrecionalmente el poder estatal.***

Ahora bien, considerada la búsqueda de la verdad científica como

un valor autónomo que no admite estar mediatizado por razones de Estado, la libertad de cátedra exige igualmente que el Estado dote económicamente a la institución universitaria. La investigación y la docencia cuestan dinero, y la autonomía universitaria es en gran parte autonomía financiera, para investigar con criterios científicos y no en razón de necesidades extracientíficas: por razones de Estado, comerciales, bélicas, etc....”

González del Valle, José M., “Libertad de cátedra y libertad de enseñanza en la legislación española”, en Persona y Derecho (EUNSA, Pamplona, España) 1981, número 8, p. 317.

La Universidad es autónoma por su propia naturaleza, no por concesión estatal, ni por concesión del poder constituyente. Claro está que es muy conveniente que el texto de la Constitución Política lo establezca de modo expreso.

La Constitución Política consagra, en términos muy amplios y muy claros, la independencia o autonomía universitaria (artículos 84 y 85). Comprende, básicamente, los siguientes aspectos:

1) Independencia en sus funciones. Se refiere al ámbito de sus competencias. Por sí sola, esta independencia no es exclusiva de la Universidad. Cualquier ente, cualquier órgano o cualquier funcionario, tiene un ámbito propio de competencia, dentro del que actúa discrecionalmente y en el cual no puede interferirse desde el exterior. Las funciones universitarias se encuentran vinculadas intrínsecamente con los restantes aspectos de la autonomía. No pueden ser consideradas en forma aislada.

2) Plena capacidad jurídica para gobernarse. Significa esto que la Universidad se da su propio gobierno y que no debe permitir la injerencia externa en el ejercicio de las atribuciones propias de este aspecto de la autonomía.

3) Plena capacidad jurídica para organizarse. La Universidad se organiza, se estructura, distribuye sus competencias internas, por sí sola y nadie puede pretender organizarla desde fuera. La Asamblea Legislativa no puede interferir en la organización que la Universidad hubiese adoptado. Tampoco lo puede hacer el Poder Ejecutivo, ni los Tribunales de Justicia.

4) Plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad jurídica de la Universidad debe relacionarse, necesariamente, con los restantes aspectos de la autonomía. La plena capacidad es ostentada por un ente que se autogobierna, que se auto organiza, y que es independiente en sus funciones.

5) Hacienda universitaria. La Universidad, con todos los aspectos derivados de su autonomía, es titular de un patrimonio propio. Este patrimonio propio, esta hacienda universitaria, no se confunde con la hacienda pública, ni queda absorbido por ella. Las disposiciones legales que regulan distintos aspectos de la hacienda pública no son aplicables a la hacienda universitaria, que se encuentra regida por las disposiciones normativas emanadas de la propia Universidad de Costa Rica.

6) Financiación. La Constitución Política garantiza la dimensión financiera de la autonomía de la Universidad de Costa Rica. Dispone que el Estado le creará rentas propias y, además, mantendrá un Fondo Especial para el financiamiento de la Educación Superior Estatal (FEES) cuyas rentas no pueden ser eliminadas ni disminuidas, salvo que se sustituyan por otras mejores. La financiación de la Universidad de Costa Rica y de las otras Universidades públicas no debería proceder de partidas del Presupuesto Nacional sino mayoritariamente del FEES. Pero, como el Estado no ha creado ni ha mantenido este Fondo Especial, ha sido preciso recargar el financiamiento universitario sobre el Presupuesto Nacional.

La autonomía universitaria, al igual que la libertad personal, no es algo acabado, conseguido o asegurado, debe ejercitarse continuamente. No basta con que se encuentre en la Constitución Política.

La autonomía universitaria tiene una dimensión externa, frente a presiones desde fuera. Pero tiene también una dimensión interna, una enorme responsabilidad. La autonomía universitaria es condición de un pueblo libre y el pueblo espera una actuación universitaria profunda, seria, verdaderamente científica.

Deseo que estas reflexiones nos permitan acercarnos a las nociones del ser universitario, de la Universidad y de la autonomía universitaria.

VIRTUDES Y DESAFÍOS DE UNA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA

***Dr. César Hines Céspedes
Especialista en Derecho Público***

Introducción

Con ocasión de las sustracciones ilegítimas de dinero de las cuentas corrientes o de ahorros, de algunos clientes de los bancos estatales, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia incursionó en algunos temas de alto contenido doctrinal y precisamente por ello, de gran valía para una reformulación de criterios en algunas áreas del ordenamiento jurídico, no ya desde la perspectiva legislativa, sino meramente interpretativa, que podría introducirnos en una etapa de modernización y equiparación de intereses sociales, consolidando muchísimo más el sistema de justicia democrática.

Es propicia la ocasión para ampliar los horizontes jurídicos derivados de esta jurisprudencia, para incorporar también otros elementos y mejorar el desarrollo de los institutos jurídicos, que deben ser analizados, interpretados y aplicados, en función de su finalidad genética, sin ninguna otra inclinación más que la derivada de las propias circunstancias del caso.

La sabiduría y madurez mostrada por la jurisprudencia en cuestión es signo inequívoco de independencia intelectual y política -en el sentido científico del término-, que permite vislumbrar un mejor futuro en la protección de los derechos subjetivos de las personas, con especial énfasis en los conflictos individuales, independientemente de la naturaleza jurídica de las partes.

El proceso de privatización acelerada de los servicios públicos, que han dejado de serlo para convertirse en “productos de mercado”, pareciera disminuir en la misma medida, la actividad del Estado como centro último de imputación, pero siempre se requerirá de la fortaleza de un órgano judicial para poner las cosas en su verdadera dimensión, ya sea a través de la fuerza normativa del Derecho positivo o por la virtud de la jurisprudencia en el proceso de interpretación de las normas, los valores que estas protegen y los principios que le dan estructura.

Los desafíos derivados de esta jurisprudencia son todavía más halagüeños, considerando las nuevas fuerzas del mercado, interno y externo que incorporaron su cuota de influencia en esa interpretación jurídica que realizan nuestros tribunales, con especial énfasis, en los órganos jurisdiccionales que tienen la palabra final en el conflicto.

A.- Virtudes de la jurisprudencia

1.- Los hechos generales

Varios clientes de distintos bancos públicos, presentaron reclamaciones judiciales, por la sustracción de dinero de la que fueron objeto, a través de los servicios en línea -internet-, que las susodichas entidades financieras pusieron a su disposición. Sus pretensiones fueron resueltas favorablemente por los Tribunales Contenciosos Administrativos, y llevadas al

último eslabón de la cadena procesal recursiva, la Sala Primera confirmó las decisiones.

El tema de la responsabilidad en nuestro sistema jurídico ha sido analizado desde distintos ángulos y frente a múltiples supuestos de hecho, que ha dado lugar a su vez, a un gran cantidad de trabajos doctrinales y manifestaciones jurisprudenciales de gran interés académico y práctico.

En el campo específico del Derecho Administrativo, se puede decir que la figura de la responsabilidad se aparece en dos grandes espacios temporales: con anterioridad a la Ley General de la Administración Pública, y posterior a su promulgación en mayo de 1978. No obstante que la fecha de nacimiento de la Ley es históricamente suficiente para imponer una línea jurisprudencial, su verdadera dimensión aplicativa tuvo lugar mucho tiempo después, ante la renuencia de los jueces de darle contenido material¹.

En el caso bajo estudio, hay que reconocer la novedad del tema y su relevancia en las relaciones comerciales en general, bursátiles y de intermediación financiera, sin que haya faltado algunos antecedentes esporádicos sobre la responsabilidad en la actividad

financiera, pero han sido sobre consideraciones fácticas distintas².

En la jurisprudencia que se comenta, señaló la Sala Primera en cuanto al tema de la responsabilidad objetiva y subjetiva en materia de consumo de servicios financieros:³

“Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor. En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia,

1 Alguna de las razones de la tímida aplicación de los institutos de la Ley General de la Administración Pública, fue la composición subjetivas de los más altos tribunales jurisdiccionales, integrados por jueces con una inclinación y vocación civilista difícil de desarraigar, aunado al escaso desarrollo del Derecho Administrativo y la ausencia de especialistas en la materia en el ámbito judicial.

2 Se trata en particular de la sentencia 211-F- de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005, en el que se reclamó la responsabilidad del Banco Central por acciones y omisiones de un banco privado, bajo el supuesto de una falta de fiscalización del primero, que hubiese evitado el daño provocado por el segundo. La Sala Primera de la Corte desestimó la demanda al considerar que la conducta reclamada al ente emisor no podía ser la causa eficiente y adecuada para la producir el daño reclamado, que tuvo origen directo e inmediato en la conducta del banco objeto de la fiscalización. En ese caso a través de un ejercicio de exclusión o inclusión hipotética de elementos, se determinaría ese nexo de causalidad requerido y necesario para la imputación.

3 Se trata de la sentencia 300-F-S1 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo del 2009, reiterada en las sentencias 395-F-S1 de las 10 horas 25 minutos, 396-F-S1 de las 10 horas treinta minutos, 398-F-S1 de las 10 horas 40 minutos, todas del 23 de abril del 2009, y la sentencia 516-F-S1 de las 10 horas 20 minutos del 27 de mayo del 2009, entre otras del mismo género.

imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico.

La sentencia se yergue sobre el principio de la responsabilidad objetiva en materia de consumo -ese es uno de los desafíos que se verá Infra-, estableciendo como eje incriminatorio, la causación simple de un daño al consumidor; simple en su concepción formal, aunque pueda resultar complejo en su facticidad, esto es, que los efectos finales y definitivos, sean la consecuencia de una serie de actos previos y también necesarios que desembocaron en el menoscabo patrimonial⁴.

La simple causación del daño por un agente económico, es razón suficiente para la imputación de una responsabilidad reparativa, donde, como expresamente lo indicó la resolución mencionada, resultan irrelevantes las razones que mediaron en el ánimo del agente provocador, centralizándose el conflicto en la existencia real del daño. De esa

manera se eliminan los elementos subjetivos y se concentra la atención en la consecuencia. En cuanto a su prueba, consistiría en el daño mismo, reconocido e indemnizado cuando su producción sea efecto inmediato de una acción u omisión imputable al comerciante o agente económico.

En materia de consumo, confirmó la sentencia, se está frente a una responsabilidad objetiva, modificándose, sustancialmente, el sistema normativo que regulaba las relaciones de Derecho privado en general. La escisión en los sistemas de valoración de los conflictos originados en relaciones privadas, el principio de la autonomía de la voluntad perdería su supremacía aplicativa, cuya utilización e infravaloración derivó con el paso de los años, en su cuasi sacralización⁵.

Las consecuencias visibles de la sentencia en materia del derecho del consumidor -que bien podrían ser trasladables a otras áreas-, derivan, entre otros factores, de la posición del afectado frente al presunto responsable. Esto es, que la figura del daño, además de ser un elemento, es analizado según la posición jurídica del afectado, sea para evitarlo o para soportarlo.

Se considera relevante subrayar de la sentencia comentada, que la decisión positiva de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de materializar, esto es, aplicar en forma directa, normas de la Constitución Política, aunque no hayan sido expresamente invocadas.

4 El principio de la responsabilidad objetiva en materia de consumidor, había sido desarrollado en la sentencia 295-F de las 10 horas 45 minutos del 26 de abril del 2007, pero sobre una base fáctica distinta.

5 Tal y como lo indica el título, uno de los desafíos que la jurisprudencia tiene por delante, es el control y fiscalización de las relaciones que, aún siendo privadas, están sujetas a reglas especiales, como los contratos de adhesión y otros de similar naturaleza.

Efectivamente, el análisis de la Sala Primera -semejante al del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo-, en relación con la posición del consumidor frente a los bancos, lo ubicó en la correcta posición que tiene en la cadena productiva, como el último eslabón y por supuesto, el más débil frente a una gigantesca estructura empresarial.

Los efectos directos de esas conclusiones jurisprudenciales, analizados y valorados desde una perspectiva macro jurídica, implicará por supuesto, una modificación de las prácticas comerciales -a toda escala-, con respeto hacia los derechos e intereses de las personas. Implica un mayor equilibrio en el proceso de intercambio de bienes y servicios.

La limitación de los presupuestos del Código Civil para la responsabilidad objetiva, tuvo una ampliación mayor por razón de la jurisprudencia, que en un proceso de apertura mental y de abstracción jurídica, adecuó los rígidos preceptos legislativos a las complejas relaciones en la sociedad moderna, que de otra forma, dejaría sin solución múltiples conflictos por los vacíos normativos del ordenamiento.

Extendiendo los argumentos de la tesis jurisprudencial, y en el específico campo del Derecho del Consumidor, está claro que la responsabilidad del comerciante no acabaría con la normal funcionalidad del objeto o del servicio consumido o requerido, sino que incluiría también, las expectativas creadas en el adquirente, que si dejaran de atender, podría generar solamente la denominada

responsabilidad por resultado, también desarrollada por la jurisprudencia⁶.

Sería la aplicación racional de los deberes del comerciante, de dotar al consumidor de información veraz y completa, no limitada a las virtudes del objeto del negocio jurídico, sino en función de los requerimientos del comprador. Implica que los bienes o servicios proveídos no solamente deben atender a las pretensiones del proveedor, sino que en forma paralela deberán satisfacer plenamente al consumidor⁷.

Otra de las virtudes esencialmente de carácter procesal de la jurisprudencia comentada, es la transformación aplicativa que sufre el concepto de nexo de causalidad. Se señaló en la jurisprudencia sujeta a análisis:

“...En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan

en la materia, de la segunda (...) En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión sufrida...”

Si bien el tema del nexo de causalidad no es completamente nuevo⁸, la Sala consolida, como una condición para la atribución de responsabilidad, la teoría de la “**causalidad adecuada**”, cuya diferencia -a nuestro modo de analizarlo-, con la tesis del “**nexo de causalidad**” -que simplificado se venía manejando-, estriba en la mayor capacidad de apreciación del juez.

No es una atribución de discrecionalidad judicial para determinar su existencia, porque la valoración de la conducta productora del daño siempre se daría sobre la base de elementos objetivos incorporados al expediente, pero brinda un margen de apreciación mayor de la conducta dañosa, para ser analizada y concretada sobre una base cierta en relación con sus efectos reales. Es la humanización de la justicia.

La aplicación simplista de la tesis del “*nexo causal*”, como cordón umbilical que sostenía la potencial responsabilidad, descartaba conductas que, aunque productoras de daños, no se les otorgaba la jerarquía procesal suficiente para considerarlas atributivas de responsabilidad, quedando impunes, aún cuando sí eran causas eficientes y

adecuadas para fundamentar la reclamación indemnizatoria.

En otro apartado de la sentencia, se alude a la teoría del riesgo creado, esquematizado en la Ley de Protección al Consumidor en forma distinta a la misma figura señera del Código Civil.

En el Código Civil la responsabilidad por riesgo asume una línea objetiva en relación con el titular del establecimiento, y subjetiva en relación con el causante directo del daño, así expresamente se indica en el artículo 1048 del Código Civil, al señalar que, quienes exploten establecimientos mineros o de electricidad, fábricas o cualquier industria, incluía la construcción, serán responsables cuando alguno de los encargados causare “**con culpa**”, la muerte o lesión de un individuo.

El texto de la norma deja espacio para considerar que el daño producido por el agente, representante del dueño o este mismo, que no haya sido o actuado con “**culpa**”, no sería causa suficiente y adecuada para reclamar la indemnización, aún cuando la víctima no tenga el deber de soportar el menoscabo sufrido.

Distinto es el texto en la Ley de Protección al Consumidor, que excluye el elemento “culpa” como criterio de imputación para la responsabilidad del titular del negocio, donde el único ingrediente para la imputación, sería el daño. Señala el artículo 35 de la mencionada ley:

“El productor, el proveedor y el comerciante deben responder,

⁶ Véase la ya citada sentencia 211-F- de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005.

⁷ Ofrecer un bien o servicio de una determinada forma porque le facilita el negocio al proveedor, por reducción de costos, implicará una mayor rigurosidad en la calificación del daño, cuando se produzca. Sobre el tema más adelante se analiza concretamente.

⁸ Pueden verse entre otras, las sentencias: 252-F- de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001 y la 211-F de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril del 2005

concurrentemente, e **independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.”

No obstante que la norma expresamente descarta el elemento subjetivo de la culpa, hay sobradas razones para considerar que se mantienen las eximentes que también aplican en el Derecho Administrativo puro, como lo es, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, aunque no la fuerza mayor, porque, como bien se indica en la sentencia, en materia del consumidor se está frente a conductas humanas y no a hechos de la naturaleza.

El **“hecho de un tercero”**, como causa eximente, estaría referido a los actos dañosos de un agente productor “ajeno a la relación jurídica entre el comerciante y el consumidor”, sin que se pueda calificar como tercero, al dependiente, vendedor, o representante del titular, o alguna otra persona que por cualquier título haga presumir su vinculación con el proveedor del bien o servicio, quienes para

todos los efectos, tendrían la misma condición de éste.

En el caso específico que originó la sentencia, es relevante señalar que la jurisprudencia hace acopio de un principio de vieja data como lo es el **ubi emolumentum, ubi onus**, que significa, que **donde está el emolumento está la carga**, y con ello estableció una línea de valoración normativa.

Es importante la introducción de este componente en la jurisprudencia comentada, porque en materia financiera, las facilidades informáticas que los bancos disponen para los clientes, en realidad no constituyen un valor agregado a favor de los cuentacorrentistas -en sentido genérico del término referido a las personas que mantienen vínculos permanentes con los bancos a través de un contrato, y como los únicos que pueden realizar operaciones en línea-, sino que tiende a la producción de un beneficio adicional, y principalmente a favor del banco, que no lo implementó pensando en el usuario o cliente.

Los costos de las operaciones financieras en línea son sustancialmente menores que el de las operaciones realizadas en **“ventanilla”**, siendo que una mayor intermediación por medios informáticos representa un menor costo de operación que incrementa el rubro de las ganancias.

Como la teoría postula que quien crea, ejerza o se aproveche de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes⁹, la carga de tal riesgo debe recaer sobre quien obtiene los

mayores beneficios. La sentencia es afirmativa sobre este punto en concreto, al señalar:

“Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo a las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto de aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, como sucede con los mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta,

circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el sub iudice”. (Resaltado es suplido)

En materia de consumo, en términos genéricos, el ofrecimiento de facilidades para el consumidor, no tiende, como en principio podría interpretarse, a incrementar un valor a favor del cliente sino como un medio de atracción de beneficios, de los que el consumidor se beneficia parcial o indirectamente. Así fue expresamente considerado por la Sala Primera, al condenar a un supermercado a indemnizar a un consumidor -aunque no haya sido comprador-, al que se le sustrajo su vehículo del parqueo, ofrecido como una facilidad para el consumo.¹⁰

B.- Desafíos de la sentencia

Han existido figuras en el Derecho que se han dogmatizado, cuya consecuencia directa e inmediata es la aplicación automática, sin cuestionamientos. El principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito privado era una de ellas, ensalzada y exaltada como una conquista histórica para el patrimonio jurídico de la persona.

Sin embargo a través de los años, ha ido perdiendo esa automatización con el florecimiento de novedosos métodos negociales, como es el caso de los contratos de adhesión, y por la intervención del Estado para evitar -en algunos casos-, la elusión de obligaciones fiscales, parafiscales o de contribuciones sociales.

9 Véase cualquiera de las sentencias citadas supra.

10 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 295-F de las 10 horas 45 minutos del 26 de abril del 2007.

Varios ejemplos se impone señalar. La Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social no distingue ni aplica el principio de la autonomía de la voluntad y califica relaciones obrero-patronales, aún frente a contratos que señalan lo contrario.

La misma situación se presenta con el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que se desmarca de lo que las partes hayan podido negociar, es decir, hace caso omiso a esa autonomía entre partes, y le otorga al Estado la posibilidad de valorar la situación bajo un criterio fáctico, con aplicación del principio de la realidad económica¹¹, y una situación muy similar se presenta en el Derecho laboral con la primacía del contrato realidad.

En algún momento, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte tendrá que incursionar con mayor rigor en temas como tarjetas de crédito, desde una perspectiva distinta a como hasta ahora se ha pronunciado, considerando las marcadas tendencias mundiales a la regulación de los emisores y sus potestades frente al tarjetahabiente.

En esta materia -el dinero plástico como también se le conoce-, varios países han adoptado normativa que descarta la voluntad

individual como el componente mayor, tal es el caso de Panamá, Guatemala y recientemente los Estados Unidos, que han impuesto, límites máximos a las tasas de interés cobradas, así también como, la exclusión o regulación explícita de lo que eran una serie de prácticas perniciosas, tales como la imposición de intereses sobre intereses y el cobro de sumas por concepto de gastos administrativos desconocidos o no justificados.

Sin embargo, el desafío mayor que tiene la justicia, es el de lograr la plena indemnización de los daños y perjuicios causados a los consumidores con prácticas desleales de los comerciantes, o bien, que aún no siendo desleales, le causan un desmedro en su patrimonio globalmente considerado¹².

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no le otorgó al Estado, representado en ese campo por las Comisión de Protección al Consumidor, las facultades suficientes para imponerle a los marchantes de bienes y servicios, la satisfacción indemnizatoria plena, no comparables con las restitutivas de presente aplicación.

El artículo 53 de la citada ley, expresamente establece: *“La Comisión nacional del*

11 El artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios dispone: “Interpretación de la norma que regula el hecho generador de la obligación tributaria. Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo. Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien puede atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el hecho generador de la respectiva obligación fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas”.

12 Conforme al texto del artículo 41 de la Constitución Política en relación con el 45 ibídem, el patrimonio está conformado por los bienes materiales y morales que ostenta una persona, en unos casos por el simple hecho de serlo, y en otros, en función de su posición en una determinada relación jurídica.

consumidor no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme al artículo 39 de esta Ley, ni del resarcimiento de daños y perjuicios. Estos casos deben ser conocidos solo por los órganos jurisdiccionales competentes”.

Esa disposición no es sana en un ordenamiento jurídico de avanzada, donde se busca la celeridad y el equilibrio en las relaciones. Limitar a la Comisión de Protección del Consumidor a un papel de “buen componedor” -sin perjuicio de las multas que pueda imponer-, no es saludable para la economía de una sociedad, donde el consumo interno es parte importante del Producto Interno Bruto (PIB), de ahí la necesidad de una reforma legal para darle a estas oficinas la posibilidad de imponer no solamente sanciones, sino también la indemnización plenaria con la posibilidad del condenado de acudir a estrados judiciales a impugnar la decisión.

El desafío de la jurisprudencia al que se hace referencia, estará centrado en dos elementos: a) la protección del consumidor ante una entidad con mayor musculatura jurídica y económica, y; b) el reconocimiento pleno de los daños y perjuicios, que no se satisfacen ni con el cambio o reposición del bien o servicio, ni con el reintegro del dinero pagado.

1. La incorporación del concepto de daños punitivos.

Hace poco más de un lustro, una gran cantidad de personas tuvieron pérdidas con los denominados “fondos de inversión” de diferentes entidades bancarias en los que habían depositado su confianza y atendido los consejos financieros de los ejecutivos de esas organizaciones.

Con ocasión de la debacle, ninguna de las entidades se hizo responsable de las pérdidas provocadas, a pesar de que las decisiones de inversión fueron diseñadas y ejecutadas por ellas¹³. La culpa es del mercado, se dijo en aquella oportunidad, sin identificar que el mercado no acciona ni reacciona por sí mismo, sino que sus movimientos oscilatorios dependen de los agentes económicos que participan.

Esos vacíos con gran repercusión en el sistema económico del Estado, deberán ser cubiertos con mayor rigurosidad jurisprudencial sin la timidez característica en la cuantificación de las condenatorias¹⁴, lo que ha dado al traste con el correcto entendimiento de lo que es la protección plenaria a los justiciables, donde la internacionalización del comercio y la invisibilización de los productores del daño, posiblemente sea el momento para introducir la figura de los “daños punitivos”, muy propia del Derecho anglosajón.

13 En sentido inverso, la BBC News de Londres, del 25 de febrero del 2010 daba cuenta de la imposición de una multa de 7.8 millones de Libras Esterlinas por parte de la Autoridad de Servicios Financieros (Financial Services Authority, FSA por sus siglas en inglés), por malos consejos financieros otorgados a sus clientes. Si bien no se espera que esas sean las sumas que se manejen en nuestro sistema, al menos deben ser de tal entidad que sirvan de disuasivo a las malas prácticas comerciales y financieras.

14 Ante una avalancha de demandas laborales contra una empresa transnacional por la esterilidad provocada por un producto para fumigar las plantaciones de banano, los tribunales patrios estaban otorgando indemnizaciones máximas de dos millones de colones, mientras que llevado el asunto a estrados judiciales norteamericanos, la media de cada condenatoria era aproximadamente de dos millones de dólares.

Los daños punitivos como instituto jurídico, no se encuentran expresamente regulados por nuestra legislación, sin embargo, alejados del ineficiente esquema de la magia verbal en el ordenamiento jurídico¹⁵, resulta aplicable a través de una extensión interpretativa del artículo 41 de la Constitución Política.

Dispone dicho numeral en lo que interesa: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales...”*

Por su parte el artículo 190 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, establece sobre lo que es de interés: *“La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero...”*

Acompaña a la norma anterior, el ordinal 191 en su primera parte que establece que: *“La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores...”*, y finalmente -sin que se acaben las normas atributivas de responsabilidad-, el numeral 197 determina que la responsabilidad administrativa, comprende los daños puramente morales.

Las normas anteriormente expuestas indican expresamente que la reparación comprende *“todos”*, los daños, es decir, no excluye ningún menoscabo sufrido por el justiciable, salvo el caso del artículo 194 de la misma Ley General de repetida cita. que no incorpora el lucro cesante ante la responsabilidad por conducta lícita o funcionamiento normal de la Administración.

En el ámbito del Derecho Civil, el artículo 1045 del Código Civil es explícito en indicar que la reparación deberá ser integral, pues además del daño, el responsable de su causación deberá de cubrir los perjuicios, contenidos que la Sala Primera en su amplia jurisprudencia, se ha encargado de identificar, como los de naturaleza patrimonial y moral.

Si llevamos la interpretación sistemática al ámbito del consumidor, es evidente que la participación activa del juzgador para valorar las conductas reprochadas en relación con las partes involucradas es fundamental para generar verdadera justicia retributiva.

En el Derecho Alemán el principio de la reparación total implica que el deudor debe reparar todo el daño ocasionado, incluidas las consecuencias lejanas de la acción¹⁶, no limitándose a los efectos inmediatos, sino a todo lo que alrededor de su acción se produjo, situaciones que son comunes en materia de consumo¹⁷.

15 Pedro Enrique Haba denomina magia verbal a la consolidada idea que con la sola promulgación de la ley, los conflictos que se busca regular, desaparecen. Véase del señalado autor: Axiología Jurídica fundamental, editorial Universidad de Costa Rica, 2004.

16 Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad civil, tomo II, biblioteca jurídica Diké, segunda edición, 2001, página 131.

17 Piénsese que además del daño propiamente dicho, tales como el artefacto o producto en mal estado, constituye parte del daño, el tiempo dedicado a buscar la solución al problema, los días que no tuvo el producto ni el dinero a su disposición, los costos adicionales por concepto de viáticos para acudir ante el comerciante a presentar la reclamación, el costo de oportunidad que significó el no uso del bien o servicio, y otros de similar naturaleza.

Desde este ámbito, el estilo jurisdiccional de limitarse a los elementos que casuísticamente se introducen al debate y la costumbre procesal llevada al paroxismo normativo, de no admitir ninguna evidencia que no este relacionada directamente con la discusión inter partes, ha derivado en una solución parcial pero injusta.

Como lo señalara con propiedad un autor, la creación de métodos de producción y comercialización encadenados y en múltiples centros de distribución¹⁸ modifica la estructura del proceso a efectos de determinar el nivel de responsabilidad y de indemnización imputable.

Empresas que tienen un sistema de comercialización múltiple, generan una enorme cantidad de ganancias fuera del sistema ordinario de compra. No entregarle al cliente una moneda de veinticinco céntimos como cambio de una compra, podrá no significar materialmente nada desde la perspectiva individual, pero un millón de clientes a los que se les omite la entrega de esa moneda significan sumas astronómicas mensuales o anuales.

La misma situación se presenta con los débitos insignificantes en las cuentas bancarias, que pasan desapercibidos para el cuenta correntista, pero que en gran escala numérica, le aparejan escandalosas ganancias a los bancos. Es sobre la base general, amplia que el juzgador debe entonces, tomar su decisión, porque una pírrica indemnización por el daño individual solamente sería un acicate para estimular las malas prácticas comerciales.

En los procesos de protección al consumidor, frente a las denominadas por Rivero Sánchez, como *“redes contractuales económicamente eficientes”*, deriva en que la magnitud del daño no siempre debe ser el parámetro para la cuantificación de la indemnización, porque deben considerar otros factores, que como bien se regula en el Código Civil alemán, debería incluirse los *“efectos lejanos”* derivados de la acción dañosa.

No solamente debe considerarse la ecuación matemática relacionada con la medida del daño, sino también incorporarse el beneficio que ese daño le genera a su productor. El nivel socioeconómico del afectado, es, por ejemplo, un factor suficiente para una mayor protección del juzgador al momento de valorar el daño, pero más importante es cuantificar el beneficio que recibe el comerciante, industrial o distribuidor con la práctica acusada.

Las fronteras interpretativas en esta materia deben abrirse sustancialmente, en aras de una verdadera justicia, cuya metodología de valoración fáctica trasciende el mero bien o servicio, para allegar hasta los confines psicológicos del afectado, que se siente impotente ante la fuerza del comerciante o distribuidor.

De ahí que la figura de la indemnización punitiva, donde la condenatoria no está en estrecha vinculación con la cuantía específica del daño, resulta adecuada y eficiente para el cumplimiento del deber del Estado en la protección de los derechos e intereses del consumidor. De otra manera, la diferencia entre las ganancias del comerciante en

18 Rivero Sánchez, op cit, página 181.

relación con las indemnizaciones a los que son condenados, es demasiado tentadora para dejarlas de lado¹⁹.

Es claro que a pesar de las buenas intenciones que pueda tener un legislador al momento de considerar las situaciones sociales necesitadas de regulación, ciertas normas pecan de bondad, con sanciones tan leves que no disuaden a quienes se tientan a obrar mal.

Esa afirmación es particularmente cierta en materia de consumidor, cuando los beneficios de una mala práctica resultan mayores al eventual castigo que pudiera acreditarse, y precisamente ese juego de riesgo-beneficio, es donde la figura de los daños punitivos resulta ser sustancialmente disuasoria.

La traducción literal del daño punitivo o "punitive damages", podría ser confusa, porque lo que es punitivo no es el daño sino la cuantía de la pena que se fijará a quien resulte responsable. Lo de punitivo es porque su constitución tiene la configuración de una sanción, es una pena por el incumplimiento de un deber de no causar daño a otro.

Un caso ilustrativo sobre lo expuesto, es el resuelto por la jurisdicción norteamericana en el caso de Grimshaw versus Ford Motor Company de 1981, en relación con el caso del vehículo *Ford Pinto*.

El vehículo tenía un defecto de fabricación por el cual se prendía fuego si era chocado por detrás, incluso a baja velocidad. La compañía lo detectó y estimó que los costos de llamar a todos los adquirentes de ese modelo, tendría costos mucho mayores que si procedía a indemnizar a cada uno de aquellos que tuviesen la desgracia de ser golpeados por detrás. La empresa hizo una valoración de probabilidades frente al costo beneficio de su silencio.

En una situación con la señalada, la Corte estimó que hubo una intencionalidad desaprensiva en el actuar de la empresa, con una doble reprochabilidad, pues no solamente vendió vehículos defectuosos, sino que conociendo del defecto, no intentó repararlo sino obtener un beneficio de la situación. Como consecuencia de esa conducta, le impuso la indemnización de los daños y perjuicios, pero también una penalidad proporcional al beneficio obtenido con su silencio doloso.

Si bien es cierto que en el Derecho norteamericano los daños punitivos suelen involucrar sumas millonarias, no necesariamente deberá serlo en todos los regímenes, que deberán sujetarse a sus propias condiciones socioeconómicas, porque la realidad es que la figura punitiva, como su nombre lo señala, tiende a la disuasión por el castigo y no al enriquecimiento.

19 Puede verse como un ejemplo de lo señalado, las resoluciones 255-08 de las 17 horas 45 minutos del 2 de junio del 2008 y la 683- 08 de las 17 horas 25 minutos del 11 de diciembre del 2008, ambas de la Comisión Nacional del Consumidor. Una empresa de venta de vehículos, comercializó uno "nuevo", en mal estado y ante la denuncia del comprador, procedió a "repararlo", cuando lo correcto era cambiarlo por otro, dado que el vehículo venía con defectos. Más de un año después de la compra, sin el dinero y sin el vehículo, la Comisión Nacional del Consumidor, imposibilitada por el artículo 53 de la Ley de la materia, resolvió que la empresa debía reintegrarle el dinero al comprador, sin ningún otro aditamento indemnizatorio.

Las sumas casi obscenas que en algunas circunstancias imponen los tribunales norteamericano, son calificadas razonables -con las excepciones del caso-, al percatarse que la proporción y el importe de los veredictos condenatorios por daños punitivos son bajos, cuando normalmente sancionan conductas antisociales sin que se concedan por casos de simple negligencia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha tenido la suficiente claridad para desarrollar la tesis –que es una realidad-, de que el consumo resulta ser un elemento sustancial en la sociedad, sobre todo, en la norteamericana, que es esencialmente consumista, por lo que jurisprudencialmente ha fijado pautas generales para ordenar el sistema, refiriéndose, con la intención de clarificar, entre daños compensatorios y los punitivos²⁰.

Está dispuesta a aceptar la constitucionalidad en ratios de punición que dupliquen, tripliquen o cuadripliquen la suma indemnizatoria "*normal*". Estableció una zona aceptable para ratios que no excedan el 10 a 1, insinuando que los que resulten mayores podrían ser invalidados por irrazonabilidad o *substantive due process*, declarándolo incluso, como violadores a los límites de constitucionalidad²¹.

En los casos reseñados, la corte norteamericana se apartó de la posibilidad de adoptar formulas matemáticas rígidas y en abstracto, dejando en los Tribunales de cada

Estado, disponer, en ausencia de regulación expresa, la medida exacta de la penalidad atendiendo los límites de la razonabilidad del daño en relación con la conducta desplegada por el productor del mismo para provocarlo. En este caso, se castiga pecuniariamente con mayor dureza al comerciante, productor, industrial o distribuidor doloso²².

2.- Problema del daño punitivo en el ordenamiento costarricense

El primer, sería la falta de tipificación de esa categoría jurídica, porque en cuanto el Derecho Civil -rama en la que se podría instaurar con mayor facilidad en relación con la Administrativa-, se diría que funciona basado en la idea de indemnización o reparación, considerándose ese deber de reparación, como el castigo en si mismo.

Es claro que la idea del *daño punitivo* trasciende la indemnización e incorpora un rubro que es de naturaleza punitiva estricto sensu, traducido a "*multa*". Implica que el responsable pagaría una suma que conceptualmente excedería la necesaria para reparar el daño que causó. La víctima recibiría una suma que bajo las bases conceptuales del nuestro Derecho Civil, sería calificada como un enriquecimiento sin causa.

Parece una oposición lógica y razonable en su estructura general, pero matizable en materia del consumidor, porque uno de sus componentes distintivos es que no está concebida desde una percepción individual

20 BMW of North América versus Ira Gore, 517 U.S. 559, 1996, y State Farm versus Campbell, 538-U.S., 408, 2003. En: Cornell University Law School, Legal Information Institute.

21 Puede verse también en ese mismo sentido, los casos de Newport versus Fact concerts Incorporation, 418 U.S., 323-350, 1974.

22 Caso BMW of Norteamerica versus Ira Gore, citado.

sino colectiva. DE ahí la potestad del Estado, en cumplimiento del artículo 46 de la Constitución Política, de imponer restricciones al libre comercio de bienes y servicios, cuando puedan ser dañinos para las personas o las cosas, aún, sin afectación individual²³.

Estando de por medio la intervención del Estado, obligatoria en algunos casos y facultativa en otros, el Derecho del Consumidor trasciende el Derecho Civil, es una ramificación del Derecho Público -como lo es el penal-, y en ese sentido, hay lo que novedosamente se ha calificado en algunos casos como “*daño social*”²⁴ , solamente que identificado directamente con la víctima y no con la sociedad.

Se podría entender que las multas que la Comisión Nacional de Consumidor impone, conforme al artículo 57 ²⁵, constituirían una indemnización por el daño social, pero la satisfacción particular de los consumidores no se logra a su través.

La introducción de la figura de los daños punitivos, debe partir de la experiencia alarmante, de que nuestro sistema normativo de responsabilidad civil, tal y como está estructurado, carece de suficientes herramientas disuasivas frente a cierta clase de daños, donde no basta con indemnizar a la víctima, sino que además, se requiere generar mecanismos que signifiquen para el causante una erogación sustancialmente superior a la necesaria para repararlo, de modo que no se obtenga ganancia alguna del ilícito cometido.

Piénsese en el caso de una empresa vendedora de automotores que vende uno en mal estado por la suma de Quince millones de colones. Con un procedimiento administrativo ante la Comisión Nacional de Consumidor, cuyo plazo de duración ordinario es de ocho meses, y una resolución final que ordena a la empresa la devolución del dinero, no se logra la finalidad de la protección²⁶.

La empresa obtiene mayores beneficios económicosconunaprácticadeslealenperjuicio

23 A manera de ejemplo puede verse la Ley General de Salud y los reglamentos para la inscripción de medicamentos, alimentos y vestimentas destinadas al consumo humano.

24 En Costa Rica fue insertado en el Código Penal, con gran suceso en recientes conflictos judiciales relacionados con la corrupción en la función pública..

25 El artículo 57 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala: Sanciones. La Comisión Nacional del Consumidor debe conocer y sancionar las infracciones administrativas cometidas en materia de consumo, estipuladas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil correspondiente. Según la gravedad del hecho, las infracciones cometidas en perjuicio de los consumidores deben sancionarse con multa del siguiente modo:

a) De una a diez veces el menor salario mínimo mensual establecido en la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, por las infracciones indicadas en los incisos d), e), f), j) y n) del artículo 31 y en el artículo 35 de esta ley.

b) De diez a cuarenta veces el menor salario mínimo mensual fijado en la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, por las infracciones mencionadas en los incisos b), h), i), k), l) y m) del artículo 31 de la presente ley.

Debe aplicarse el máximo de la sanción administrativa indicada en el párrafo anterior cuando, de la infracción contra esta ley, se deriven daños para la salud, la seguridad o el medio ambiente, que ejerzan un efecto adverso sobre los consumidores”.

26 En esos ocho meses la vendedora de vehículos que los vende financiados a una tasa con diez o quince puntos mayores a la tasa básica pasiva del Banco Nacional, obtuvo un rédito financiero que nunca será igual -es muchísimo mayor-, a los que eventualmente resultaría condenada a pagarle al afectado.

del consumidor, sin verse afectada en lo más mínimo, teniendo presente que los intereses que potencialmente se vea compelida a pagar saldrían de los mismos réditos producidos con el dinero del consumidor afectado. ¿Dónde está la sanción? O lo que es peor ¿Quién pagó finalmente la indemnización?

La justicia no sería lo suficientemente equitativa aunque lo aparente, porque un elemento nuclear del ordenamiento jurídico -diríase que es su génesis espiritual-, es establecer modelos de conducta para la sociedad, que tienden a la convivencia, con criterios más o menos equitativos, dada la imposible en la sociedad humana, de la igualdad absoluta.

3.- Por qué resulta un desafío para la Sala Primera su propia jurisprudencia?

Siendo un Tribunal jurídica y jurisprudencialmente más estable, se espera que la resolución reiterada en materia de responsabilidad, permita un acrecentamiento del marco de valoración e interpretación, siempre en protección de los derechos fundamentales -de todos-, pero con especial énfasis a favor del eslabón más débil de la cadena -se sigue en la línea del Derecho del Consumidor-.

Al carecerse de un marco normativo mínimo para condenar bajo la figura de los

daños punitivos, la Sala Primera de la Corte tiene la posibilidad jurisprudencial, de ampliar los límites de las condenatorias contra los infractores a las buenas prácticas comerciales, allende las sumas de los daños y perjuicios -cuando los hubiere-, estrictu sensu.

Habría imposición de sanción que técnicamente podría calificarse como “*daños punitivos*” sin que normativa ni lingüísticamente se denominen como tal, a partir de una condenatoria mayor a la “*normal*”, trazando así una línea de comportamiento a los agentes económicos, cuando estos, con conocimiento de causa, persistan en mantener conductas comerciales dañinas.

Surgirían las preguntas: ¿Cómo determinar los casos en los que el hecho o acto dañoso sea por pura negligencia frente a otros no tan negligentes? Y; ¿Cómo determinar el monto de la indemnización?

Evidentemente no hay una respuesta única a las interrogantes, porque cada caso tendrá su propia identidad fáctica y causal, pero en cuanto a la cuantificación de la indemnización -que sea mayor a la normal-, los jueces al igual que en la cuantificación del daño moral subjetivo, deberán recurrir a su ciencia, experiencia conocimiento y sobre todo, a la equidad, considerando la totalidad de los elementos a su alcance, debiéndose inclinar por las cuestiones de fondo.

RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN COSTA RICA (MISE EN DEMUERE).

“EL TRABAJO ES UN BIEN DEL HOMBRE, ES UN BIEN DE LA HUMANIDAD, PORQUE MEDIANTE EL TRABAJO NO SOLO TRANSFORMA SU NATURALEZA, ADAPTÁNDOLA A LAS PROPIAS NECESIDADES, SINO QUE SE REALIZA A SÍ MISMO COMO HOMBRE, ES MÁS, EN CIERTO SENTIDO SE HACE MAS HOMBRE”.

JUAN PABLO 11

***M.Sc. Eric Briones Briones.
Doctorando en Derecho.***

Sumario:

1. Introducción.
2. Conceptos.
3. Proceso administrativo. Sanciones:
 - a-) Denuncia
 - b-) Sustanciación del Juicio
 - c-) Audiencia Oral y Pública
 - d-) De las partes en el juicio.
 - e-) La Sentencia y su Recurso
 - f-) Imposición de la Multa
 - g-) Fase de Ejecución.
5. A modo de conclusión.
6. Notas al pie de pagina.

1. Introducción

Es tarea del Estado vigilar el cumplimiento de las leyes y, en caso de necesidad forzar al mismo, ante una eventual intención de trasgresión y así resolver problemas sociales del derecho laboral, como la explotación laboral de los niños, de las mujeres, de las jornadas laborales extenuantes y las condiciones insalubres y peligrosas, entre otras. Para tal

cometido, se ha creado administrativamente las inspecciones de trabajo, de allí que el jurista Fernando Suárez González, afirme: “la historia de la Inspección es paralela a la historia de la legislación laboral”⁽¹⁾

Como antecedente histórico se puede afirmar que el sistema inspectivo surge facultativamente en Inglaterra, para evitar el desarrollo de enfermedades contagiosas en los

¹ Consultar www.bibliojuridica.org/libros/1/139/45.pdf.

locales. Implantándose obligatoriamente hasta 1833 y en Prusia se extiende forzosamente a las actividades laborales, mediante ley de 1869 promulgada por Bismark. En Francia mediante ley de 19 de mayo de 1874 se configura el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de aplicar las leyes sociales. El cuerpo estaba conformado por 15 inspectores nombrados y retribuidos por el Gobierno y otros por los Consejos Generales; empero, muchos de éstos incumplieron con la remuneración. No es sino, hasta 1892 que realmente se crea una estructura de un cuerpo administrativo del Estado, con miembros reclutados por concurso y dotados de un estatuto.

Como se puede apreciar los cuerpos inspectivos de Europa eran irregulares, no es sino por medio del Tratado de Paz de Versalles que proclama en su aparte X111, como principio la “importancia particular y urgente” de que cada Estado organice un servicio de inspección, que comprenda a las mujeres, con objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores⁽²⁾. En 1923, mediante recomendación n. 20, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reunida en Ginebra en fecha 22 de octubre del año en mención, en su quinta reunión adoptó la necesidad de que cada Estado miembro contara con un servicio de inspección, con la misión esencial de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Esto definitivamente reviste

un indudable interés histórico por cuanto, basándose en la experiencia adquirida por los países que ya la habían constituido, trazó los principios generales que inspirarían la organización de la inspección de trabajo en numerosos países.

El año antepasado con ocasión de la celebración del 80 aniversario de la creación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Lic. Vladimir de la Cruz, distinguido historiador, hacía alusión a que realmente la protección de los trabajadores en el país empieza formalmente a gestionarse por medio de la Ley N. 33, donde se expresa la voluntad política de crear una “Secretaría de Estado en el Despacho de Trabajo y Previsión Social”, asignándosele las siguientes competencias:

“I.- La preparación del proyecto de Código de Trabajo.

II.- La organización de los departamentos de Inspección de Minas e Industrias, del Trabajo en General, de la Enseñanza Industrial y Profesional y del Seguro y Previsión Social.

III.- La suprema inspección de todas las leyes relativas al Trabajo y Previsión Social.

IV.- La fundación y organización de un Instituto para Estudios Sociales”⁽³⁾.

Si acaso constaba en sus inicios con 3 funcionarios públicos y limitaba su adscripción a la Secretaría de Gobernación, esto no solo por razones presupuestarias sino que también históricas, por cuanto antes de su creación

el órgano competente para ver la materia con ocasión del trabajo, lo era dicha Secretaría. Realmente la Secretaría de Trabajo fue una medida previsorá frente a la crisis económica de inicios de los años 30s que se avecinaba. Si bien se aumenta la función estatal de regular la existencia de los trabajadores, no es sino hasta el año 1942 que se empieza a consolidar el sistema de seguridad laboral, con la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, promulgación de reformas a la Constitución Política de 1871(referidas al salario mínimo, capacitación obrera, sindicalización, huelga y horas de descanso, entre otros) y de la Ley N. 2 que da origen al Código de Trabajo (C.T.).

Mediante ley No.1860 de 20 de abril de 1955, se promulgó la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (LOMTSS), la cual dispone la creación de la “Inspección General de Trabajo” como dependencia de la Dirección General de Relaciones Laborales (art. 7 LOMTSS) y con el deber de velar “porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social” (art.88 Ibídem). A partir del Decreto Ejecutivo No. 1508-TBS del 16 de febrero de 1971, que es el Reglamento de Reorganización y Racionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Inspección General de Trabajo pasa a llamarse Dirección Nacional de Inspección de Trabajo (DNI) formando parte de la Dirección General Técnica ⁽⁴⁾.

En la actualidad cuenta con un cuerpo aproximado de 100 funcionarios realizando labores exclusivas de inspección y personal de apoyo de aproximadamente 50 funcionarios (asesores legales, de gestión,

secretarías, notificadores, conserjes, etc), haciéndose un esfuerzo por deslindar de dicha función la conciliación de conformidad con la recomendación 81 de la OIT, la cual estipula en su artículo 8: “ Las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos del trabajo”, para lo cual recientemente se crearon 22 plazas exclusivas de conciliación, las cuales han sido distribuidas en las 32 oficinas con que cuenta la Inspección dentro de las 7 provincias del país.

A nivel internacional su regulación se halla conformada básicamente por los instrumentos referentes a los convenios 81 (Industria y Comercio) y 129 (Agricultura) y sus recomendaciones concomitantes, que en forma general señalan como misión el velar por el mantenimiento de la paz social, para lo cual se puede mediante el sistema de fiscalización y sanción o de advertencia o consejo. En Costa Rica, dentro del Manual de Procedimientos se conciben tres tipos, según su carácter: Disuasiva-represiva: Se trata de una acción que busca detectar en los centros de trabajo las infracciones a las normas laborales y procura –antes de llevar la denuncia ante los tribunales de trabajo- persuadir al empleador infractor para que corrija las irregularidades encontradas. También implica este tipo de intervención la tramitación de denuncias por persecución sindical y de los casos relacionados con despidos de trabajadoras embarazadas, adolescentes y personas con discapacidad. Educativa-preventiva: Esta acción se dirige a divulgar, informar, asesorar a los empleadores y trabajadores sobre la legislación relativa a las normas y condiciones laborales y de salud ocupacional, y sobre la

² Ver artículo 427 inc. 9 del Tratado de Paz de Versalles.

³ Conferencia de fecha 2 de julio del año 2008, del Lic. Vladimir de la Cruz, dictada en el Teatro Mélico Salazar, en el acto inaugural del 80 aniversario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

⁴ Ver Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1980.

mejor forma de darles un cabal cumplimiento. Se realiza, entre otros, mediante: i) visitas a los centros de trabajo y educativos; ii) reuniones periódicas con representantes de empleadores y trabajadores de distintos sectores y regiones; iii) medios de comunicación televisivos y radiales. Indicativa: Es un tipo de intervención oficiosa, que consiste en realizar inspecciones o investigaciones de carácter exhaustivo, con cierta periodicidad, sobre “muestras” de distintos sectores, con el fin de construir, verificar o adecuar los indicadores para orientar o reorientar la gestión. Siendo que el carácter que asuma la inspección en un centro de trabajo estará definido, en primera instancia, por las indicaciones que la jefatura ordene y, en última instancia, por la situación y condiciones que encuentre el respectivo inspector de trabajo, y que según su criterio, requieran de un tipo u otro de inspección⁽⁵⁾. Por ello es oportuno verificar el perfil del Inspector acorde

con capacitación previa y perfeccionamiento constante en el ejercicio del cargo⁽⁶⁾; pues por sólida que resulte la formación recibida, es preciso seguirla adaptando posteriormente en lo posible a las exigencias concretas de una actividad profesional en constante evolución. Además de lo anterior, no se debe dejar aparte lo referido a las cualidades morales (iniciativa, cortesía, diplomacia, franqueza, calma e imparcialidad) y el apego a la normativa del ordenamiento jurídico de su competencia (renuncia de todo provecho personal, secreto profesional). Con lo cual evidentemente se le confiere la discrecionalidad prevista a nivel internacional en los artículos 17 y 18 respectivamente de los convenios 81 y 129 de la OIT. Esta disposición es un complemento lógico de los poderes de libre visita y de control que se reconocen a los inspectores de trabajo dentro del ámbito no solo nacional⁽⁷⁾.

5 Consultar Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo (Directriz N. 23-2008), publicado en la gaceta N. 166 de 28 agosto del año 2008, en el aparte atinente a Capítulo III. Las acciones de la Inspección de Trabajo y sus procedimientos.

6 En Costa Rica se ha preferido porque se ostente el grado de Licenciado en Derecho o carrera afín. Ahora bien, en la recomendación sobre la inspección de trabajo en la agricultura (n. 133, se formulan exigencias más precisas, previéndose que los candidatos a cargos superiores en el servicio deberán probar que poseen calificaciones profesionales o académicas adecuadas o experiencia profunda en la administración del trabajo y que, si el nivel de instrucción en el país lo permite, han de haber terminado el ciclo medio de instrucción general, completado, cuando sea posible, con formación profesional adecuada o tener experiencia administrativa o practica en asuntos del trabajo.

7 Convenio 81, artículo 17 “ (...) 2. Los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento“. Convenio 129, artículo 18 “1. Los inspectores del trabajo en la agricultura estarán facultados para tomar medidas a fin de que se eliminen los defectos observados en la instalación, montaje o métodos de trabajo en las empresas agrícolas, incluido el uso de materias o substancias peligrosas, cuando tengan motivo razonable para creer que constituyen un peligro para la salud o seguridad. 2. A fin de permitirles que adopten dichas medidas, los inspectores estarán facultados, a reserva de cualquier recurso legal o administrativo que pueda prescribir la legislación nacional, para ordenar o hacer ordenar: a) que, dentro de un plazo determinado, se hagan las modificaciones que sean necesarias en la instalación, planta, locales, herramientas, equipo o maquinaria para asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la salud o seguridad; o b) que se adopten medidas de aplicación inmediata, que pueden consistir hasta en el cese del trabajo, en caso de peligro inminente para la salud o seguridad. 3. Cuando el procedimiento descrito en el párrafo 2 no sea compatible con la práctica administrativa o judicial del Miembro, los inspectores tendrán derecho a solicitar de la autoridad competente que dicte las órdenes que sean del caso o que adopte medidas de aplicación inmediata. 4. Los defectos comprobados por el inspector durante la visita a una empresa y las medidas ordenadas de conformidad con el párrafo 2, o solicitadas de conformidad con el párrafo 3, deberán ser puestos inmediatamente en conocimiento del empleador y de los representantes de los trabajadores”.

Palmariamente la disuasiva-represiva es la que más se utiliza, según reflejan las estadísticas de la U.G., mediante estudio realizado en el año 2007, obteniéndose que del total de visitas realizadas efectivas (aproximadamente 10.000) en donde se encontró una relación laboral, se previnieron un total de 78,2 % , por infracción a las leyes de trabajo, para lo cual se aplicó el procedimiento correctivo que de seguido se explicará, junto con algunos conceptos propios de la materia.

Asimismo se advierte al lector que para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a para marcar la existencia de ambos géneros, se opta por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal genero representan siempre a hombres y mujeres⁽⁸⁾.

2. CONCEPTOS.

En primer lugar algo es eficaz cuando se logra el cumplimiento de un fin propuesto previamente; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y lo desarrollado de hecho por los individuos sometidos a ese orden. Aquí entra precisamente la Inspección del Trabajo en hacer que se respete el cumplimiento a la legislación laboral, entre más se cumpla, mayor su eficacia. En general es pues la validez efectiva para un fin, considerándose tal cuando existe virtud para el fin propuesto, conforme con el resultado apetecido. Como se aprecia la eficacia tiene que ver con resultados, está relacionada con lograr los objetivos. La eficiencia, en cambio, se enfoca a los recursos, a utilizarlos de la mejor

manera posible. ¿Se puede ser eficiente sin ser eficaz?, esa es la interrogante que se tratará de discernir a través del presente trabajo. Y en la medida que el orden jurídico sea eficaz, será válido y duradero, sino fenece.

Ahora bien el otro gran tema a definir es el concepto o noción francesa de “Mise en demeuere”, que significa algo así como requerimiento, ultimátún, poner en espera, otorgamiento de un plazo de cumplimiento por parte de una autoridad. Esta modalidad está preceptuada en el caso de detección de una infracción laboral, dentro de los Convenios Internacionales 81 y 129 , otorgándose – a la inspección- la posibilidad de intimidación con plazo de ejecución, para lo que se dispone “...Los inspectores del trabajo estarán facultados, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación nacional, a ordenar o hacer ordenar... las modificaciones en la instalación, dentro de un plazo determinado, que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la salud o seguridad de los trabajadores” (art. 13,2),a), del Convenio 81).

Este plazo de respiro –a diferencia de Costa Rica, como se verá- es excepcional en países de habla francesa, en donde solo se utiliza cuando entra en vigor un nuevo texto reglamentario sobre normas de higiene o seguridad, algunas de sus disposiciones llevan aparejado determinado plazo de aplicación, que varía según las medidas que requiera su ejecución⁽⁹⁾. Es decir propugna este sistema

8 Ver estudios de la Unidad de Asesoría en Investigación y Calidad de Gestión (informes mensuales del año 2007). Dirección Nacional de Inspección de Trabajo. 4 piso del Edificio Benjamín Núñez.

9 Consultar texto sobre la inspección del trabajo, misión-métodos. OIT, 1973.

por las medidas de ejecución inmediata, así por ejemplo, en Finlandia, se puede prohibir la continuación del trabajo, cuando los asalariados están expuestos a un accidente o a un peligro de muerte; en Italia, sus decisiones en materia de prevención de accidentes del trabajo son de obligado cumplimiento; en Checoslovaquia, puede ordenar que se paren las máquinas y que se suspenda el trabajo si la demora en hacerlo supone peligro; conteniendo la legislación de Malasia algo análogo⁽¹⁰⁾. En Luxemburgo, el “ingeniero-director” puede en el acto ordenar la evacuación y el cierre de las empresas y de las obras. En Japón, el inspector está habilitado para hacerlo cuando el peligro es resultado de una infracción⁽¹¹⁾.

3. PROCESO ADMINISTRATIVO

En Costa Rica con base en la normativa internacional citada, se instaura un plazo de cumplimiento o “Mise en demuere” que oscila entre 24 horas (que se considera que es el inmediato, por ejemplo: revertir despido de una mujer en estado de embarazo, sin autorización previa de la Inspección de Trabajo) y 30 días (por ejemplo, construcción de un baño para personas con discapacidad de conformidad con la Ley 7600), para dar cumplimiento a una prevención ante la detección de una infracción laboral. Así el inspector de trabajo comisionado debe ejecutar la visita de inspección inicial del centro de trabajo, dentro de los treinta días naturales a partir de que se le haya trasladado el caso.

Siempre que sea posible, la inspección inicia con la entrevista al patrono o su representante, para indicarle los alcances de la misma, sus objetivos y posibles consecuencias. Se procede a revisar in situ o mediante copia de las mismas, en la oficina del inspector de trabajo respectivo, la certificación de personería jurídica, las planillas internas, las de la CCSS y las del INS, los comprobantes de pago de salarios y cualquier otro documento que se requiera para determinar si existe o no alguna infracción, en los términos indicados por los artículos 12 inciso c.ii y 16 inciso b.ii de los Convenios 81 y 129, de la OIT, respectivamente. El inspector, al finalizar su visita de detección de infracciones, de ser posible, se entrevista con el patrono o su representante y confecciona un acta de inspección y prevención cuando haya encontrado infracciones a la normativa laboral, debiendo enumerarlas e indicando la manera de subsanarlas y el plazo para hacerlo (“Mise en demuere”). Este plazo, empero, de conformidad con el Manual de Procedimientos de la Inspección puede ser ampliado a solicitud del patrono, para lo cual lo hará ante el respectivo jefe de la oficina regional, dentro del término otorgado por el inspector⁽¹²⁾.

Frente a éstas potestades amplias que la legislación le confiere a los inspectores de trabajo - la consideración legal de que sus actas e informes, ostentan el valor de prueba muy calificada-⁽¹³⁾, los empleadores, a su vez, tienen derecho de recurrir las decisiones

de obligado cumplimiento y así prevenir posibles abusos. Tratándose en la mayor parte de los casos, de un recurso jerárquico ante la autoridad central de Inspección⁽¹⁴⁾. El artículo 139 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, textualmente señala en su párrafo tercero: “Sin embargo, respecto de las prevenciones formuladas por la Inspección General de Trabajo, así como de las resoluciones de ésta mediante las cuales ordena incoar acciones judiciales por incumplimiento de dichas prevenciones, no procederá recurso alguno, salvo el de revisión ante la misma inspección”. Entonces el recurso a interponer es el de revisión ante el Jefe Regional del territorio respectivo, dentro del plazo otorgado en el acta de inspección, sin perjuicio de que el Director Nacional e Inspector General de Trabajo, cuando lo considere conveniente pueda revisar la actuación del inferior, de conformidad con los principios generales que rigen la actuación de la Administración Pública. Ya que si bien la Sala Constitucional mediante Voto 4298-97 sustrajo el procedimiento inspectivo de la Ley General de la Administración Pública, basado en el ordinal 367 inc. e) de dicho cuerpo legal, ello no significa que a nivel de controles y de administración interna no se deba aplicar los principios estipulados en la misma.

Según estudio de la U.G., el ámbito de cumplimiento de la “mise en demuere” es de un 76,6% del total de los patronos visitados en el país. Corrigiendo así la situación en bienestar de la clase trabajadora. De lo dicho se desprende que tan solo existe un incumplimiento de un 22,4% del total, los

cuales son acusados a los tribunales de trabajo, por infracciones laborales y bajo el procedimiento de lo dispuesto por los artículos 564, 580 y siguientes y concordantes del C.T. y de procedimientos penales.

Lo anterior, es signo de que existe respeto y credibilidad en la función inspectiva costarricense, lo cual definitivamente contribuye en el cumplimiento de su misión principal, que es la consecución de la paz laboral y de convertirse en un filtro para que los conflictos no sean llevados hasta sede judicial, logrando así su descongestión, con el evidente ahorro de tiempo y dinero para el país.

SANCIONES

Es de interés en este aparte discernir sobre el proceso que se lleva a cabo para sancionar al 22.4% de los que incumplen dentro del plazo otorgado (“Mise en demuere”). Los convenios ya citados disponen a este respecto que los que violen las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velan los inspectores deberán ser sometidas a un procedimiento judicial o administrativo⁽¹⁵⁾. Aquí se manifiesta la función represiva, cuando la persuasión y las advertencias previas no han surtido efectos. El proceso sancionatorio consiste en someter el asunto a la autoridad competente, que podría consistir en informar al superior administrativo del inspector, como sucede en Bélgica, Francia, España, Honduras, Japón, Portugal entre otros o directamente al tribunal del trabajo competente para las infracciones laborales, como en el caso costarricense⁽¹⁶⁾.

10 Op cit. P. 61.
11 En Costa Rica, de conformidad con el Reglamento de seguridad en construcciones se estipula en el artículo 179 que en caso que se determine técnicamente, que en una fase de la operación de una obra exista peligro inminente que atente contra la vida de los trabajadores, el inspector deberá notificarle al Ingeniero responsable y no es sino, hasta que se verifique que no se tomo medida alguna, que se le faculta al inspector a paralizar la construcción.
12 Ver punto 2.2 del Manual de procedimientos de la Inspección citado.
13 Confrontar artículo 94 de la Ley Orgánica citada.

14 V.gr. en Israel, el empleador puede interponer la apelación directamente ante el Juez de distrito. Sustrayéndose de la autoridad administrativa y pasando a la Judicial.
15 Ver artículos 17 y 22-23 respectivamente de los Convenios Internacionales 81 y 129 OIT.
16 Consultar texto sobre la inspección del trabajo, misión-métodos. OIT, 1973.

Como se aprecia dentro del régimen sancionatorio existen dos sistemas posibles: El primero -que como se dijo- encuentra asidero en varios países Europeos, consiste en que la misma Administración Laboral, en su sede imponga la multa, respetando los principios más elementales del derecho, teniendo posibilidad de ser impugnada la sanción en la Jurisdicción Social y no ordinaria. El segundo adoptado a nivel nacional, consiste en sede administrativa en constatar la infracción mediante el proceso inspectivo, prevenir y en caso de incumplimiento proceder a realizar la acusación ante el Juez Laboral, con el fin de que sea éste el que imponga la multa⁽¹⁷⁾, previo debido proceso a las partes, sea que se utilizan dos vías, dos Poderes de la República actuando ante una contravención⁽¹⁸⁾.

A nivel interno, sería deseable que el primer sistema se impusiera, ya que de conformidad con estadísticas de la U.G., el tiempo que transcurre desde el momento en que se detecta la infracción (con independencia de si se considere que continúa o no en el tiempo) y la imposición de la sentencia es de aproximadamente un año en un 37.5% de los casos, de un 34.2% entre 1 y 2 años y de un 30% de 3 años en adelante⁽¹⁹⁾. En caso de optarse por éste se evitaría excesivo y doble trabajo en ambas sedes, lo cual produce un desgaste estatal, provocando en los intereses de las partes un total desconcierto de la Justicia Costarricense. Eso sí, la misma debe estar estatuida bajo la égida de todos los principios constitucionales, pudiendo ser objeto del RECURSO DE REVISION, ante el Juez de Trabajo, pero solamente bajo ciertos

casos meritorios, como serían: la propuesta de nueva prueba que no se pudo presentar en sede administrativa por imposibilidad justificada de procurársela en el momento oportuno, por actos de corrupción palmarios del funcionario, etc. Comprobado lo anterior, el Estado respondería solidariamente junto con el funcionario por el daño causado, ante la vía de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Honduras que le ha apostado al anterior sistema ha logrado un proceso expedito, el cual ha consistido, en conferir facultades a los inspectores de trabajo para practicar las investigaciones respecto de violaciones de las leyes de trabajo o previsión social. Una vez confeccionada el acta éste debe leerla al patrono o a su representante y al trabajador o trabajadores causantes de la infracción, debiendo firmarla conjuntamente con éstos. Las actas levantadas deben ser presentadas a la Jefatura, dentro del día hábil siguiente o si se decide imponer sanción, ordena el Superior, que el inspector levante una segunda acta que se denomina de intimación o notificación de sanción. El presunto infractor puede formular sus descargos en la primera acta o exponer por escrito antes de que se dicte resolución, lo que considere conveniente a su derecho, antes de que se dicte resolución. Cuando se imponen multas, los interesados pueden interponer el recurso de reposición ante la inspección general de trabajo, y el de apelación ante el ministerio de trabajo y previsión social. Los recursos de reposición y de apelación se interpondrán y sustanciarán dentro de los plazos y en la forma establecida en el código de procedimientos administrativos. Una vez

agotado este procedimiento administrativo podrá el interesado acudir a defender sus intereses en el ámbito jurisdiccional⁽²⁰⁾.

De manera que les toque a los presuntos infractores el desgaste procesal ante los tribunales y no al Ente que vela por una relación armoniosa entre partes, lo cual viene a ser concordante con los principios generales que se aceptan en materia laboral. En cuanto al juzgamiento de las Infracciones laborales —en el país- está estipulado en el Título VI del C.T. desde el año 1943 y en lo que no haya incompatibilidad se aplicará supletoriamente el Código Procesal Penal. De lo anterior se aprecia que es un híbrido en donde se aplican 2 materias muy disímiles entre sí, lo cual en la práctica provoca mucha confusión, pudiéndose escindir básicamente en los siguientes pasos: A-) Denuncia: Por ser de interés público la ley faculta para que cualquier persona (física o Jurídica) que tenga conocimiento de una infracción laboral, pueda realizar la denuncia o acusación, sin cumplir con formalismo alguno, salvo lo estipulado por el artículo 567 del C.T. Encontrándose obligados a denunciar el Ministerio de Trabajo y aquéllos particulares que tuvieran conocimiento de una falta cometida por infracción de alguna de las disposiciones prohibitivas de la legislación laboral (v.gr. despido sin previa autorización de mujeres en estado de embarazo, de menores de edad y de denunciantes de acoso sexual). Los Jueces de Trabajo oficiosamente cuando tengan conocimiento pondrán la debida multa, si el caso lo amerita, previo debido proceso. B-) Sustanciación del Juicio. Inicia en la práctica con el dictado de un Auto Sumario donde se dice, que se instruyen diligencias para averiguar

infracciones acusadas, citándose al acusado y procediendo a prevenirle que tiene derecho de hacerse representar por un abogado, citar medio para recibir notificaciones y se le comunica que se presente ante la autoridad a declarar al respecto. Este es el momento donde inicia el procedimiento, sin embargo, la primera imputación formal de los hechos se hace en el momento en que es indagado. Si acepta los cargos se impondrá la multa respectiva, sino se procede a citar a juicio a los testigos, imputado e Inspección, en caso de ser el ente acusador.

C-) Audiencia Oral y Pública. En esta etapa debe respetarse el formalismo del procedimiento penal en juicio, debiéndose iniciar con una invitación tanto al representante del Ministerio de Trabajo, como al imputado para que concilien de previo (en el entendido que en todos los casos deberán respetarse los derechos irrenunciables, indisponibles e indiscutibles del trabajador, entre otros muchos, salarios mínimos, vacaciones o el aguinaldo). En caso de que no existiere acuerdo conciliatorio y/o desestimación por reparación del daño o por un criterio de oportunidad, se pasa a indagar al imputado, a recolectar la prueba que se presente y a la etapa de conclusiones. D-) De las partes en el juicio. Los inspectores de trabajo, en este caso pasan a ser testigos de cargo y el abogado de la Inspección la parte acusadora, teniendo una función muy similar al fiscal de juicio. En el eventual caso de que el asesor legal de la Inspección no se presentará, ello no inhibe a la autoridad judicial para llevar a cabo el proceso, sólo que en este caso no podría pasar a ventilar la etapa de conciliación pues

17 Ver al efecto el artículo 611 del Código de Trabajo.

18 Ver Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas, Derecho del Trabajo, 17 edición, p. 1106-1110, año 1999.-

19 Ver estudio de la Unidad de Investigación y Calidad de la Gestión Dirección Nacional de Inspección de Trabajo. Resultados de las Denuncias por Infracciones Laborales en Sede Judicial (Actualización año 2000).

20 Ver artículos 618-622 del código de trabajo de Honduras y sus reformas, Decreto 189-59, publicado en gaceta n. 16.827 de 15 de julio de 1959.

no hay ningún representante legal. En el caso que no se presentara ni representante legal, ni Inspector de trabajo, sí debe llevarse a cabo el juicio y pasarse a dictar sentencia de conformidad con la prueba recabada. La única manera de suspender el debate es que no se presente el imputado pues una condena no puede recaer sobre un ausente, en materia penal. E-) La Sentencia y su Recurso: Resulta interesante discernir sobre la responsabilidad, por cuanto como excepción en el país y a diferencia de otros estados miembros de la O.I.T. - en donde por flagrante que sea la responsabilidad directa de un trabajador, por ejemplo, si comete acoso laboral en contra de un compañero, el empleador es el responsable, aunque generalmente puede decidir las acciones disciplinarias que aplicará al trabajador culpable - se permite imponer una multa también a la persona culpable aunque sea un trabajador y solidariamente se aplicará la responsabilidad pecuniaria, si se trata de un centro de trabajo constituido por una compañía, sociedad o institución pública o privada⁽²¹⁾. Propugnando el sistema –pues- por una responsabilidad disciplinaria de tipo subjetiva, lo cual concuerda con el sistema híbrido vigente. Debiendo el juzgador haber apreciado la prueba con base en las reglas de sana crítica -es decir ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos - y además en las circunstancias de hecho del respectivo proceso. Lo cual viene a ponerse a contrapelo con los demás procesos del código

laboral que son valorados en conciencia. Por otro lado, de conformidad con el C. T y a diferencia del Código Procesal Penal (C.P.P) a la sentencia no se le dará publicidad, sin embargo, siempre se enviará copia autorizada de las mismas a la Inspección General de Trabajo, lo cual en la práctica no ocurre, pues sólo cuando la Inspección es parte en un proceso se le notifica la sentencia. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 574 del C.T, dentro de las 24 horas posterior a su notificación deberá recurrirse la misma, lo cual parece que el legislador tuvo la buena intención de acelerar el proceso, empero, hoy, esto provoca una discriminación de plazo, pues en todas las materias como mínimo es de 3 días, con el fin de que se pueda ejercer una debida defensa⁽²²⁾. Es oportuno eliminar este plazo y poder así aplicar el término de tres días, que es genérico en cuanto a recursos de apelación —artículo 438 del Código Procesal Penal— y que resultaría viable por tratarse de procesos contemplados también en forma clara en los artículos 402 a 407 del C.P.P⁽²³⁾. F-) Imposición de la Multa: A finales de Siglo pasado la mayoría de las legislaciones relativas a las cuestiones de trabajo, han optado por imponer sanciones ejemplarizantes, con lo cual Costa Rica no se quedó atrás y mediante reforma de ley N. 7360 del año 1993, vino a establecer multas entre uno y veintitrés salarios, equivaliendo a un monto de doscientos noventa y tres mil cuatrocientos colones por salario, de acuerdo con sesión n. 00-10 celebrada por el Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de

21 Ver artículo 577 del Código de Trabajo de Costa Rica.

22 El Proyecto de Reforma Procesal Laboral (N.15.990) viene a estipular este plazo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 580 y 674.

23 Consultar en Revista Ivstitia N. 179-180, noviembre-diciembre 2001, "Infracciones Laborales. Procedimiento en sede Administrativa y Judicial", autor Eric Briones Briones

enero del año 2010. Lo que se discute doctrinariamente es, si es suficiente una multa sin que conlleve actualización de la misma en caso de incumplimiento. A diferencia de la multa simple, las astreintes tienen como característica un incremento periódico según el tiempo de retardo en que incurre el deudor, mientras la multa determina el pago de una suma fija no aumentable en el tiempo⁽²⁴⁾. El objetivo de las astreintes es lograr que un deudor cumpla con ejecutar un mandato fijado por la autoridad judicial, tal mandato suele tratarse de cumplir una obligación jurídica de hacer, como presentar un documento, readmitir a un trabajador, ejecutar un servicio, etc. Puede ocurrir que el obligado retarde el cumplimiento del mandato judicial y para ello el juez aplica las astreintes como castigo compulsivo y progresivo en el tiempo, aumentando el monto de las astreintes en proporción al mayor retardo del obligado. Es un medio de hacer respetar las sentencias judiciales, creados por la jurisprudencia francesa, a principios del siglo XIX, consistente en abonar una suma de dinero como medio de obligar al deudor a cumplir lo fijado en la sentencia, en el tiempo indicado. Se establece en un porcentaje diario o tomando en cuenta otro período de tiempo (semana o mes). En el Derecho argentino fueron aceptados doctrinariamente, aunque la jurisprudencia se resistió a ello, por ser tomados como una penalidad (aunque no es una pena sino un medio de coacción) que la ley no fijaba. Las astreintes realmente no son multas, pues no sancionan el incumplimiento, sino que intiman al deudor a cumplir. Las multas son sumas fijas, las astreintes son cada vez mayores a

medida que el deudor tarde más tiempo, en cumplir su obligación, y pueden ser revisadas por los jueces. Tampoco son una indemnización de daños y perjuicios, pues no trata de suplantar la prestación no cumplida, sino compulsar a su ejecución. Además las astreintes son provisorias, y la indemnización es definitiva. Se aplican a pedido de parte, o de oficio. Para apreciar en su real sentido el significado de las "astreintes", es necesario atender a las cuatro funciones fundamentales que ellas cumplen a través de la dinámica del proceso: función pecuniaria, conminatoria, accesoria y eventual. Pecuniaria, porque resuelve en una suma de dinero por cada día de retardo; conminatoria, pues constituye una amenaza contra el deudor; accesoria, al depender de una condenación principal; eventual, ya que si el deudor ejecuta no se realiza⁽²⁵⁾. G-) Fase de Ejecución: De conformidad con el art. 610 CT, la sentencia que se dicte además de imponer la multa, también deberá disponer, ineludiblemente, la restitución de los derechos violados, la reparación integral del daño causado y las medidas necesarias que conduzcan a tales fines. Dentro de las medidas mínimas que deberán adoptarse, se encuentra la restitución del trabajador a su puesto de trabajo, cuanto la falta que se haya cometido consista en el despido de un trabajador, cuya separación sin justa causa se encuentre prohibida, en virtud de un fuero especial legalmente o jurisprudencialmente establecido. Debiendo no solo las autoridades administrativas gestionar para el cumplimiento efectivo de la sentencia, sino que por acuerdo de la Comisión de Jurisdicción Laboral del Poder Judicial,

24 Castillo Viquez (Fernando). Ejecución de Sentencias en el Derecho Público Costarricense. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto, 2009.

25 Consultar <http://es.wikipedia.org/wiki/Astreinte>

precedida por la Magistrada Julia Varela Araya, en reunión efectuada el 27 de enero del año 2010, en el aparte uno se dispuso “comunicar a todos los despachos que tramitan asuntos por Infracciones a las Leyes de Trabajo y de Seguridad Social, que deben accionar de oficio y con la debida diligencia, tanto en la tramitación y resolución, como en la etapa de la ejecución de la sentencia”⁽²⁶⁾. Asimismo es necesario recordar que dentro de esta fase, Costa Rica mediante el compromiso del año 2005 conocido como Libro Blanco o de: “La Dimensión Laboral en Centroamérica y la República Dominicana. Construyendo sobre el progreso: reforzando el cumplimiento y potenciando las capacidades”, se comprometió a monitorear el cumplimiento de órdenes judiciales de reinstalación proveniente de las infracciones laborales, por lo que el Manual de Procedimientos de Inspección de Trabajo (Capítulo II inciso 3.2.3 y Capítulo IV), introdujo en el año 2008, la asignación a los asesores legales de dar seguimiento en la fase de ejecución a los casos donde exista un fuero de protección especial con reinstalación como sucede con las mujeres en estado de embarazo o lactancia, menores de 15 a 18 años, acosados sexualmente, trabajadores participantes en conflictos de carácter económico-social, incapacitados, discriminados, funcionarios públicos y dirigentes sindicales despedidos por tal condición. Para tales efectos actualmente se está realizando por medio del Proyecto Regional Cumple y Gana, el protocolo que va a contribuir con tal cometido, lo cual es importante, por cuanto según cifras preliminares

de la U.G., solo en el año 2007 se atendieron 410 casos que ostentaron fueros especiales.

Ahora bien dispone el artículo 580 del C.T., que en silencio de las reglas del capítulo referido al juzgamiento de faltas cometidas contra las leyes de trabajo, se aplicará supletoriamente y siempre y cuando no exista incompatibilidad con principios procesales del Título Séptimo del C.T. (el cual cobija hasta el capítulo VIII) lo atinente al Código Procesal Penal. Al estar ante un híbrido en donde se aplica –pues- materia penal, es por lo que algunos despachos judiciales erradamente han considerado que el plazo de prescripción de las sanciones es el estipulado en el ordinal 84 del Código Penal o sea de un año en materia contravencional. Al respecto se puede citar el Juzgado de Menor Cuantía del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, Ciudad Quesada, que en sentencia del 21 de agosto del año 2008, dentro de expediente n. 03-300078-0317-LA-1 consideró: “ (...) donde se acusa infracción a las leyes del trabajo pueden hallarse perfectamente disposiciones punitivas (entendida como la pena impuesta) y /o reivindicatorias de derechos laborales (entendidas éstas últimas como declaración o constitución de derechos laborales) no encuentran regulación expresa en el Código de Trabajo, por lo que es posible afirmar que las prescripciones contenidas en el Código de Trabajo corresponden a aquellas de índole contractual y no de las de orden penal. Todo lo cual resulta cierto que las faltas cometidas contra las leyes de trabajo al

26 La presente se dió como consecuencia de una consulta realizada por el Director Nacional junto con el Jefe Legal de la Inspección de Trabajo, mediante oficio DNI-UAL-001-2010, de fecha 4 de enero del año 2010, en donde se exponía la diversidad de criterios que se manejan por parte de las autoridades judiciales a la hora de resolver diversos tópicos atinentes a la fase de ejecución de sentencia, como la oficiosidad, la prescripción entre varios.

estar contemplados como hechos punibles y estar sancionados con penas no privativas de libertad constituyen una contravención” Nada más alejado de la realidad, por cuanto es claro –como se explicó- que solo se aplicará la materia penal en caso de omisión legislativa y con referencia a este tópico existe dentro del mismo Título comentado un capítulo sétimo, el cual remite las ejecuciones de sentencia a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles y Código Civil, siendo así que el artículo 601 del C.T., expresa en su párrafo final “los derechos provenientes de sentencia judicial prescribirán en el termino de diez años que se comenzarán a contar desde el día de la sentencia ejecutoria”⁽²⁷⁾.

5. A MODO DE CONCLUSION.

Se puede considerar a la Inspección de Trabajo Costarricense como un ente eficaz, por cuanto de las visitas que realiza (10.000 aproximadamente, según se desprendió de estudio del año 2007) logra sus objetivos (78,2 de prevenciones) de las cuales se llevan a sede judicial tan solo un 23,4%, con lo cual logra ser disuasiva y conjurar la presa judicial por violación a las leyes de trabajo y seguridad social. Además definitivamente resulta ser eficiente - con sus casi 100 inspectores de trabajo en promedio, para una población laboral activa de un poco más de 2.000.000 de trabajadores formales- porque con los pocos recursos con que cuenta, saca provecho al máximo, realizando en promedio 10 visitas de

campo mensuales⁽²⁸⁾. Sin embargo, estas cifras podrían llevar a engaño, si se observa que tan solo entre un 4.0% y un 6.2% ha oscilado su cobertura en los últimos 10 años, según se desprende de estudio realizado por el Dr. Godínez⁽²⁹⁾. Así que la eficacia y eficiencia resulta en proporción a la cobertura que le es posible abarcar.

Se considera el hecho de que al tener un sistema sancionador que dependa de otra instancia o Poder de la República, no resulta muy adecuado para obtener una respuesta pronta en el dictado de la sentencia contra el culpable, pues como se dijo un 30% de las acusaciones duran en ser resueltas más de 3 años en sede judicial, provocando una burla a la protección inmediata de los derechos laborales y en muchos casos extinción de la acción por causa de la prescripción. Con lo cual se menoscaba la autoridad de la Inspección del Trabajo y en tales circunstancias resulta preferible recurrir a la capacidad de persuasión (disuasiva y a la vez educativa) por la incerteza de conseguir una respuesta inmediata a través de los medios judiciales.

Es por ello que se requiere en primera instancia de voluntad política, en donde se estructure una legislación que le confiera al sistema inspectivo nacional un sistema de represión administrativa y que muy eventualmente quien deba acudir a los tribunales sea la parte acusada mediante un recurso de revisión y no el representante

27 Comparten esta tesis los Juzgados Contravencionales de Buenos Aires de Puntarenas (Exp: 03-300009-0444-la) y Pérez Zeledón (Exp: 01-300052-0246-la) .

28 De acuerdo con el Decreto n. 28578-MTSS, publicado en el Alcance N. 28 a la Gaceta n. 76 de 18 de abril del año 2000, su artículo 24, además de las visitas inspectivas, le confiere a dichos funcionarios más de 12 funciones, fuera de las propias de cualquier administración.

29 Godínez Vargas Alexander. La Inspección de Trabajo de Costa Rica: un balance de su gestión. Estudio realizado para la Inspección de trabajo, promovida por el Proyecto Cumple y Gana.

estatal como ocurre actualmente, esto con el fin de ser contestes con los principios generales que rigen la materia laboral, sin obviar el hecho de que hay que proveer de recursos en todos los quehaceres (económicos, logísticos, humanos, intelectuales, tecnológicos, etc) a la administración laboral, por cuanto como señalo Viviani, un ex ministro de Trabajo, Francés: “ Una ley de trabajo, es lo que son los inspectores encargados de aplicarla”⁽³⁰⁾.

Finalmente se debe pensar en la imposición de un sistema sancionatorio, pero basado en multas astreintes y además de manera concomitante o subsidiaria de in elegibilidad patronal en los órganos consultivos o de

incapacidad de participación en la contratación estatal, publicidad de sus faltas como escarnio social, entre algunas medidas; con lo que se fortalece el Imperium del Estado, evitando aparecer ante la sociedad como impotente para lograr el cumplimiento de los mandatos, por cuanto en la actualidad una multa impuesta podría ser irrisoria si se paga muy vencido su plazo otorgado o incobrable si durante la fase de ejecución forzosa no hay bienes. El carácter ejemplar de las sanciones y su efectiva ejecución debe ser una de las preocupaciones de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores para mantener el preciado bien jurídico concerniente a la paz laboral.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS¹

M.Sc. Mario Peña Chacón ²

«O financiamento, em que se analisa a variante ambiental, passa a ensinar um novo tipo de convivência administrativa, colocando em parceria os bancos e os órgãos ambientais»
Paulo Leme Machado

A inicios de presente siglo, Rainforest Action Network, organización no gubernamental ecologista inició una campaña contra Citigroup, reconocido gigante de la banca norteamericana. El conglomerado bancario fue acusado de participar en la destrucción de los bosques tropicales, del cambio climático y de la perturbación de la vida de los pueblos indígenas a causa de sus inversiones en infraestructuras. A raíz de lo anterior, muchos de los seguidores de la ONG cancelaron y devolvieron sus tarjetas de crédito a este grupo financiero. En situación similar, el banco alemán WestLab entró en disputa con grupos ecologistas debido a un oleoducto financiado en Ecuador, al que le achacaron graves impactos ambientales.

Hasta hace poco, las actividades habituales del sector financiero habían sido consideradas como neutras o de muy bajo impacto ambiental y por tanto, sin ningún tipo de responsabilidad ambiental, a diferencia de muchos otros sectores como el manufacturero, la producción de químicos, papel, curtiembres, minería, agricultura extensiva, desarrollos

inmobiliarios, etc. Los bancos han creído erróneamente, que los actuales sistemas de responsabilidad los excluyen de los daños ambientales causados por sus clientes, sin tomar en cuenta el hecho que cuando los bancos son facilitadores de los recursos para las distintas actividades, indirectamente están causando daños ambientales.

A la vez, en su normal giro comercial realizan una serie de actividades que podrían afectar el ambiente, ya sea cuando actúan como depositarios o poseedores temporales de bienes contaminados o susceptibles de causar contaminación, al adquirir este tipo de bienes por remate, dación en pago o adjudicación extrajudicial, al venderlos a terceros, o bien durante el desempeño del cargo de fiduciario en el contrato de fideicomiso, o el rol de arrendador en el de leasing.

El problema principal radica en que los riesgos ambientales han sido tradicionalmente excluidos del proceso de evaluación a la hora de conceder créditos o participar en operaciones financieras. La introducción del concepto

30 Tomado del Diccionario de Derecho Laboral, Guillermo Cabanellas, Argentina, 2001.

1 Investigación realizada por encargo de la Unidad de Política y Gestión Ambiental de UICN-ORMA.
2 Consultor Legal Ambiental, profesor derecho ambiental de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Tecnológica Centroamericana de Honduras, mariopena@racsa.co.cr

de responsabilidad social corporativa y las normas ISO 26000³; los Principios del Ecuador que integran la gestión social y ambiental a la financiación de grandes proyectos de desarrollo⁴; la actual normativa ambiental sobre responsabilidad por daño ambiental; las obligaciones “socio-ambientales” establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley de Banca para el Desarrollo y otras normas propias del sector financiero costarricense; las repercusiones económicas que acarrea el cierre temporal o definitivo de las actividades financiadas por actuaciones u omisiones del cliente violatorias a la normas ambientales; la pérdida de valor de los bienes dados en garantía a raíz de un evento de contaminación; la caída en la imagen y pérdida de reputación de las entidades financieras

ante sus clientes, acreedores, accionistas, administración pública y público en general a raíz de la pérdida o disminución de solvencia del prestatario por inversiones imprevistas por acontecimientos medioambientales adversos; pueden tener como consecuencia la afectación directa de los resultados económicos de la entidades financieras.

Por ello, previo al otorgamiento de un crédito, durante su vigencia, en su ejecución judicial extrajudicial, así como en su normal giro comercial, las entidades financieras deberían cuestionarse: ¿La actividad financiada produce impactos ambientales significativos? ¿Cuáles pueden ser las consecuencias de los impactos ambientales negativos para la buena marcha de la empresa? ¿Cumple un proyecto con la

3 La responsabilidad social es aquella que asegura la ética y la transparencia de una organización ante el impacto de sus decisiones y actividades en la sociedad y el ambiente. La norma ISO 26000 establece siete principios para regir la responsabilidad social. Su aplicación es voluntaria y a diferencia de las normas ISO 9000 e ISO 14000, no certifica la operación de una entidad. ISO 26000 es un estándar para la transparencia y la competitividad de cualquier organización. En su principio número 4 dispone que se debe promover y aplicar medidas que eviten a la organización impactar el ambiente. Si contamina, debe pagar por ello.

4 Los Principios de Ecuador son un conjunto de guías o directrices elaborados por los bancos que rigen sus acciones en la gestión de temas sociales y ambientales ligados a la financiación de grandes proyectos de desarrollo. Nacieron en el 04 de junio del 2003, cuando diez bancos de siete países anunciaron su adopción. Los bancos suscriptores se comprometen a aplicar los Principios de manera global en todos los sectores industriales, principios que se basan en las políticas y guías del Banco Mundial y de la Corporación Financiera Internacional (IFC), la agencia que los ha impulsado. Para su implementación y puesta en aplicación, cada uno de las entidades financieras suscriptoras deben adoptar sus propias políticas y procesos internos. Los bancos se comprometen a otorgar créditos únicamente para proyectos cuyos patrocinadores demuestren, a satisfacción del banco, su capacidad y buena voluntad para adoptar ciertos procesos y asegurar que se ejecuten de manera socialmente responsable y con buenas prácticas de dirección ambiental. Bajo los Principios de Ecuador, los proyectos se catalogan en base a sus impactos sociales y ambientales en tres categorías: alto, medio y bajo impacto.

Los Principios Ecuatoriales fueron objeto de revisión en el año 2006 por parte de IFC, siendo los principales cambios los siguientes:

- Los Principios se aplican a todas las financiaciones de proyectos con costos de capital superiores a 10 millones de dólares. Este umbral se disminuyó de los anteriores 50 millones de dólares.
- Los Principios también se aplican ahora a las actividades de asesoría de financiación de proyectos.
- Los Principios revisados ahora cubren específicamente mejoras o expansiones de proyectos existentes en los que los impactos ambientales o sociales adicionales son importantes.
- El enfoque para la aplicación de los Principios en países con altos estándares ambientales y sociales se ha hecho más eficiente.
- Ahora se requiere a cada entidad financiera que haya adoptado los Principios Ecuatoriales que informe el progreso y desempeño de la implementación de estos Principios anualmente.
- Los Principios Ecuatoriales revisados incluyen estándares sociales y ambientales más estrictos y mejores, incluyendo estándares de consulta pública más sólidos.

legislación ambiental vigente? ¿Cuenta la entidad con seguro de responsabilidad civil en caso de siniestro? ¿Estaría en condiciones de afrontar situaciones eventuales adversas en sus instalaciones?

A raíz de lo anteriormente expuesto, por medio del presente estudio se pretende analizar desde una perspectiva jurídica y a la luz de los principios de la responsabilidad ambiental, aquellos supuestos de daño ambiental en que podrían eventualmente incurrir las entidades financieras en el ejercicio de su normal giro de actividades, así como brindar algunas recomendaciones generales que refuercen su deber de diligencia.

I. RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN EL DERECHO COMPARADO.

1. ESTADOS UNIDOS.

El tema es regulado por la COMPREHENSIVE ENVIRONMENTAL RESPONSE COMPENSATION AND LIABILITY ACT (CERCLA) de 1980, modificada por la Asset Conservation Lender Liability (1996) y Deposit Insurance Protection Act (1997).

La CERCLA fue promulgada para obligar a los responsables del daño ambiental a soportar los costos del saneamiento de sitios contaminados con sustancias peligrosas⁵. La norma sigue un criterio de responsabilidad estricto y objetivo⁶, separado e independiente de la existencia de culpa o negligencia (omisión

al deber de cuidado), siendo las únicas causas de exoneración de la responsabilidad los denominados “Acts of God” o sea, la fuerza mayor – caso fortuito, o bien el hecho de un tercero.

La responsabilidad contemplada por CERCLA es en base a la tenencia de sitios contaminados con desechos peligrosos como propietario “ownership” o bien, del desarrollo de operaciones y actividades con sustancias peligrosas como operador directo “management”.

La norma CERCLA atribuye a la Agencia de Protección del Ambiente (EPA)⁷ competencias para individualizar los sitios contaminados o en riesgo de contaminación, constituir listados de sitios de prioridad nacional⁸ en base a nivel de peligro que representan, y obligar a los responsables a soportar los costos del saneamiento ambiental.

CERCLA instituye desde 1980 un fondo de compensación ambiental denominado *Superfund*, cuyo objetivo es la la restauración de lugares contaminados con sustancias peligrosas y financiar el saneamiento de vertederos tóxicos o peligrosos con fondos provenientes del gravamen sobre petróleo y determinados productos químicos, impuestos a la importación de determinados productos químicos, impuestos a las ganancias empresariales, partidas presupuestarias, así como de fondos obtenidos por la recuperación de los costos de la limpieza de lugares contaminados con sustancias peligrosas⁹.

5 La CERCLA emplea el término “clean up” para referirse a la reparación, compensación y restauración de sitios contaminados.

6 Utiliza el término “Strict Liability”

7 Environmental Protection Agency (EPA)

8 National Priority List

9 Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Dentro del funcionamiento del *Superfund* se recoge el principio de responsabilidad solidaria, donde las sujetos potencialmente responsables financian a través de contribuciones dinerarias, destinadas a fortalecer el fondo para el cumplimiento de los objetivos propuestos por la autoridad, existiendo además la posibilidad de acciones de repetición o regreso de quienes afronten los costos de la remediación respecto del resto de los potenciales responsables del hecho que produce el daño¹⁰.

El *Superfund* actúa subsidiariamente en los supuestos donde no pueda determinarse la responsabilidad del operador, cuando el responsable es insolvente o su solvencia no alcanza para pagar el total saneamiento del sitio, o cuando los costos no pueden recuperarse a través del esquema de responsabilidad¹¹.

1.2. Evolución de la responsabilidad ambiental bajo la CERCLA.

La CERCLA distingue entre varios sujetos pasivos de obligaciones. Por una parte menciona al *Fiduciario* el cual es visto en sentido amplio, ya sea el “*trustee*” del contrato de fideicomiso, acreedor hipotecario y prendario, el arrendante del contrato de préstamo (leasing), otorgante del contrato de factoring, y quienes tienen derecho sobre bienes en interés de un tercero o de un crédito.

Por otra parte menciona y regula la responsabilidad de los “*Lender*”, término que abarca a las instituciones financieras, de leasing, de fideicomiso, aseguradoras de crédito y acreedores ordinarios.

Por último utiliza el término “*Foreclosure*” para referirse al derecho de posesión del bien para su posterior venta (depósito judicial o voluntario) y el de “*Management*” para aquel operador con participación en la dirección empresarial.

Previo a la reforma de 1996¹², CERCLA llegó a considerar responsable de los costos del saneamiento ambiental de los sitios contaminados a los “*lenders*” en caso de presunción de propietario¹³ o participación como operador en el “*management*” de la empresa que ocasionó el riesgo. Por su parte, la reforma de 1996 estableció límites para la responsabilidad de los “*fiduciarios*” correspondiente al valor de los bienes en poder de los mismos.

ESTADOS UNIDOS contra T.P. LONG CHEMICAL ante Corte de Quiebras del Distrito Norte de Ohio de 1985, es el primer precedente jurisprudencial en tratar la responsabilidad de las entidades financieras respecto a los costos del saneamiento ejerciendo el derecho de posesión del bien del deudor para su posterior venta “*foreclosure*”. En sentencia, la Corte de Quiebras resolvió que el ejercicio del aseguramiento¹⁴ en bienes personales del

10 Sebsay, Daniel Alberto y Di Paola, María Eugenia (2003). El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente. Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo. Número 17. Buenos Aires: La Ley.
11 Valls de Rossi, Mariana, Daño Ambiental, Responsabilidad por daño ambiental (quinta entrega), extraído de Edial.com, Biblioteca Jurídica Online, accesible en www.eldial.com.
12 Asset Conservation Lender Liability (1996)
13 CERCLA utiliza el término “indicia of ownership”
14 CERCLA utilice el término “security interest”

deudor no podía justificar la responsabilidad del Banco de acuerdo a la norma CERCLA.

En el caso ESTADOS UNIDOS contra MIRABILE de 1985, la Corte de Distrito excluyó la responsabilidad del operador en virtud que el demandado solo participó en el día a día de la operación “management” por un lapso de 4 meses (hasta la enajenación del bien), y por tanto, no podía equiparse su comportamiento con el de un propietario u operador a los efectos establecidos por la CERCLA.

El anterior criterio jurisprudencial cambia a partir del caso ESTADOS UNIDOS contra MARYLAND BANK AND TRUST CO, donde la Corte resolvió que el ejercicio del “Foreclosure” sobre bienes del deudor y consiguiente adquisición de la propiedad, causaban responsabilidad respecto a los costos de limpieza y saneamiento de los desperdicios dañinos vinculados con la propiedad. Este fallo produjo un impacto negativo en el mercado entre prestamistas y tomadores de créditos, e hizo casi imposible el financiamiento de ciertas ramas de la industria, siendo que algunos prestamistas prefirieron renunciar al ejercicio o derecho de “foreclosure” ante el peligro de ser considerados responsables de la limpieza.

Para el año 1990 se da un nuevo cambio de precedente en el juicio BERGSOE ante el Tribunal Noveno Circuito, mismo que resolvió en sentencia que “el acreedor (lender) puede estar en posición de ejercer influencia en el tratamiento o no de materiales peligrosos, pero si solo tiene el poder de verse envuelto en el “management” pero no lo ejerce de hecho, no tiene responsabilidad”.

15 “Trustee” del contrato de fideicomiso, acreedor hipotecario y prendario, arrendante del contrato de préstamo (leasing), otorgante del contrato de factoring, y quienes tienen derecho sobre bienes en interés de un tercero o de un crédito.

1.3 Responsabilidad bajo el esquema actual de la ley CERCLA

Bajo el actual esquema de responsabilidad ambiental de la CERCLA, el *Fiduciario*¹⁵ que libere, vierte o emane sustancias peligrosas de un receptáculo o instalación, limita su responsabilidad de saneamiento a los activos que detente en ese carácter.

Esta limitación no se prolonga a personas que actúan en otro carácter distinto al de *Fiduciario*, ni tampoco al mismo fiduciario cuando su propia omisión al deber de cuidado causa o contribuye a la emanación de sustancias peligrosas.

La norma CERCLA excluye a los “*lenders*” o financiadores de las responsabilidades propias del “propietario” u “operador”. De esta forma, la CERCLA diferencia entre el propietario o guardián, respecto a quien solo manifiesta “*indicia of ownership*” para proteger su interés de acreedor asegurado (hipoteca, fideicomiso, cesión, privilegio o embargo judicial, prenda, contrato de garantía, factoring, leasing), es así como el simple ejerciendo el derecho de posesión del bien del deudor para su posterior venta “*foreclosure*” no implica responsabilidad por daño ambiental.

2. ARGENTINA

Argentina sin lugar a dudas, posee el sistema de responsabilidad civil más desarrollado de Latinoamérica, siendo que la responsabilidad por daño ambiental no escapa de dicha realidad.

La responsabilidad estrictamente ambiental se encuentra regulada por la ley 25675 “Ley General del Ambiente”, norma que define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifica negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos, y tiene como objeto de regulación todos aquellos hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva.

El esquema de responsabilidad por daño ambiental sigue un modelo de carácter objetivo¹⁶ contemplando expresamente la obligación del restablecimiento al estado anterior a su producción¹⁷, siendo las únicas causas de exención de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.¹⁸ Si en la comisión del daño ambiental colectivo,

hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hace extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.¹⁹

La Ley General del Ambiente otorga a los tribunales jurisdiccionales ordinarios, según corresponda por el territorio, materia o persona, la aplicación del régimen de responsabilidad ambiental, además sigue un modelo de legitimación sumamente amplio en el cual se

16 “El sistema acepta plenamente la responsabilidad objetiva. Desde su dación, el Código Civil la había establecido para algunos supuestos de daño ambiental (artículos 1133 y 1134), principios que la reforma de 1968 generalizó (artículo 1113, párrafo 2). Por ello, quien cause un daño al ambiente o tenga bajo su dependencia o guarda una persona o cosa que lo cause será plenamente responsable” Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 222.

17 La jurisprudencia se ha encargado de desarrollar el tema, al respecto cabe destacar”... En la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva, para liberarse el ofensor deber probar que la culpa de la víctima lo ha excluido. El nexo causal, a su vez, solo requiere de mero contacto. Los cuidados que se observan en el proceso industrial resultan irrelevantes si, en definitiva, el daño se produce... Puede atribuirse a la demandada responsabilidad objetiva en la producción del daño ambiental, tanto si se considera que el mismo fue ocasionado por la “cosa” en el caso arsénico de propiedad de la accionada – como si se estima el complejo industrial como cosa o actividad riesgosa... Puede estimarse el abandono de desechos contaminantes como conducta riesgosa, generadora de responsabilidad. También se ha señalado que quien debe responder es el dueño o guardián en el momento de la introducción del riesgo. Nuestro actual derecho positivo recoge la idea. Según el artículo 46 de la ley 24051, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del dominio de los residuos peligrosos”, texto de sentencia extraído del ensayo “Daño ambiental/Jurisprudencia” del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

18 El tema ha sido abordado por la jurisprudencia argentina y a manera de ejemplo se muestran los siguientes extractos de sentencias “... No se aportó prueba que demuestre que la contaminación tuvo su origen en el hecho de tercero –interrupción o ruptura del nexo causal-. No basta a la responsabilidad de las accionadas la circunstancia de que existan responsabilidades de que mediante las redes de desagüe operadas por OSN, hay Aguas Argentinas S.A., pudieran filtrarse combustibles pertenecientes a otras estaciones de servicios o que los desechos cloacales contribuyan a la generación de mayor contaminación, pues en todo caso puede llegar a existir una responsabilidad plural... En la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva, para liberarse el ofensor deber probar que la culpa de la víctima lo ha excluido”, texto extraído del ensayo “Daño ambiental/Jurisprudencia” del autor Cafferatta, N., publicado, en Revista Jurídica La Ley, Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.

19 Artículo 31 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

le otorga legitimación activa para obtener la recomposición del ambiente dañado, tanto al afectado directo, como al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, al estado nacional, provincial o municipal. Además otorga legitimación para solicitar indemnización a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.²⁰

La Ley General del Ambiente dispone expresamente la obligación de todo sujeto físico o jurídico, público o privado, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, de contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiese producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

Si bien la Ley General del Ambiente de Argentina obligó la contratación de seguros para todas aquellas actividades riesgosas para el ambiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudiese producirse, lo cierto del caso es que la norma no lo reguló, siendo las resoluciones de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación 1398/2008, 177/2007, 303/2007, 1639/2007 y las resoluciones conjuntas 178/07 y 12/07; 98/07 y 1973/04 con la Secretaría de Finanzas, las que delinear y determinan los aspectos claves y conflictivos, tales como las actividades riesgosas que debe contratar el seguro para daños de incidencia colectiva, así como los criterios para establecer los montos mínimos asegurables. Actualmente,

la cobertura se encuadra en la modalidad de caución, donde el Asegurado es la autoridad competente, el Estado, que es quien ejerce la tutela sobre el medio ambiente, el asegurador es la persona jurídica que cubre el riesgo pactado contractualmente en la póliza; y el tomador, el titular de la actividad riesgosa asegurada que celebra el contrato de seguro con el Asegurador.

Por su parte, la ley 24051 sobre residuos peligrosos en su artículo 46 dispone que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del domicilio de los residuos peligrosos. Igual esquema siguen tanto el artículo 41 de la Ley 25612 respecto la transmisión del dominio o abandono voluntario de los residuos industriales y de actividades de servicio y el numeral 9 de la ley 24804 “Ley Nacional de la Actividad Nuclear” por accidentes ocasionados con sustancias nucleares fuera del sitio de la instalación o fuera del transporte, cuando al momento de ocurrir el accidente nuclear esas sustancias hubieren sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono.

Por último, la Ley 24441 denominada Ley de Fideicomiso, incluye 2 normas que limitan la responsabilidad objetiva derivada del 1113 del Código Civil Argentino, aplicable a casos de fideicomiso y leasing. Su artículo 14 dispone que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art 1113 CC se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el

20 Artículo 30 de la Ley General del Ambiente de Argentina.

fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Mientras tanto, el numeral 33 reza que la responsabilidad objetiva del dador emergente del art 1113 CC se limita al valor de la cosa entregada en leasing cuyo riesgo o vicio fuere la causa del daño si el dador o el tomador no hubieran podido razonablemente haberse asegurado y sin perjuicio de la responsabilidad del tomador.

2.1.Responsabilidad de los entes financieros por otorgamiento de créditos a actividades que resulten contaminantes o contaminadas.

Al respecto, el autor argentino Héctor Alegría²¹ opina que debe de partirse del hecho de la ausencia de norma jurídica que imponga una conducta específica a las entidades financieras. De esta forma, el financiador (externo no vinculado con la actividad que financia) no es responsable de los daños ambientales producidos por el tomador del crédito. Lo anterior aplicaría tanto si el tomador usó los fondos con el destino previsto, como cuando les otorgó otro tipo de uso. El jurista argentino recalca que las entidades financieras no son policía ambiental, ni poseen facultades legales para imponer conductas a sus clientes, salvo cuando se hayan contemplado cláusulas verdes (green clauses) en el contrato de préstamo.

2.2.Responsabilidad emergente por la tenencia de la cosa contaminante o contaminada durante la ejecución del crédito.

Si la entidad financiera, al ser puesta en tenencia de la cosa por depósito judicial o

voluntario, produce con ella daños a terceros incluyendo daños a bienes colectivos, su responsabilidad de tipo objetivo, derivaría del artículo 1113 del Código Civil, no existiendo razón jurídica para su exención de responsabilidad.

El Dr. Mario F. Valls nos señala que el depositario asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito. Las excusas que tendría son que el daño sea causado por el depositante usando la cosa dada en depósito, porque ello interrumpiría los efectos del contrato de depósito o por cualquier interrupción y las excusas aplicables en cada caso. Su criterio es que, la responsabilidad solidaria por daño ambiental abarcaría también al propietario de la cosa y al poder judicial que impusiera la guarda para evitar un mal mayor, y como ejemplo nos señala el ya famoso caso Beatriz Mendoza del Riachuelo, donde la Corte argentina condenó a la vez a los Gobiernos nacional, de provincia y de la ciudad por no haber impedido que cosas de los habitantes causasen daño ambiental.

Además y coincidiendo con la tesis del Dr. Héctor Alegría²², todos aquellos gastos en que incurra la entidad financiera para evitar degradación ambiental durante la tenencia del bien, deberían equiparse a “mejoras necesarias” y tener prioridad de pago ya sea en concurso o quiebra, o como gastos o costas procesales del proceso de remate.

21 “Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero”, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Editorial Abeledo Perrot, 1997, pág. 322.
22 “Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero”, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Editorial Abeledo Perrot, 1997, pág. 323.

2.3.Responsabilidad derivada de la venta del bien contaminado o contaminante a terceros.

Tal y como lo expone acertadamente el Dr. Mario Valls²³, la responsabilidad ambiental normalmente es “*propter rem*”, o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de una cosa, pues el vínculo se establece con quienes revisten la calidad de propietarios de la cosa dañina. Se transmite sucesivamente a quien va usando o se va sirviendo de la cosa que daña al ambiente. En consecuencia, todo adquirente de una cosa debería averiguar si contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental como cuando adquiere un animal afectado por una enfermedad contagiosa o un fundo contaminado por elementos infecciosos.

De esta forma, si la venta es judicial o extrajudicial y el bien nunca formó parte del patrimonio de la entidad financiera, ésta no será responsable frente al adquirente, salvo que hubiera otorgado garantía.

Mientras que si la entidad financiera se apropió del bien en ejercicio de su garantía (prendaria, hipotecaria o fiduciaria) y después vende la cosa contaminada o contaminante a un tercero, su responsabilidad sería la de cualquier vendedor.

2.4.Responsabilidad derivada del contrato de fideicomiso y del leasing

Siguiendo las reglas especiales de la responsabilidad contempladas para los

contratos de fideicomiso y leasing de la ley número 24441 “Ley de Fideicomiso”, específicamente para el fiduciario y para el dador en leasing respectivamente, ésta queda limitada al valor de la cosa fideicomitida o dada en leasing cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario o dador en leasing no pudieron razonablemente haberse asegurado, quedando intactas las demás responsabilidades del caso. El deber de diligencia de las entidades financieras en estos casos pareciera ser la descarga de la responsabilidad por daños ambientales y a terceros mediante la suscripción de seguros, mismos que por sí solos no excusan la solidaridad de la responsabilidad.

BRASIL

Tanto la ley 6038 del 31 de agosto de 1981²⁴, como el Decreto 99274 del año 1990²⁵, disponen expresamente la obligación que recae sobre las entidades y agencias gubernamentales de financiamiento y gestoras de incentivos, de condicionar el respectivo otorgamiento de créditos e incentivos a la existencia demostrada de licenciamiento ambiental (EIA), y al cumplimiento de normas, criterios y lineamiento de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) para la actividad, obra o proyecto solicitante.

De igual forma, la ley 6.803 de 02/07/80 sobre Directrices Básicas para la Zonificación Industrial en áreas críticas de contaminación, en su artículo 12 dispone que

23 Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 223.
24 Artículo 12 «As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma da Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo Conama».
25 Artículo 23: «As entidades governamentais de financiamento ou gestoras de incentivos, condicionarão a sua concessão à comprovação do licenciamento».

los órganos y entidades gestores de incentivos gubernamentales y los bancos oficiales, deben condicionar la concesión de incentivos y el financiamiento a industrias, a la presentación de la licencia ambiental.²⁶

Más reciente, la ley 8.974, de 05/01/95, que establece las normas para el uso de las técnicas de la ingeniería genética y de la liberación en el ambiente de organismos genéticamente modificados, en el apartado 3 de su artículo segundo dispone que los entes financieros o patrocinadores de actividades o proyectos relacionados con Organismos Genéticamente Modificados (OGM’s), públicos y privados, nacionales y extranjeros o internacional, deberán cerciorarse de la idoneidad técnico-científico de los solicitantes de créditos, y exigirles el cumplimiento tanto de las normas y mecanismos previstos por la misma ley como de sus propios lineamientos, teniendo la obligación de exigir la presentación del certificado de la calidad en Bioseguridad previsto en el artículo 6 de la misma ley, bajo el apercibimiento que en caso de incumplimiento serán co-responsables de lo que llegare a suceder.

De la normativa antes expuesta se deduce la obligación legal de las instituciones financieras de:

- Condicionar los créditos a la aprobación de la licencia ambiental (EIA)
- Condicionar el financiamiento al cumplimiento de normas administrativas ambientales

De esta forma, las instituciones financieras deben cumplir su compromiso social en el área ambiental derivado del artículo 225 constitucional y demás normativa infraconstitucional, no bastando únicamente la exigencia de la respectiva licencia ambiental, sino que es necesario además que valoren los riesgos de daños ambientales de las actividades, obras o proyectos que financian, y exijan a sus deudores el cumplimiento de las normas ambientales, caso contrario, serían solidariamente responsables de los daños ambientales que acontecieren.

Por lo anterior, coincidimos plenamente con el destacado jurista brasileño Paulo Leme²⁷ cuando afirma:

«o financiamento, em que se analisa a variante ambiental, passa a ensinar um novo tipo de convivência administrativa, colocando em parceria os bancos e os órgãos ambientais»

4. PARAGUAY

La ley 294/93 sobre Evaluación de Impacto Ambiental en su artículo 12, dispone que:

“La Declaración de Impacto Ambiental será requisito ineludible en las siguientes tramitaciones relacionadas con el proyecto:

- a) Para obtención de créditos o garantías.*
- b) Para obtención de autorizaciones de otros organismos públicos; y,*
- c) Para obtención de subsidios y de exenciones tributarias.”*

La misma norma dispone que mediante la reglamentación que realizará la Secretaría del Medio Ambiente (SEAM), se establecerá las características que deberán reunir las obras y actividades cuyos proyectos requieran Declaración de Impacto Ambiental.

A pesar de la anterior exigencia, el Decreto Reglamentario de la Ley 294/93, no se pronuncia sobre el Artículo 12 de la ley, es decir no lo reglamenta, y por tanto surgen dudas acerca de en qué casos, las entidades financieras deben exigir la presentación de la Declaración de Impacto Ambiental, en el entendido que dicha exigencia es una clara obligación legal de hacer, cuya omisión

podría generar responsabilidad civil por daño ambiental de la entidad financiera, si luego se llegare a confirmar que la actividad financiada por ella, sin requerir el citado requisito, ha causado efectivamente daños al medio ambiente.²⁸

Parece quedar claro que en caso de financiación de proyectos, la Declaración de Impacto Ambiental es un requisito indispensable, y debe ser un factor de riesgo más a evaluar: el riesgo ambiental, mismo que constituye un pasivo contingente de suma importante al analizar el crédito. El problema surge respecto a todas aquellas actividades que llevan a cabo las entidades financieras en

26 Artículo 12: «os órgãos e entidades gestores de incentivos governamentais e os bancos oficiais condicionarão a concessão de incentivos e financiamentos às indústrias, inclusive para participação societária, à apresentação da licença de que trata esta lei.»

27 Citado por Alvarez Vianna, J.R, “A responsabilidade solidária das instituições financeiras por danos ambientais”, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca.htm>.

28 Consultada sobre el tema, la jurista paraguaya Guillermina Basaglia expresó lo siguiente: “Entonces tenemos que, si bien la norma establecida en el Artículo 12 de la Ley 294 es clara con respecto a la obligación legal de “hacer” (verificar el cumplimiento de la legislación ambiental vigente mediante la posesión de la DIA), la misma no resulta aun operativa por no existir reglamentación al respecto. Con relación a los alcances del tipo responsabilidad imputable, la legislación general sobre obligaciones contenida en el Código Civil paraguay presenta una limitación concreta al referirse al fenómeno de la solidaridad, tras establecer que la misma debe nacer de declaraciones legales taxativas. Este dispositivo legal, no podría ser ignorado ni soslayado por diseños reglamentarios establecidos vía Decreto o Resoluciones. La conducta del legislador paraguay ya ha demostrado la recepción del mandato legal que condiciona el nacimiento de la solidaridad, al sancionar Leyes especiales que regulan supuestos puntuales en que intervienen agentes intermediarios que viabilizan el negocio jurídico (comparable perfectamente al caso objeto de este ensayo), con la entrada en vigencia y aplicación de la Ley... de Escribanos... que establece que en los casos.... serán solidariamente responsables. Si bien la tutela ambiental requiere de los más flexible y amplios criterios de interpretación, es nuestro parecer que en el caso de Paraguay la solidaridad, para ser considerada imputable a las Entidades Financieras, requiere de una remisión legal concreta. Con relación al estado actual de la cuestión, no hay dudas que hay obligación legal que pesa sobre las Entidades Financieras de pedir DIA. Se reconoce entonces que se requiere generar una solución normativa en la brevedad posible a fin de evitar que el artículo 12 de la Ley 293/94 caiga en desuetudo por la sobrevivencia en el tiempo de lagunas reglamentarias. Con relación a la imputabilidad de los efectos de la responsabilidad nacida por omisión de un deber legal (omisión de verificación de tenencia de DIA), podría considerarse dentro de los patrones del sano juicio legislar complementariamente imponiendo una escala progresiva de sanciones por incumplimiento del Artículo 12 de la Ley 294/93, dentro de cuya arquitectura reglamentarista de la norma pudieran jugar un rol preponderante factores de atribución de carácter subjetivo y objetivo: En primer lugar, consideramos importante tipificarse el grado de negligencia cometida (factor subjetivo) por la entidad financiera ante la omisión -al realizar la evaluación de riesgos proyectos de alto potencial contaminador, de los cuales resulta a todas luces procedente la revisión del cumplimiento de la legislación ambiental a diferencia de aquellos de los cuales directamente no se hace presumible la generación de daño ambiental- y la magnitud del daño ambiental generado -como ser: grave, medio y leve- (factor objetivo). Por lo tanto, a través de la graduación de la negligencia y la medición del daño, plasmados en categorías, podrían operativizarse los principios generales del derecho ambiental imponiendo responsabilidad (definida e inidentificada) a sujetos intervinientes, aunque objetivamente, en la generación del daño ambiental. Concluyendo, podría sostenerse que la responsabilidad solidaria no es atribuible a las entidades financieras en los casos que analizamos y que para que el Artículo 12 de la Ley 294 sea operativo se requiera una modificación legal que imponga sanciones ante el incumplimiento del mandato legal que recae sobre las Entidades Financieras, cuya graduación podría ser evaluada función a la negligencia cometida y a la magnitud del daño ambiental acaecido”.

su giro normal además de la financiación de proyecto, actividades como el otorgamiento de préstamos para capital operativo, para financiación de importaciones, financiación de exportaciones, financiación de bienes de capital, financiación de capital operativo y garantías de mantenimiento de oferta o buen cumplimiento, cartas de crédito de importación o exportación, avales, etc., sobre las cuales no existen lineamientos claros respecto al deber de exigir o no DIA, laguna jurídica que debe ser llenada vía reglamentación.

Para la jurista paraguaya Rosa Velázquez de Palacios,²⁹ existen argumentos importantes para sostener la tesis de que las entidades financieras están obligados a exigir la presentación de la Declaración de Impacto Ambiental, previo a cualquier desembolso de préstamo o garantía relacionado a un proyecto que pueda tener un impacto ambiental, de acuerdo a la enumeración contemplada en la Ley 294/93, y que el incumplimiento de esta obligación puede generar responsabilidades civiles a cargo de dichas entidades.

Al respecto menciona la alta relevancia del bien jurídico protegido: el ambiente; las disposiciones constitucionales relacionadas al ambiente; las ratificaciones del Paraguay al Tratado de MERCOSUR y al Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR; la Ley del EIA; los Principios Generales del Derecho Ambiental; y la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, argumentación que refuerza el deber de diligencia que deben poner todos los agentes, privados o públicos, que intervienen directa o indirectamente en aquellas actividades que pueden generar

daños al medio ambiente, siendo evidente que la financiación de un proyecto constituye un factor esencial para que tal actividad pueda concretarse, y en esta fase, la participación de las entidades financieras es innegable.

Velázquez de Palacios concluye que es necesaria la reglamentación de la Ley 294/93 para detallar de manera explícita qué operaciones crediticias están sujetas al requisito de la DIA de modo que la ley no se convierta en un innecesario obstáculo para la financiación de aquellas actividades que no requieren de dicha exigencia. Su posición es que no están dadas las condiciones para que se implemente la exigencia como manda la Ley, salvo en el otorgamiento de créditos destinados explícitamente a financiar Proyectos de Inversión, pero existen muchos casos dudosos y otros que se encuentran bajo la discrecionalidad de la SEAM, que necesitan ser debidamente reglamentados por parte del Banco Central del Paraguay. No hay duda de que los Bancos y Entidades Financieras serían un órgano contralor más para la SEAM, descentralizando sus actividades y evitando duplicación de funciones, por contar los Bancos con personal altamente calificado en evaluación y análisis de riesgos que bien podrían hacer este control.

II. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR DAÑO AMBIENTAL EN COSTA RICA

Previo a desarrollar algunos de los supuestos de responsabilidad por daño ambiental en que podrían incurrir las entidades financieras en su normal giro comercial,

es prioritario tener claro las características generales del sistema costarricense de responsabilidad ambiental, desarrollado tanto a través normativo como jurisprudencial.

Ha de tenerse en cuenta que el hecho o conducta dañosa del ambiente puede ser de naturaleza activa u omisiva, voluntaria o involuntaria, culposa o dolosa, lícita o ilícita, actuando por sí, o por encargo de otro, ya sea realizado por persona física o jurídica, privada o pública (administración centralizada y descentralizada).

A la vez, la responsabilidad por daño ambiental puede generarse tanto por acción como por omisión, por hecho ilícito como lícito (los permisos ambientales no exoneran de responsabilidad). Su naturaleza es de tipo objetivo y de carácter solidario entre todos los sujetos que por acción u omisión participaron en el hecho dañoso, con inversión de la carga probatoria recayendo ésta en el sujeto procesal a quien se le acusa de haber cometido daño ambiental, siendo los únicos eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima y hecho tercero.

El sistema de legitimación activa para reclamar acciones preventivas, indemnizatorias y compensatorias es sumamente amplio, por tratarse el daño ambiental de un típico interés difuso, existiendo en todos los casos, la obligación de restauración el ambiente, en la medida de lo posible, a su estado anterior.

Además, debe tenerse siempre presente que un mismo hecho dañoso contra el ambiente

puede dar lugar tanto a responsabilidad penal, civil, como administrativa, pudiendo ser conocidos bajo las reglas propias de los distintos ramas del derecho, por procesos diferentes y ante distintos órganos jurisdiccionales o administrativos, no implicando en ningún momento que la exoneración de responsabilidad en una vía, conlleve que necesariamente se exima de responsabilidad en otra.³⁰

1. Responsabilidad de los entes financieros por otorgamiento de créditos a actividades, obras o proyectos contaminantes o contaminados.

Al respecto, es de vital importancia tener presente que la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en sus numerales 73 y 108, prohíbe expresamente a los bancos comerciales:

- Realizar operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios;
- Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento.
- Otorgar créditos para industrias cuyo funcionamiento, a juicio exclusivo suyo, no sea provechoso para la economía nacional o no presente posibilidades financieras satisfactorias;

²⁹ Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Limoges y Universidad Católica de Paraguay

³⁰ Sentencias 14076-2004 de las 9:28 horas del 10/12/2004 y 9690-2008 de las 10:15 horas del 13/06/2008 de la Sala Constitucional y sentencia 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009, Tribunal Contencioso Administrativo.

- Otorgar créditos cuando los promotores de la industria no posean la debida capacidad industrial y técnica para su eficaz operación.

1.1. Entidad bancaria conoce, acepta y asume el riesgo de financiar una actividad, obra o proyecto riesgoso, contaminado o contaminante del ambiente.

Se parte del supuesto que existió voluntad y cognición (dolo) por parte de la entidad bancaria de financiar una actividad riesgosa y/o contaminante, a pesar de las prohibiciones establecidas en los artículos 73 y 108 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

El dolo es causa autónoma de responsabilidad no dispensable, y de conformidad con el artículo 701 del Código Civil no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione, aunque se hubiere pactado lo contrario.

Además, tal y como lo dispone el artículo 1045 del mismo cuerpo normativo:

“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”

Y de forma específica, el artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente establece:

“Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente

y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica”

De lo anterior es fácil deducir que las entidades financieras y sus titulares, que conocen y asumen voluntariamente los riesgos de financiar actividades, obras o proyectos contaminantes o contaminados, son objetiva y solidariamente responsables de los daños ambientales que lleguen a acontecer a través de la actividad financiada, encontrándose obligados junto con el financiado, a recomponer el ambiente a su estado básico anterior.

1.2. Entidad bancaria participa directamente en la administración u operación de la actividad, obra o proyecto riesgoso, contaminante o contaminado, o bien, es su socio o copropietario.

En este supuesto, la entidad financiera, a pesar de la prohibición establecida en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, interviene directamente en la actividad, obra o proyecto riesgoso, contaminante o contaminado, ya sea administrándolo, operándolo, o bien como socio o copropietario, ostentando entonces

dominio de la actividad que genera daños ambientales. Cabe destacar que como excepción, el mismo numeral 73 faculta a los bancos del Estado con el objeto de asegurar la recuperación de sus créditos, a convenir con las empresas deudoras suyas, la intervención de éstas cuando se encuentren en estado de difícil situación económico financiera que les impida atender adecuadamente sus obligaciones. Con tal objeto, los bancos pueden nombrarles interventores, administradores o fiscalizadores, o ejercer cualquier tipo de vigilancia, fiscalización o control de la empresa y su administración.

Al existir dominio de la actividad, sería de aplicación la teoría general del riesgo y sus dos corrientes de justificación, por una parte, el “riesgo provecho”, basado en el provecho o beneficio que goza el que crea y asume el riesgo, y por otra, el “riesgo creado” que supone un acto anormal valorado según las condiciones normales de la época y del lugar. De acuerdo con la teoría general del riesgo, toda actividad económica comporta la creación de un peligro para la comunidad, es decir, es fuente posible de daño. De esta forma, el riesgo obliga al que crea o saca provecho de él, al que abusa del derecho o excede la normal tolerancia, así como al agente que desorbita los límites propios de la razonabilidad y proporcionalidad en cada caso particular.

Por ello, las entidades financieras y sus titulares, que participan voluntariamente en la gestión de las actividades, obras o proyectos riesgosos, contaminantes o contaminados, son objetiva y solidariamente responsables de los daños ambientales que lleguen a acontecer a través de la actividad financiada, encontrándose obligados junto con el financiado, a recomponer el ambiente a su estado básico anterior.

1.3. Entidad Financiera otorga crédito sin cerciorarse que la actividad, obra o proyecto requería de viabilidad ambiental (EIA), permiso sanitario de funcionamiento (PSF), autorización municipal de uso de suelo, o cualquier otro tipo de permisos o licencias ambientales.

En este supuesto, existiría una omisión al deber de cuidado (culpa) por parte del ente crediticio al no exigirle a su financiado, la presentación previa de los permisos exigidos por la normativa ambiental, siendo que dicha omisión sería co-causa del daño que acontezca.

Es importante tener en cuenta que para ciertas actividades específicas, la exigencia previa de permisos ambientales se convierte en una obligación del ente crediticio, tal y como lo contempla, a manera de ejemplo, el artículo 113 de la Ley Orgánica del Ambiente:

El Sistema Bancario Nacional podrá abrir una cartera crediticia ambiental destinada a financiar los costos de reducción de la contaminación en procesos productivos, mediante créditos a una tasa de interés preferencial que determinará el Banco Central de Costa Rica. Cuando los procesos productivos impliquen el uso del suelo, para el financiamiento, el Sistema Bancario Nacional deberá exigir un plan de manejo y uso de las tierras de conformidad con capacidad de uso.

En otros casos, la normativa deja a “discreción” de la entidad financiera la exigencia del permiso o la licencia:

Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos.

Artículo 20. En las áreas previamente declaradas como críticas, según el artículo 16 de esta ley, ya sean de dominio privado o público, los dueños de los terrenos deberán aplicar forzosamente todas las medidas y prácticas que conlleven la recuperación del suelo y preservación del ambiente en general.

Para otorgar los créditos para realizar actividades en las áreas críticas, los bancos del Sistema Bancario Nacional podrán solicitar, como requisito de trámite, la presentación de un estudio de impacto ambiental orientado a la actividad agroecológica al nivel de cuenca, subcuenca o finca, que determine su capacidad de uso y recomiende las prácticas agronómicas adecuadas para el buen manejo y conservación del recurso suelo, de manera que se asegure que la actividad por desarrollar esté acorde con la capacidad de uso de la tierra.

Ley de Pesca y Acuicultura

Artículo 109.—Para el caso de los contratos de crédito que se celebren entre los bancos del Sistema Bancario Nacional y los propietarios de embarcaciones que cuenten con licencia de pesca debidamente otorgadas por INCOPECA, en los cuales se tenga como garantía parcial o total la embarcación sobre la cual se tiene por autorizada el uso de la licencia, el INCOPECA podrá dar su autorización para que en el caso de remate de la embarcación, la licencia

correspondiente se traspase a favor de quien resulte adjudicatario de la misma, en iguales condiciones y por el plazo restante al otorgado originalmente.

A efectos de establecer responsabilidades, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Ambiente sobre imputación por daño ambiental:

“El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen”

Por ello, el deber de diligencia ambiental “due diligence” conllevaría a la entidad financiera la exigencia a su deudor, previo al otorgamiento del crédito y durante su vigencia, de todos y cada uno de los permisos ambientales necesarios para realizar la actividad, obra o proyecto propuesto, caso contrario, tanto el financista como sus titulares, podrían ser considerados objetiva y solidariamente responsables junto con el deudor, de los daños ambientales que acontecieren, y solidariamente se encontrarían obligados a restaurar el ambiente degradado.

1.4. Financista cumple con su deber de diligencia “due diligence” ya sea, mediante la imposición de “green clauses” dentro del contrato de crédito, y/o exigiendo al deudor viabilidad ambiental (EIA), permiso sanitario de funcionamiento (PSF), autorización municipal de uso de suelo, o cualquier otro tipo de permisos o licencias ambientales.

Tal y como se expuso anteriormente, el riesgo intrínseco que conllevan muchas

actividades, obras o proyectos sobre el medio ambiente, así como la posibilidad que la responsabilidad por daño ambiental se extienda al otorgante del crédito, obligan el reforzamiento del deber de diligencia por parte de las entidades financieras, ya sea mediante la suscripción de cláusulas verdes³¹ dentro de los contratos financieros y/o la exigencia al deudor de todos los permisos ambientales requeridos por la normativa, antes y durante la vigencia del crédito.

El reforzamiento del deber de diligencia por parte de las entidades crediticias exigiendo permisos ambientales y/o estipulando cláusulas verdes en los contratos financieros, prevendría el daño ambiental de las actividades, obras y proyectos financiados.

Este tipo de estipulaciones contractuales encuentran asidero jurídico en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que específicamente en su artículo 64 dispone que los planes de inversión de los créditos pueden ser objeto de control por parte de los bancos, siendo que cuando éstos comprueben que los fondos han sido destinados a fines distintos de los especificados sin que hubiere mediado previo acuerdo u autorización expresa por parte del ente financiero, los bancos acreedores se encontrarían facultados a dar por vencido el plazo de la obligación. Además, la misma norma autoriza a las entidades bancarias a reglamentar las hipotecas que garanticen

créditos abiertos, conforme a lo estipulado en el artículo 414 del Código Civil.

De esta forma, a pesar que la responsabilidad por daño ambiental es de carácter objetiva, la entidad financiera que demuestre su actuar diligente de conformidad con las reglas anteriormente expuestas, podría excusarse mediante la excepción procesal de hecho de un tercero, siendo ese tercero precisamente el tomador del crédito.

2. Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras a raíz del contrato de depósito (judicial o contractual) o la tenencia temporal de bienes contaminantes o contaminados.

El artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional faculta a los bancos comerciales a actuar como depositarios judiciales o extrajudiciales, así como a actuar como mandatarios y, especialmente, como administradores de bienes sucesorios o que pertenezcan a menores, incapaces o ausentes.

En los casos en que un banco comercial tuviere que hacer efectivas las garantías constituidas a su favor por operaciones de crédito, procederá de conformidad con las siguientes disposiciones establecidas en el numeral 71 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional que al efecto dispone:

31 Las cláusulas ambientales o “green clauses” dentro de los contratos financieros condicionan la eficacia del contrato de préstamo, el desembolso o su mantenimiento, al cumplimiento por parte del deudor de los requerimientos exigidos por la normativa ambiental. Mediante green clauses, el ente financiero podría exigir la realización de inspecciones, auditorías ambientales, toma de seguros, etc, bajo sanción de dar por vencido el plazo del crédito y por tanto, exigible la obligación en caso de incumplimiento por parte del tomador del crédito. De igual forma, es posible vía “green clauses” exigir información suficiente de los destinos señalados por el usuario para la aplicación de los fondos, analizar los proyectos que se pretenden financiar, controlar el uso efectivo de los recursos crediticios y pactar el vencimiento del plazo ante incumplimiento del destino de los fondos (cláusula de aceleración).

- Si se tratare de bienes inmuebles hipotecados o cuyos frutos hubieren sido dados en prenda agrícola al banco, este podrá pedir el embargo del inmueble o, en su caso, de los frutos y ejercer el cargo de depositario por medio de la persona que él mismo indique, bajo su propia responsabilidad. En virtud de ese depósito, el Banco recibirá la posesión del inmueble y podrá percibir sus rentas, entradas o productos, los cuales aplicará de preferencia a cubrir los gastos ocasionados, incluyendo los gastos de administración, y el resto lo destinará al pago de su crédito, con los respectivos intereses, hasta la liquidación final.
- Si se tratare de animales dados en prenda, el Banco podrá solicitar el embargo o depósito de los mismos, y proceder a la venta de ellos mediante remate que podrá efectuar el depositario que será nombrado a indicación de aquél. Para ese efecto, el deudor deberá, al constituir la garantía, convenir en que la venta se haga en la forma indicada y por el precio mínimo que se fije en el respectivo documento. El producto de la venta se aplicará, en primer término, a cubrir los gastos causados y el sobrante se destinará al pago de los intereses no satisfechos y a la cancelación de la deuda. Todas esas operaciones deberán ser aprobadas por la autoridad judicial que conozca del negocio.

2.1. Entidad financiera ejerce depósito de un bien, y durante su tenencia, éste se contamina y/o contamina otros bienes (acción u omisión).

Según los artículos 1348 del Código Civil y 523 del Código Comercio, el depositario se

encuentra inhibido de utilizar la cosa dada en depósito.

Por su parte, los artículos 1349 y 1363 del Código Civil establecen que sobre el bien dado en depósito, su depositario se encuentra obligado a prestar en su guarda y conservación, el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas, y tratándose de un bien inmueble, tiene respecto a su administración, las facultades y obligaciones de un mandatario con poder general.

Sobre la responsabilidad del depositario, el numeral 523 del Código Comercio dispone que en su ejercicio, responderá de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufran por culpa, dolo o negligencia suya o de sus empleados o encargados.

De las normas antes citadas, en conjunción de los artículos 98 y 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, se extrae la responsabilidad por daño ambiental y deber de recomposición que recaería sobre la entidad financiera que actúe como depositario cuando en su ejercicio, acontece daño ambiental por medio del bien dado en depósito, dado que el depositario asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito, salvo vicios ocultos, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

En el caso de tratarse de depósito judicial, el juez debe determinar, previo a su otorgamiento, si el bien es susceptible de causar daños ambientales, y escoger a la persona idónea para su conservación y cuidado, caso contrario, el juez, el Poder Judicial y el depositario, serían solidariamente responsables del daño acontecido.

A raíz de lo anterior, el deber de diligencia de la entidad financiera que actúa como depositario, nuevamente debe reforzarse en cuanto a la guardia y conservación del bien dado en depósito, lo cual incluiría incurrir en todos aquellos gastos con el fin de prevenir y evitar que la cosa dada en depósito cause daño ambiental, mismos que estarían justificados bajo el amparo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

2.2 Entidad financiera actuando como depositaria y a pesar de su debida diligencia en el manejo y custodia de los bienes dado en depósito, éstos poseen un vicio o riesgo oculto imprevisible o inevitable que genera contaminación, o bien, por motivo imprevisible e inevitable se contaminan o contaminan otros bienes.

Si bien el depositario asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito, lo anterior lo es salvo vicios ocultos, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima.

Por ello, el depositario no podría asumir el riesgo o vicio oculto de la cosa objeto del depósito, y por tanto, a todas luces, no existiría responsabilidad por daño ambiental de la entidad financiera que actúe como depositaria del mismo, ni de la autoridad que otorgó el depósito en el supuesto de depósito judicial.

No obstante lo anterior, tratándose de vicio oculto, al propietario del bien dado en depósito si se le podría achacar responsabilidad por daño ambiental si no logra acreditar alguna de las causales de exoneración de la responsabilidad objetiva.

2.3 Entidad financiera en calidad de depositario, es turbada o despojada en la posesión de la cosa dada en depósito y ocurre daño ambiental.

Ante este supuesto, el artículo 1355 del Código Civil dispone que el depositario que fuera turbado en la posesión, o despojado de la cosa por un tercero, se encuentra obligado a dar aviso sin demora al depositante, y mientras éste no acuda, debe tomar su defensa, siendo que si no lo hiciera, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

El artículo 1355 refuerza el deber de diligencia del depositario en el cuidado de la cosa y obliga dar aviso a la autoridad judicial depositante. Si se actúa de conformidad con el 1355 y da aviso inmediato de la perturbación o despojo de la cosa, la entidad financiera se encontraría exonerada de responsabilidad, escudada en la excepción procesal del hecho de un tercero, caso contrario, asumiría una responsabilidad solidaria conjuntamente con el tercero que lo turba o despoja del bien.

2.4 Entidad financiera, actuando como depositaria, incurre en gastos con el fin de prevenir o evitar que la cosa dada en depósito cause daño ambiental

Según el numeral 1357 del Código Civil, el depositante se encuentra obligado a indemnizar al depositario todos los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa, y las pérdidas que la guarda haya podido ocasionarle, siendo que el depositario, para ser pagado, goza del derecho de retención.

El deber de diligencia obligaría a la entidad financiera que actúe como depositario, a incurrir en gastos sobre las cosas que tiene en depósito, con el fin de evitar o impedir su incidencia en el deterioro ambiental.

Estos gastos se encontrarían justificados a la luz del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, bajo la figura de “gastos de administración” o “gastos causados” y por tanto, deberían ser retribuidos al depositario.

3. Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras por adquisición judicial o extrajudicial de bienes contaminados o contaminantes.

3.1. Entidad financiera se adjudica judicial o extrajudicialmente bien mueble o inmueble contaminado o que contamina.

La responsabilidad ambiental normalmente es “propter rem”, o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de una cosa, pues el vínculo se establece con quienes revisten la calidad de propietarios de la cosa dañina.

La responsabilidad se trasmite sucesivamente a quien va usando o se va sirviendo de la cosa que daña al ambiente. En consecuencia, el deber de diligencia de todo adquirente de una cosa, incluyendo a las entidades financieras, conlleva a averiguar si ésta contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental.

En algunos casos la transmisión o el abandono de la cosa no excusa responsabilidad, como lo estipula la reciente Ley de Gestión de Residuos, que extiende la responsabilidad respecto a los residuos de manejo especial a los productores o importadores, durante todo el ciclo de vida del producto, incluyendo las fases posindustrial y posconsumo. De esta forma, a pesar de que un generador

transfiera sus residuos a un gestor autorizado, debe asegurarse por medio de contratos y manifiestos de entrega-transporte-recepción el manejo ambientalmente adecuado de estos y evitar que ocasionen daños a la salud y el ambiente, y en caso de incumplimiento de esta obligación podrá ser considerado como responsable solidario de los daños al ambiente y la salud que pueda ocasionar dicha empresa por el manejo inadecuado de estos y las sanciones que resulten aplicables.³²

De lo anterior se deduce nuevamente el reforzamiento del deber de diligencia por parte de las entidades financieras, previo a la adquisición judicial o extrajudicial de bienes muebles o inmuebles, cerciorándose que los mismos no contaminen o se encuentran contaminados, o bien, poseen características que los haga susceptibles de causar daños al medio ambiente, ya que mediante su compra/adjudicación se adquiere a la vez, la responsabilidad sobre los mismos y con ello, el deber de recomposición ambiental.

3.2 Entidad financiera adquiere judicial o extrajudicialmente bien mueble o inmueble, y bajo su administración y ejercicio del dominio, un tercero causa daño ambiental al mismo bien o por medio de éste.

Sobre el tema cabe remitirse a la resolución 00019-2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X:

“Téngase presente que existe responsabilidad por omisión de los propietarios de inmuebles, que no hayan impedido que se haya cometido

el daño ambiental, por aplicación directa de la frase del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, cuyo texto ya citamos, no apreciándose la imprecisión alegada. Aún más, en el caso de los propietarios de una propiedad inmueble que cumple una función ecológica, como es en la que se produjo el daño ambiental, no se encuentra que no exista una aplicación a supuestos no aplicados por el legislador, sino más bien que las resoluciones administrativas cuestionadas, se cumplió con los propósitos de la ley, que son establecer un régimen de responsabilidad amplio, cuando se enfrente el daño ambiental. Tampoco, la existencia de una forma de responsabilidad por comisión (la cometida por Ronny Monge), excluye la responsabilidad por omisión de los aquí actores”

De esta forma, el deber de diligencia exige a las entidades financieras ejercer un estricto control, fiscalización y monitoreo sobre los bienes muebles o inmuebles que lleguen a formar parte de su patrimonio, independientemente que su dominio y administración sea temporal, caso contrario, les sería extensiva la responsabilidad solidaria por daño ambiental, en este caso por omisión.

4. Responsabilidad de las entidades financieras por venta de bienes contaminados o contaminantes a terceros.

4.1. Entidad financiera adquiere bien judicial o extrajudicialmente contaminado o contaminante y lo vende a un tercero.

De conformidad con la legislación civil, la entidad financiera como cualquier vendedor,

es garante del bien y por tanto, de los vicios de la cosa, objeto del contrato de compra venta.

Si bien como se mencionó anteriormente, la responsabilidad ambiental es propter rem y se transmite de propietario a propietario, subsiste la acción del comprador de reclamarle al vendedor por los vicios ocultos de la cosa.

Tanto el principio de la buena fe, como el deber de diligencia, obligan a la entidad financiera a informarle al comprador del estado de la cosa, previo a la celebración de la compra-venta, y a ponerlo sobre aviso respecto a los problemas ambientales que posee o puede llegar a generar.

La entidad financiera sería responsable ante el comprador, salvo que en contrato de compraventa se estipule expresamente el estado de la cosa, y el comprador debidamente informado al respecto, asuma el riesgo sobre la misma.

4.2 Entidad financiera presenta a ejecución judicial o extrajudicial bien mueble o inmueble contaminante o contaminado que NO ha ingresado a su patrimonio, y el bien es adjudicado a favor un tercero.

En la medida que el bien mueble o inmueble no haya salido del patrimonio del deudor, no existiría responsabilidad de la entidad financiera ejecutante frente al adquirente, debido a que el bien nunca ha ingresado a su patrimonio y por tanto, no lo está transmitiendo directamente, salvo que entidad financiera hubiere otorgado garantía voluntariamente al adjudicatario.

³² Artículo 43 de Ley de Gestión Integral de Residuos.

5. Responsabilidad de las entidades financieras por daño ambiental derivado del contrato de fideicomiso.

El artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional faculta a los bancos comerciales a realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables.

Por medio del contrato de fideicomiso³³ una parte (fideicomitente), transmite a otra (fiduciario), bienes o derechos, para que éste los emplee en la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Se trata de la transmisión de bienes que forman un patrimonio autónomo finalizado a una actividad lícita. Así lo delimita el artículo 633 del Código de Comercio. Con esta transmisión no se crea una persona jurídica independiente, ni tampoco una "figura con personalidad jurídica

restringida". Simplemente el fiduciario³⁴ se convierte en propietario de los bienes que están afectos a una actividad o finalidad lícita establecida y éstos pasan a ser de su propiedad en calidad de fiduciario³⁵.

5.1. Entidad financiera actuando como fiduciario recibe en propiedad fiduciaria el bien fideicomitado (contaminante o contaminado) o bien, durante su administración y custodia se produce un daño ambiental.

Debe partirse del hecho de que Costa Rica no cuenta con normativa específica que establezca o limite la responsabilidad del fiduciario ante terceros, como si sucede en la ley CERCLA de los Estados Unidos y en la ley de Fideicomiso de Argentina. Por ello, previo a emitir criterio sobre el tema, es primordial analizar el actual marco normativo general que regula el contrato de fideicomiso, así como

33 La figura del fideicomiso se puede dar en diversas modalidades a efecto de lograr el fin perseguido por las partes, mediante la constitución de la propiedad fiduciaria. Sin embargo, por la función o finalidad inmediata de los bienes fideicometidos y la función que en relación a ellos cumple el fiduciario, es posible reunir las especies en cuatro grupos generales: los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de garantía, los de administración y los mixtos, estos últimos resultantes de la combinación de las anteriores categorías, sin que con ello se agoten las modalidades. Ahora bien, el fideicomiso de garantía es aquel por el cual se trasfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo previsto en el contrato. Al fiduciario se le transmiten los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto fiduciario. Mientras que los fideicomisos de administración son en los cuales se trasfiere la propiedad de los bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente, destinado el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato. Esta especie de fideicomiso en estado puro es menos frecuente, siendo evidente que en la práctica los de inversión y los de garantía contienen elementos de administración. Martorell, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. Buenos Aires, Ediciones Depalma S.A., Tomo II, Contratos bancarios; 1.996, pág. 902, 904 y 905.

34 El fiduciario es la persona que recibe el dominio de los bienes o derechos fideicometidos, se obliga a realizar los actos necesarios para el cumplimiento del fin pactado en el acto constitutivo del fideicomiso, también se le atribuye la titularidad del patrimonio, considerándolo dueño jurídico de los bienes o derechos al realizarse el traspaso de ellos. Se constituye una propiedad fiduciaria, la cual no es de carácter económico ya que el fiduciario no puede sacar provecho de las posesiones en beneficio propio, únicamente puede utilizarlos para el cumplimiento de los fines estipulados por el fideicomitente, convirtiéndose de esta manera, en el propietario ante terceros.

35 Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, voto N ° 406, de 11:15 horas del 13 de octubre de 2.000.

la jurisprudencia respectiva, en especial la que atañe al tema de la responsabilidad del fiduciario.

El artículo 634 del Código de Comercio dispone que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso.

Las obligaciones y atribuciones del fiduciario se encuentran contenidas en los artículos 644 y 645 del Código de Comercio, entre las que se encuentra la de ejercer los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste, así como la de emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia.

Respecto a los bienes fideicomitados, el fiduciario responde de cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en su manejo y atención, según lo ordena el numeral 647 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en su artículo 116 establece disposiciones especiales a los bancos comerciales cuando actúen como fiduciarios. De esta forma, en la eventualidad de que terceras personas pretendieran algún derecho sobre los bienes afectados en fideicomiso, o que dichos bienes fueran amenazados en alguna forma por motivos anteriores a la fecha del contrato de fideicomiso, los bancos, como fiduciarios, si están en conocimiento de dichos hechos deberán ponerlo en conocimiento del fideicomitente y de los beneficiarios para que ellos ejerciten los derechos y acciones correspondientes, siendo esta la única obligación de los bancos en ese sentido. Si los motivos fueran posteriores a la fecha del

fideicomiso, se estará a lo dispuesto en el artículo 644 inciso e) del Código de Comercio. En el contrato respectivo puede convenirse en el establecimiento de controles en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. Si se establecieran "Comités Especiales" con ese propósito el fiduciario al sujetarse a sus disposiciones, descargará su responsabilidad en cuanto a la respectiva transacción. Respecto del Impuesto de la Renta por los rendimientos de los bienes afectados en fideicomiso, la obligación de los bancos como fiduciarios se limitará a notificar a la Tributación Directa, con copia al fideicomitente los beneficios reportados como renta por el capital fideicomitado, debiendo dicho informe remitirse aun en el caso de que el patrimonio afectado esté constituido por valores exentos del pago del Impuesto de la Renta. En este último caso, lo advertirá así.

Sobre la naturaleza jurídica de los bienes fideicomitados, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, mediante resolución de las 9:45 horas del 06 de mayo de 1999 dispuso:

“No hay duda que los bienes de fideicomiso son parte de un capital autónomo, bienes que salen del dominio del fideicomitente, y lo anterior se afirma aún mas, cuando en nuestra legislación mercantil ante citada, se obliga al fiduciario al pago de los impuestos y tasas correspondientes de los bienes fideicomitados, estableciéndose entonces un patrimonio propio del fideicomiso. Dispone además nuestra legislación que si los acreedores del fideicomiso consideran que con la creación se les ha causado algún tipo de fraude, podrán impugnarlo en los términos en los que autoriza la legislación civil, lo anterior significa de

forma clara, precisa y concordante, de que si los acreedores pueden acudir a la vía legal correspondiente en reclamo de sus derechos, es porque los bienes dados en fideicomiso salen del dominio del fideicomitente, no pudiendo sus acreedores perseguirlos en forma directa, hasta tanto no se logre demostrar en la vía declarativa el fraude de acreedores”

Refiriéndose al mismo tema, la Sala Constitucional en resolución número 2001-9392 manifestó:

“Sin embargo, es importante mencionar que los bienes fideicomitados, desde el momento en que el negocio se celebra, constituyen un patrimonio autónomo para los propósitos del fideicomiso, lo que supone pérdida del derecho de propiedad por parte del fideicomitente sobre los bienes que conforman este patrimonio autónomo”
“Sobre el contrato de fideicomiso en garantía, figura negocial que se encuentra reconocida en la norma impugnada, cabe señalar que se utiliza como un contrato accesorio, por medio del cual, el fideicomitente – deudor de la obligación principal – entrega determinados bienes al fiduciario para que – entre otras cosas – los administre y custodie – teniendo en cuenta desde luego, lo que dispongan sobre el particular las partes en el contrato – durante el término en que perdure la obligación principal; posteriormente para que proceda a su enajenación, en el caso en que el fideicomitente o deudor no pueda satisfacer sus obligaciones para con el acreedor fideicomisario.”

Específicamente, respecto a la responsabilidad civil ante terceros del fiduciario, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 866 de las 10:30 horas del 30 de agosto de 2002 determinó:

“Por otra parte, de acuerdo con la teoría del patrimonio autónomo: “... los derechos transmitidos al fiduciario en virtud de la fiducia no ingresan en su propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada caso... El patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes. El patrimonio separado es un patrimonio de destino, tiene una finalidad. Para que se pueda cumplir, la ley eleva a esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derecho y obligaciones, o sea, una masa nueva que permanece idéntica no obstante el cambio de sus elementos. Con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad...” (MARTORELL, op. Cit., pág. 887; las letras negrilla y cursiva se suplen). En el Código Mercantil vigente, se dispone en el artículo 634, que: “... Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicomitados constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso...”. En ese entendido, resulta evidente que el patrimonio constituido para los efectos

del fideicomiso, sí responde por la condena civil, independientemente de la interpretación subjetiva que al respecto señalan los recurrentes”

“Si en la gestión del patrimonio fideicomitado, realizada por el fiduciario, se han generado obligaciones, es a él, en calidad de tal, a quien debe demandarse...”

“Los argumentos expuestos no resultan atendibles: Basta señalar, que el artículo 187 de la Ley de Tránsito dispone la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas que por cualquier título exploten vehículos con fines comerciales. El término “exploten”, como forma verbal, es la conjugación en tercera persona plural, del verbo “explotar” que – entre sus diversas acepciones - significa: “... 2.- Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio...” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, décimo novena edición, pág. 598, 1.970 Madrid); (la negrilla y la cursiva son suplidas). En ese entendido, es evidente que la F. M. M. S. A. explota el referido vehículo, en la medida en que lo utiliza para obtener utilidades en su quehacer mercantil como empresa crediticia y en ese entendido, es que en su condición de fiduciaria, responde solidariamente con el conductor y no como de manera incorrecta se ha señalado en la impugnación, por ser una: “... empresa dedicada al transporte de personas” (ver folio 647). Cabe aclarar sin embargo, que dicha responsabilidad -acorde con todo lo antes expuesto- no está referida a la totalidad de su

patrimonio, sino al contenido del patrimonio autónomo constituido por la entidad para los efectos del contrato de fideicomiso (confrontar folios 325 a 331) y en ese sentido, corresponde declarar con lugar el recurso por el fondo. Se casa parcialmente la sentencia – únicamente - en cuanto fija la responsabilidad solidaria de la empresa F. M. M. S. A., que se entiende limitada al valor de los bienes por los que se constituyó el fideicomiso. En todo lo demás, permanece incólume el fallo recaído en autos”.

De la normativa y jurisprudencia antes mencionada puede extraerse lo siguiente:

- Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso
- Existe una transmisión temporal del dominio sobre el bien dado en fideicomiso a favor del fiduciario.
- Propiedad fiduciaria implica un dominio imperfecto y revocable
- Fiduciario administra y custodia los bienes dados en fideicomiso
- La responsabilidad por daño ambiental es “propter rem” o sea ambulatoria e inherente a la propiedad de la cosa.
- Que a pesar de no existir norma expresa en el ordenamiento jurídico costarricense que limite o restrinja de alguna forma la responsabilidad del fiduciario por daños a terceros, la jurisprudencia se ha encargado del tema, disponiendo que la

responsabilidad no está referida a la totalidad de su patrimonio, sino al contenido del patrimonio autónomo constituido por la entidad para los efectos del contrato de fideicomiso.

En consecuencia, el deber de diligencia obligaría a la entidad financiera que actúa como fiduciaria a cerciorarse si los bienes fideicomitidos contienen elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental, a ser diligente en su administración y custodia, a incurrir en los gastos que sean necesarios con el fin de evitar o impedir su incidencia en el deterioro ambiental, y en la medida de lo posible, descargar la responsabilidad sobre asegurador mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil que proteja el patrimonio autónomo del fideicomiso.

6. Responsabilidad por daño ambiental de las entidades financieras derivado del contrato de leasing.

Entidad financiera da en arrendamiento vehículo automotor y el arrendatario se ve envuelto en accidente de tránsito donde es considerado autor responsable de la colisión que genera daños ambientales

Para determinar la responsabilidad del arrendante por daños causados a terceros a través del bien dado en alquiler (vehículo automotor) se hace necesario acudir a la normativa general de responsabilidad civil referida a la materia de tránsito.

El artículo 7 de ley de Tránsito por vías Públicas Terrestres dispone que en todo hecho de tránsito, en el cual se encuentre involucrado un vehículo, el propietario

registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo, aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. Para determinar la responsabilidad civil solidaria del propietario, la gestión se realizará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 y siguientes de esta Ley.

Por su parte, el numeral 188 del mismo cuerpo normativo establece los supuestos de responsabilidad solidaria del propietario registral respecto al conductor:

Responderán solidariamente con el conductor:

- El dueño de un vehículo que permita que lo conduzca una persona carente de la respectiva licencia o bajo los efectos del licor o drogas enervantes.
- Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público.
- El propietario que permita que las placas de su vehículo sean utilizadas por otro vehículo al que no le han sido asignadas, o no las entregue a la Dirección General de Transporte Público, para su custodia, si el vehículo al que le fueron asignadas, queda imposibilitado permanentemente para circular.

- Toda persona física o jurídica que importe, ensamble, produzca o comercialice vehículos automotores, en caso de que el accidente de tránsito tenga como causa la omisión, en el vehículo o vehículos involucrados en el hecho de tránsito, de las respectivas medidas de seguridad, comprendidas en el artículo 31 de esta Ley.
- El dueño de un vehículo que obligue o permita la circulación con exceso de carga por parte de vehículos de carga liviana y pesada, de acuerdo con los parámetros establecidos en la respectiva reglamentación.

Respecto a la responsabilidad civil de quienes “exploten” vehículos con fines comerciales, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 866 de las 10:30 horas del 30 de agosto de 2002 determinó:

“Basta señalar, que el artículo 187 de la Ley de Tránsito dispone la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas que por cualquier título exploten vehículos con fines comerciales. El término “exploten”, como forma verbal, es la conjugación en tercera persona plural, del verbo “explotar” que – entre sus diversas acepciones - significa: “... 2.- Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio...” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, décimo novena edición, pág. 598,

1.970 Madrid); (la negrilla y la cursiva son suplidas). En ese entendido, es evidente que la Financiera Más Por Menos S.A. explota el referido vehículo, en la medida en que lo utiliza para obtener utilidades en su quehacer mercantil como empresa crediticia y en ese entendido, es que en su condición de fiduciaria, responde solidariamente con el conductor y no como de manera incorrecta se ha señalado en la impugnación, por ser una: “... empresa dedicada al transporte de personas” (ver folio 647).

De lo anteriormente expuesto se extraen las siguientes conclusiones³⁶:

- De acuerdo con la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y la jurisprudencia que la informa, la regla general de responsabilidad civil del propietario del vehículo causante de daños derivados de un accidente de tránsito de o un delito consiste en que el dueño del automotor solamente responde con el valor del automóvil por los daños materiales y morales causados al damnificado. Se trata de una responsabilidad civil restringida que tiene fundamento normativo en los artículos 7, 189, 193 y 194 de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y con base en ellos la jurisprudencia ha indicado que el propietario solamente responde por los daños causados hasta por el valor del automotor, el cual se constituye en una garantía total o parcial de la indemnización que fije el Juez.

³⁶ Al respecto puede consultarse a: López Casal, Yury, La Responsabilidad Civil Extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o de un delito, Revista Judicial número 97, Costa Rica, accesible en la siguiente dirección: <http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/revista%20judicial/revista%2097/index.htm>.

- La excepción a la regla general de responsabilidad civil restringida que la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres impone sobre el propietario del vehículo causante del daño se encuentra en los supuestos que establece el numeral 188 de la Ley especial mencionada. En las hipótesis previstas en esa norma, el propietario del vehículo responde de manera solidaria (junto con el conductor del vehículo que fuera encontrado culpable del accidente de tránsito o del delito), plena (con la universalidad de su patrimonio) y con el valor total de los daños que el Juez le conceda al damnificado.
- Requisito constitutivo de la responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 1048 párrafo quinto del Código Civil y de la responsabilidad civil solidaria que establecen los artículos 188 inciso b) de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres y 137 inciso 1) del Código Penal de 1941, que son Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971 es la explotación del vehículo causante del percance de tránsito o del delito, explotación que impele la utilización del automotor para obtener una ganancia, lucro o utilidad de un negocio o industria en provecho propio. La explotación del automotor es un requisito que debe

probar el damnificado por tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, de conformidad con el artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil.

A raíz de lo anterior, siendo la entidad financiera la propietaria registral del bien dado en arrendamiento y quien lo explota con fines de lucro, ésta sería objetiva y solidariamente responsable junto con el arrendatario de los daños ambientales generados como consecuencia del uso del bien arrendado, respondiendo ambos con la universalidad de sus patrimonios, razón por la cual, el deber de diligencia llevaría a las entidades financieras arrendantes de vehículos, a descargar la responsabilidad sobre compañías aseguradoras mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil.

III. LA DEBIDA DILIGENCIA AMBIENTAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN COSTA RICA, OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES PARA SU CUMPLIMIENTO.

Partiendo del hecho que los bancos son facilitadores de los recursos para actividades, obras y proyectos susceptibles de ocasionar daños ambientales y que a la vez, en su normal giro comercial realizan una serie de actividades que podrían afectarlo, y considerando:

- La introducción del concepto de responsabilidad social corporativa y las normas ISO 26000³⁷;

- Los Principios del Ecuador que integran la gestión social y ambiental a la financiación de grandes proyectos de desarrollo³⁸;
- La actual normativa ambiental sobre responsabilidad por daño ambiental;
- Obligaciones “socio-ambientales” establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley de Banca para el Desarrollo y otras normas propias del sector financiero
- Repercusiones económicas que acarrea el cierre temporal o definitivo de las actividades financiadas por actuaciones u omisiones del cliente violatorias a la normas ambientales; o bien, la pérdida de valor de los bienes dados en garantía a raíz de un evento de contaminación.
- La caída en la imagen y pérdida de reputación de las entidades financieras ante sus clientes, acreedores, accionistas, administración pública

y público en general a raíz de la pérdida o disminución de solvencia del prestatario por inversiones imprevistas por acontecimientos medioambientales adversos;

hace necesario un reforzamiento sustancial del deber de diligencia ambiental de las entidades financieras procurando que su gestión interna y externa sea desarrollada de una forma social y ambientalmente responsable.

A continuación se exponen una serie de observaciones y recomendaciones generales que facilitarían el cumplimiento del “due diligence ambiental” de las entidades financieras.

1. La incorporación de cláusulas ambientales o “green clauses”

Las cláusulas ambientales condicionan la eficacia del contrato de préstamo, su

37 La responsabilidad social es aquella que asegura la ética y la transparencia de una organización ante el impacto de sus decisiones y actividades en la sociedad y el ambiente. La norma ISO 26000 establece siete principios para regir la responsabilidad social. Su aplicación es voluntaria y a diferencia de las normas ISO 9000 y ISO 14000, no certifica la operación de una entidad. ISO 26000 es un estándar para la transparencia y la competitividad de cualquier organización. En su principio número 4 dispone que se debe promover y aplicar medidas que eviten a la organización impactar el ambiente. Si contamina, debe pagar por ello.

38 Los Principios de Ecuador son un conjunto de guías o directrices elaborados por los bancos que rigen sus acciones en la gestión de temas sociales y ambientales ligados a la financiación de grandes proyectos de desarrollo. Nacieron en el 04 de junio del 2003, cuando diez bancos de siete países anunciaron su adopción. Los bancos suscriptores se comprometen a aplicar los Principios de manera global en todos los sectores industriales, principios que se basan en las políticas y guías del Banco Mundial y de la Corporación Financiera Internacional (IFC), la agencia que los ha impulsado. Para su implementación y puesta en aplicación, cada uno de las entidades financieras suscriptoras deben adoptar sus propias políticas y procesos internos. Los bancos se comprometen a otorgar créditos únicamente para proyectos cuyos patrocinadores demuestren, a satisfacción del banco, su capacidad y buena voluntad para adoptar ciertos procesos y asegurar que se ejecuten de manera socialmente responsable y con buenas prácticas de dirección ambiental. Bajo los Principios de Ecuador, los proyectos se catalogan en base a sus impactos sociales y ambientales en tres categorías: alto, medio y bajo impacto. Los Principios Ecuatoriales fueron objeto de revisión en el año 2006 por parte de IFC, siendo los principales cambios los siguientes:

- Los Principios se aplican a todas las financiaciones de proyectos con costos de capital superiores a 10 millones de dólares. Este umbral se disminuyó de los anteriores 50 millones de dólares.
- Los Principios también se aplican ahora a las actividades de asesoría de financiación de proyectos.
- Los Principios revisados ahora cubren específicamente mejoras o expansiones de proyectos existentes en los que los impactos ambientales o sociales adicionales son importantes.
- El enfoque para la aplicación de los Principios en países con altos estándares ambientales y sociales se ha hecho más eficiente.
- Ahora se requiere a cada entidad financiera que haya adoptado los Principios Ecuatoriales que informe el progreso y desempeño de la implementación de estos Principios anualmente.
- Los Principios Ecuatoriales revisados incluyen estándares sociales y ambientales más estrictos y mejores, incluyendo estándares de consulta pública más sólidos.

desembolso o mantenimiento, al cumplimiento por parte del deudor de los requerimientos exigidos por la normativa ambiental, así como de aquellos exigidos por la propia política y procedimientos ambientales internos de la entidad financiera prestataria.

Mediante su estipulación dentro de los distintos contratos financieros, la entidad crediticia se asegura:

- El cumplimiento de las leyes, reglamentos y permisos ambientales locales y estatales.
- Control del uso efectivo de los recursos crediticios
- La realización de inspecciones, auditorías ambientales, toma de seguros,³⁹ etc.,
- Vencimiento anticipado del plazo de la obligación crediticia ante incumplimientos de la normativa ambiental o de cualquiera de las obligaciones ambientales pactadas expresamente en el contrato financiero.
-

Este tipo de estipulaciones contractuales encuentran asidero jurídico en la propia Ley

Orgánica del Sistema Bancario Nacional⁴⁰, que específicamente en su artículo 64 dispone que los planes de inversión de los créditos pueden ser objeto de control por parte de los bancos, siendo que cuando éstos comprueben que los fondos han sido destinados a fines distintos de los especificados sin que hubiere mediado previo acuerdo u autorización expresa por parte del ente financiero, los bancos acreedores se encontrarían facultados a dar por vencido el plazo de la obligación. Además, la misma norma autoriza a las entidades bancarias a reglamentar las hipotecas que garanticen créditos abiertos, conforme a lo estipulado en el artículo 414 del Código Civil.

El objetivo final de las cláusulas ambientales es el de prevenir el daño ambiental que podrían eventualmente generar todas aquellas actividades, obras y proyectos que gozan del financiamiento otorgado por parte del ente crediticio, y a la vez, ser un escudo protector de la imputación de responsabilidad, en el entendido que el reforzar su deber de diligencia convierte a la entidad financiera, ante un suceso de daño ambiental causado por su deudor, en un tercero no colaborador y por tanto, excluido de la responsabilidad solidaria y por omisión propia de la materia ambiental.

39 Mediante los seguros ambientales las empresas trasladan parcialmente a las aseguradoras los riegos a los que se ven expuestas en sus actividades cotidianas que puedan alterar o menoscabar el medio ambiente, a cambio de una prima. De esta forma la asunción de riesgos por los daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa corresponde a los responsables de la misma y no a la víctima o, en último término, a la sociedad. Se trata de una alternativa mucho más limitada y menos expedita que los fondos de compensación ambiental, ya que estos últimos permiten resolver los problemas de daños por contaminación, aún los causados por el normal funcionamiento de las instalaciones, por contaminación crónica, por contaminación originada en el pasado o por contaminación originada en una infracción a la ley, todos ellos generalmente excluidas de la cobertura de los seguros por daño ambiental.

40 Número 1644 del 25 de setiembre de 1953

2. Debida diligencia de las entidades financieras en el otorgamiento de créditos

La adopción de una política y procedimientos ambientales internos dentro del ente financiero tendría como resultado que su propia gestión, así como los proyectos, obras o proyectos que financia, sean desarrollados de una forma socialmente responsable y reflejar prácticas de gestión ambiental sanas y eficientes, evitando a toda costa impactos ambientales y sociales negativos, o bien en el peor de los casos, reduciéndolos, mitigándolos y compensándolos de manera adecuada.

El fin último es la prevención del daño ambiental y la minimización de riesgos derivados de su responsabilidad, ello implicaría una prohibición total de financiamiento de todas aquellas actividades, obras o proyectos riesgosos, contaminantes o contaminados, así como de toda participación en la operación de este tipo de proyectos, ya sea como administrador, socio o copropietario.

La propia ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en sus numerales 73 y 108, prohíbe expresamente a los bancos comerciales:

- Realizar operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios;
- Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no

sean indispensables para su normal funcionamiento.

- Otorgar créditos para industrias cuyo funcionamiento, a juicio exclusivo suyo, no sea provechoso para la economía nacional o no presente posibilidades financieras satisfactorias;
- Otorgar créditos cuando los promotores de la industria no posean la debida capacidad industrial y técnica para su eficaz operación.

Por el contrario, la Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 113 crea una cartera crediticia dentro del Sistema Bancario Nacional destinada a financiar los costos de la reducción de la contaminación de los procesos productos, y la ley del Sistema de Banca para el Desarrollo⁴¹ impulsa y promueve el financiamiento de proyectos viables y factibles técnica, económica, legal, financiera y ambientalmente, mediante la implementación de mecanismos crediticios, avales, garantías y servicios no financieros y de desarrollo empresarial; otorgándole tratamiento preferencial los proyectos viables y factibles que incorporen o promuevan el concepto de producción más limpia, entendiéndose como una estrategia preventiva integrada que se aplica a los procesos, productos y servicios, a fin de aumentar la eficiencia y reducir los riesgos para los seres humanos y el ambiente.

La debida diligencia ambiental obliga al ente financiera a tomar acciones preventivas previas al otorgamiento del crédito, durante su vigencia e incluso, durante su ejecución judicial o extrajudicial.

41 Número 8634 del 23 de abril de 2008

2.1 Previo al otorgamiento

- Exigir información sobre destino del crédito.
- Determinar si la actividad, obra o proyecto a financiar es viable y factible técnica, económica, legal, financiera y ambientalmente;
- Corroborar que el solicitante posea la debida capacidad industrial y técnica para su eficaz operación.
- Determinar si la actividad, obra o proyecto es sujeta a realización de un Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), así como todos los permisos y licencias ambientales requeridas.
- Exigir la obtención de todos y cada uno de los permisos ambientales necesarios para realizar la actividad, obra o proyecto propuesto.
- Exigir declaraciones juradas y garantías respecto al cabal cumplimiento de la normativa ambiental.
- Imponer cláusulas verdes dentro del contrato financiero que prevean el vencimiento anticipado de la obligación crediticia ante el incumplimiento de la normativa ambiental o de las obligaciones ambientales contraídas en el mismo contrato crediticio.

2.2. Durante la vigencia del crédito

- Inspeccionar y darle seguimiento continuo y sistemático a la actividad,

obra o proyecto incluyendo el cierre de operaciones, con el fin de corroborar la aplicación de los fondos y cumplimientos ambientales tanto de la normativa como de los compromisos adquiridos contractualmente mediante las cláusulas ambientales.

- Requerir la presentación sistemática de los informes ambientales (realizados por el regente o responsable ambiental del proyecto) durante las obras y hasta la cancelación del crédito.
- Llevar un control de la vigencia de todos y cada uno de los permisos y licencias ambientales exigidos por la normativa ambiental.
- En la medida de lo posible exigir la contratación de seguros de responsabilidad civil.

2.3 Durante la ejecución del crédito

- Obrar como “buen padre de familia” respecto a los bienes en posesión a raíz de Depósito Judicial
- No utilizar la cosa dada en depósito.
- Dar aviso al depositante (juez) sobre perturbaciones a la posesión o despojo de la cosa dada en depósito.
- Evitar e impedir que la cosa dada en depósito cause daños ambientales
- Investigar previo a adjudicación de un bien judicial o extrajudicialmente si contiene elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental

- Ejercer estricto control sobre los bienes adjudicados (acción y omisión) durante el periodo previo a su venta.
- Informar al comprador del bien de los elementos susceptibles de originar daños ambientales

3. Debida diligencia durante el ejercicio del contrato de depósito (judicial o contractual) o la tenencia temporal de bienes contaminantes o contaminados.

Dado que el depositario (entidad financiera) asume todos los riesgos de la cosa dada en depósito una vez que aceptó y recibió el depósito, la debida diligencia lo obliga a:

- Obrar como “buen padre de familia” respecto a los bienes en posesión a raíz de Depósito Judicial
- No usar la cosa dada en depósito
- Dar aviso al depositante (juez) sobre perturbaciones a la posesión o despojo de la cosa
- Evitar e impedir que la cosa dada en depósito cause daños ambientales (gastos de conservación)
- Incurrir en todos aquellos gastos con el fin de prevenir y evitar que la cosa dada en depósito cause daño ambiental.

El deber de diligencia también se extiende a la autoridad judicial, quien debe determinar, previo a otorgar en depósito, si el bien es

susceptible de causar daños ambientales, y escoger a la persona idónea para su conservación y cuidado, caso contrario, el juez, el Poder Judicial y el depositario, serían solidariamente responsables del daño que llegase a acontecer.

4. Debida diligencia al adjudicarse judicial o extrajudicialmente bienes muebles o inmuebles.

Previo a la adquisición judicial o extrajudicial de bienes muebles o inmuebles, la entidad crediticia debe cerciorándose que los mismos no contaminen o se encuentran contaminados, o bien, poseen características que los haga susceptibles de causar daños al medio ambiente, ya que mediante su compra/adjudicación se adquiere a la vez, la responsabilidad sobre los mismos y con ello, el deber de recomposición ambiental.

De esta forma, el deber de diligencia exige a las entidades financieras ejercer un estricto control, fiscalización y monitoreo sobre los bienes muebles o inmuebles que lleguen a formar parte de su patrimonio, independientemente que su dominio y administración sea temporal, caso contrario, les sería extensiva la responsabilidad solidaria por daño ambiental, en este caso por omisión.

5. Debida diligencia al vender bienes

Tanto el principio de buena fe como la debida diligencia, obligan a la entidad financiera a informarle al comprador del estado de la cosa, previo a la celebración de la compra-venta, y a ponerlo sobre aviso respecto a los problemas ambientales que posee o puede llegar a generar.

6. Debida diligencia al actuar como fiduciario o fideicomitente

El deber de diligencia obliga a la entidad financiera que actúa como fiduciaria a cerciorarse si los bienes fideicomitidos contienen elementos o calidades susceptibles de originar daño ambiental, a ser diligente en su administración y custodia, a incurrir en los gastos que sean necesarios con el fin de evitar o impedir su incidencia en el deterioro ambiental, y en la medida de lo posible, descargar la responsabilidad sobre asegurador mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil que proteja el patrimonio autónomo del fideicomiso.

Además, cuando actúe como fideicomitente, debe de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y pedir su remoción cuando proceda, caso contrario, se le extendería la responsabilidad por daño ambiental

7. Debida diligencia al actuar como arrendante en contrato de leasing

Al estado actual de la responsabilidad contemplada en la ley de tránsito, el deber de diligencia llevaría a descargar la responsabilidad sobre compañías aseguradoras mediante la suscripción de pólizas de responsabilidad civil.

A manera conclusión, se considera de vital importancia potenciar el “due diligence ambiental” de las entidades financieras procurando que su propia gestión, así como los proyectos que financian, sean desarrollados de una forma socialmente responsable y reflejen prácticas de gestión ambiental sanas

y eficientes, evitando a toda costa impactos ambientales y sociales negativos, o bien su significativa reducción, mitigación y compensación.

BIBLIOGRAFIA

- Alegría, Héctor, Economía, Medio Ambiente y Mundo Financiero, en la obra conjunta Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, Abeledo Perrot, 1997, Argentina.
- Alvarez Vianna, J.R., A responsabilidade solidária das instituições financeiras por danos ambientais, accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca.htm>
- Cafferatta, Néstor, Prueba y nexo de causalidad en el Daño Ambiental, en obra colectiva, Volumen 3, “Meio Ambiente e Acesso à Justiça”, Homenagem a Vladimir PASSOS DE FREITAS, 11º Congreso Internacional de Direito Ambiental, 27 de Maio a 1º de Junho de 2007, Sao Paulo, Brasil, Instituto O Direito po um Planeta Verde, Imprensa Oficial do estado de Sao Paulo.
- Cafferatta, Néstor, Daño Ambiental Jurisprudencia, en Revista Jurídica La Ley. Año LXIII, número 131, Buenos Aires, 2003.
- Cafferatta, Néstor., La prueba en el daño ambiental, publicado en la Revista Brasileira de Direito Ambiental, enero/marzo 2005, Editora Fiuza, vol 01, año 01.
- Cafferatta, Néstor, El principio de prevención en el Derecho Ambiental,

en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.

- Cafferatta, Néstor, Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, número 0, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexos, Argentina.
- Cafferatta Néstor, Proceso Colectivo Ambiental a la luz de la Ley 25675 General del Ambiente, en Revista de Direito Ambiental, año 8, enero – marzo 2003, Editora Dos Tribunais, Brasil.
- Gómez, Héctor, La Responsabilidad de las Entidades Financieras en los requisitos de capital mínimo y en la gestión de riesgos, Madrid, 2004, accesible en: http://www.financialtech-mag.com/_docum/03_documento.pdf
- López Casal, Yury, La Responsabilidad Civil Extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o de un delito, Revista Judicial número 97, Costa Rica.
- Montes Vásquez, Jenny, Ecoeficiencia: una propuesta de responsabilidad ambiental empresarial para el Sector Financiero Colombiano, Tesis para optar por el título de Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Medellín, 2008, accesible en: http://www.ecobanking.com/PT/publicaciones/instituciones_academicas/Tesis-JMontes.pdf
- Peña Chacón, Mario. Avance Jurisprudencial en materia de responsabilidad por daño ambiental.

Junio 2002, publicado en la Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, agosto 2002, número 86, México.

- Peña Chacón, Mario. Desarrollo Jurisprudencial de la Responsabilidad por Daño Ambiental en Costa Rica, publicado en Revista de Direito Ambiental de Brasil, número 28, año 7, edición de octubre – diciembre de 2002, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, edición del mes de setiembre de 2002, número 87, México.
- Peña Chacón, Mario. La Jurisdicción Ambiental en el Nuevo Código Procesal General, Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho” Universidad de Sevilla, España, diciembre 2002, www.cica.es/aliens/gimadus/, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, enero 2003, número 91, México.
- Peña Chacón, Mario. La legitimación procesal en el derecho ambiental, el caso de Costa Rica, Revista Jurídica Lex difusión y análisis, año VII, marzo 2003, número 93, México. Revista de Direito Ambiental, año 8, enero-marzo 2003, número 29, Brasil.
- Peña Chacón, Mario. Daño, responsabilidad y reparación del ambiente. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, agosto 2006, Costa Rica, segunda edición Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo SICA-CCAD, octubre 2009, accesible también en la página web del Centro de Derecho

Ambiental de la UICN: http://www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/CEL10_PenaChacon03.pdf

- Peña Chacón, Mario. Reparación y valoración económica de la daños causados al medio ambiente, Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 12-13, diciembre 2005, España, www.cica.es/aliens/gimadus/, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 18 de abril de 2006, año IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp
- Peña Chacón, Mario y Ojeda Mestre, Ramón. Análisis crítico del proyecto de ley de responsabilidad civil por el daño y el deterioro ambiental, Revista Lex difusión y análisis, año VIII, enero 2004, número ciento tres, México, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, martes 20 de junio de 2006, año IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp
- Peña Chacón, Mario. Los principios de la responsabilidad ambiental a la luz de la jurisprudencia administrativa del Tribunal Ambiental de Costa Rica, Revista Lex Difusión y Análisis, año VIII, abril 2004, número 106, México, y en elDial.com Biblioteca Jurídica Online, Suplemento Derecho Ambiental, lunes 24 de abril de 2006, año IX, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp

- Peña Chacón, Mario. Directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental de la comunidad europea, un análisis de su relación con la prevención y la reparación de los daños ambientales y los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental, en Revista UAI Sustainabilidad, Universidad Abierta Interamericana de Buenos Aires, número 9, junio 2010, Argentina, accesible en: http://www.sustentabilidad.uai.edu.ar/pdf/uaisreview/UAIS_no9_jun_2010.pdf.
- Peña Chacón, Mario. Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contencioso administrativa, en el Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Ambiental, enero 2008, Año X, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp, en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, febrero 2008, número 152, México; en Hermenéutica, Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, número 16, noviembre 2008, Costa Rica; Revista Judicial número 97, setiembre 2010, San José, Costa Rica; Revista Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 06, año 03, Perú.
- Peña Chacón, Mario. Daño ambiental y prescripción en Revista Derecho Ambiental y Ecología, número 29, febrero-marzo 2009, México; en el Dial.com, Biblioteca Jurídica Online,

Suplemento de Derecho Ambiental, febrero 2009, Año XI, Argentina, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental.asp; en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, febrero 2009, número 164, México; Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”, Universidad de Sevilla, número 19, junio 2009, España, www.cica.es/aliens/gimadus/; en Revista de Derecho Ambiental número 21, enero-marzo 2010, editorial Abeledo Perrot, Argentina 2010.

- Peña Chacón, Mario. Daño moral colectivo de carácter ambiental, en revista Lex Difusión y Análisis, año XII, marzo 2010, número 177, cuarto época, año XIV, México; en Revista Derecho Ambiental y Ecología, número 38, año 7, México, agosto 2010.
- Valls, Mario Francisco, Jurisprudencia ambiental –legitimación, Ugerman Editor, Buenos Aires, 2000.

- Vall, Mario Francisco, Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Valls, Mariana y Brill Rossana, Prevención y compensación frente al daño ambiental – El seguro Ambiental, en www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc
- Valls de Rossi, Mariana, Daño Ambiental, Responsabilidad por daño ambiental (quinta entrega), extraído de Edial.com, Biblioteca Jurídica Online, accesible en www.eldial.com.
- Velázquez de Palacios, Rosa, Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Limoges y Universidad Católica de Paraguay.

LAS SOCIEDADES PUEDEN DONAR

Prof. Alfonso Gutiérrez C.

Desde hace muchos años se ha venido sosteniendo en nuestro país, por varios órganos administrativos, especialmente la sección mercantil del Registro público que las sociedades mercantiles no pueden realizar actos título gratuito porque las mismas persiguen el lucro y son en consecuencia incapaces de hacerlo, a menos que los socios las autoricen expresamente a llevar a cabo tales actos.

Ambos argumentos son incorrectos y obedecen tanto a un desconocimiento de las normas de derecho mercantil como a ignorar los principios básicos en relación con las nociones de incapacidad.

Espero contribuir en algo a esta discusión y presentar al menos mi punto de vista al respecto.

1) SITUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE ACTUAL Y LA LEGISLACIÓN ANTES DE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1964.

El Registro Público ha sostenido desde hace mucho tiempo su peregrina tesis de que las sociedades mercantiles no pueden donar, al esbozarla puede ser que hayan estado pensando en la ya clásica sentencia de la antigua Sala Primera Civil, que al referirse al contrato de sociedad estableció como uno de sus principales elementos la repartición de utilidades entre los contratantes, dicha sentencia ciertamente estableció eso y dijo:

"Sala Primera Civil, a las 10:35 horas del 9 de setiembre de 1955:

... El contrato de sociedad supone la concurrencia de los elementos

siguientes: 1) Una agrupación de dos o mas personas; 2) una aportación de cada uno de los socios; 3) la intención de realizar un beneficio común y repartirlo; 4) la participación de cada uno en los beneficios y en las pérdidas; y 5) el consentimiento de las partes para formar sociedad. La diferencia entre una sociedad de derecho y una irregularmente constituida, comúnmente denominada de hecho, está en que esta última no se crea mediante la formalización de un contrato ..."

Pero se le ha olvidado al registro que dicha sentencia es del año 1955, cuando en Costa Rica regía la antigua Ley de Sociedades, la cual regulaba a las sociedades anónimas de acuerdo con un sistema sustancial,¹ sea se regulaba este tipo de sociedades en virtud de las actividades que realizaban, no de la

¹ Artículo 1 de la ley de Sociedades Comerciales (Ley No. 6 de 24 de noviembre de 1909) que indicaba: "Las sociedades mercantiles tienen por objeto el ejercicio de uno o varios actos de comercio. "

forma como se constituían, lo que implicaba que las sociedades comerciales eran tales en el tanto realizaran actividades comerciales, eran verdaderamente entes organizadores de actividades empresariales².

Pero con la promulgación del Código de Comercio en 1964, Código que rige desde el 1 de junio de 1964, la regulación de las sociedades mercantiles cambió radicalmente. A partir de ese día las mismas son sociedades formales, sea que no importa el tipo de actividades que realicen. Independientemente de las actividades que lleven a cabo, serán comerciales y también comerciantes las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita y las sociedades en nombre colectivo.

A los funcionarios del registro se les olvidó leer los artículos 5 inciso c) y 17 del Código de Comercio, y también están confundiendo objeto social, que significa actividad social, con fin social, que significa la persecución o no del lucro por una persona.

De esa conjunción de artículos se concluye lo que hace poco expresé, sea que en Costa Rica, independientemente de la actividad que realicen o del fin que persigan, son comerciales y son comerciantes las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita y las sociedades en nombre colectivo.

Al respecto, me permito transcribir la parte que interesa de los artículos citados:

ARTICULO 5: Son comerciantes:
...
c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, **CUALQUIERA QUE SEA EL OBJETO O ACTIVIDAD QUE DESARROLLEN;**

ARTICULO 17: Es mercantil, **INDEPENDIENTE DE SU FINALIDAD:**

- a) La sociedad en nombre colectivo;
- b) La sociedad en comandita simple;
- c) La sociedad de responsabilidad limitada; y
- d) La sociedad anónima. (Ni las mayúsculas ni las negrillas están en el original)

Vemos en consecuencia, que si son comerciales independiente del fin que persigan, por disposición expresa de la ley, las sociedades que allí se han enunciado, ello implica que lo serán, tanto si su fin es egoísta como si su fin es altruista. Por lo tanto, independiente del fin que persigan las sociedades que la ley ha catalogado como comerciales, no tienen que tener un fin egoísta, sea no tienen que pretender la obtención de lucro o ganancia, para ser catalogadas como sociedades mercantiles.

En cuanto a la mención que hace del objeto, es importante recalcar que la actividad que realice una sociedad no es importante para que las mismas sean o no mercantiles, ya que lo son por la forma, independientemente de la actividad que las mismas realizan. No tiene una sociedad que realizar actividad mercantil para ser tal, o para ser comerciante,

lo son con solo constituirse conforme a la forma que manda el Código de Comercio, ello al tenor del artículo 5 del Código de Comercio, en su inciso tercero. Lo anterior implica que no es relevante para que se catalogue como comerciantes, la actividad que las sociedades que se constituyan de acuerdo con los dictados del Código, realicen.

Pero en todo caso, el asunto no termina allí:

Es importante señalar que en relación con la facultad de donar de las sociedades, la misma no les está prohibido por ley, y en consecuencia tienen capacidad jurídica para hacerlo.

Conforme lo establece nuestra legislación, las sociedades inscritas en el Registro Público tienen personalidad jurídica, norma que encontramos en el artículo 20 del Código de Comercio.

Como consecuencia del otorgamiento por parte de nuestro sistema, de ese medio técnico-jurídico que les permite el desarrollo de todas las relaciones jurídicas que los socios y terceros llevarán a cabo³, las sociedades mercantiles tienen -como todos las personas jurídicas- capacidad jurídica. Al respecto establece el artículo 36 del Código Civil:

"La capacidad jurídica es inherente a toda persona durante su existencia de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad o por su incapacidad física o

legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas por la ley que las regula."

Para la comprensión de la noción de capacidad jurídica en las personas físicas, es esencial confrontar el texto del artículo transcrito, el cual fue modificado por la ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, y que correspondió al Código de Familia, con respecto al enunciado anterior, el cual decía:

"La capacidad jurídica o aptitud para adquirir derechos vy contraer obligaciones civiles es inherente a toda persona durante su existencia de un modo absoluto y general; pero se modifica y limita, en las personas civiles, por el convenio de que proceden o por la ley que las autoriza; y respecto de las personas físicas, por su estado civil, por su edad y por su incapacidad física o legal."

Lo anterior nos lleva a una conclusión esencial en esta materia, sea que la noción de incapacidad en las personas jurídicas antes de 1973 se podía producir, tanto por disposición legal como por el convenio de las partes que las constituían.

O sea, podían las partes en el caso de las sociedades mercantiles, establecer que esas sociedades no podían realizar determinados actos o negocios jurídicos, por la simple voluntad de los socios constituyentes.

Pero a partir de la reforma dicha, la noción de incapacidad para las personas jurídicas cambió radicalmente, ya que ahora no

2 Piras Antonio, Nuevas formas de organización de la actividad de empresa, Revista de Ciencias jurídicas N°38, 1979, p.176

3 Ferrara Francesco, Le persone giuridiche, UTET, Torino, 1956, p.51 a 61

pueden las partes establecer limitaciones a la capacidad de estos entes, puesto que a tenor del artículo 36 del Código Civil, la capacidad de las personas jurídicas solamente se limita por la ley.

Se restringió sustancialmente la noción de incapacidad de las personas jurídicas, ya que ahora solamente serán incapaces para la realización de actos o negocios que la ley impida hacer, sin que puedan las partes que las constituyen limitarles la realización de determinados actos o negocios.

2) DOCTRINA EXTRANJERA DOMINANTE INCLUSIVE EN LOS CASOS DONDE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL SIGUEN UN SISTEMA SUSTANCIAL.

Una posición similar tiene para el derecho italiano Graziani Alessandro, Diritto delle società, Morano Editore, Napoli, 1963, quien a página 59 expresa:

"Dadas estas premisas, la capacidad jurídica de la sociedad no es, en nuestra perspectiva, mas que un aspecto de la personalidad jurídica. Y para establecer si tal capacidad sea general, o mas bien sea -en cualquier medida- limitada, es necesario investigar se existe una norma expresa o implícita, de la cual se concluya una derogatoria, para la sociedad, del principio de la capacidad general; principio que, a falta de tal norma, debe encontrar plena aplicación."

En igual sentido, Ferri Giuseppe, Le società, UTET, Torino, 1971, p. 397, quien dice:

"El principio que rige en nuestro ordenamiento es aquel de la capacidad

general de la persona jurídica: esta es la capacidad general de llevar a cabo todos los actos que no presupongan ontológicamente una persona física."

En ordenamientos europeos, como el italiano, hasta civilistas que van desde Giorgi a Coviello hasta Ferrara, han reconocido a la persona jurídica plena capacidad de derecho y de ejercicio en relación con todas las relaciones que no presupongan la necesidad de la presencia de un sujeto persona física, como lo pone de relieve Enrico Zanelli, La nozione di oggetto sociale, Guiffre, Milano, 1962, p.380-381.

En congruencia con todo lo anterior, tenemos que encontrar una norma legal que establezca que las sociedades anónimas no puedan donar, para impedirles válidamente hacerlo. Creo que norma tal no existe en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que rige el principio general enunciado en la primera parte del artículo 36 del Código Civil citado, cual es que en el caso de las sociedades anónimas, la capacidad jurídica les es inherente durante su existencia de un modo absoluto y general. Para limitar dicha capacidad sería necesaria una ley que así lo haga. Ejemplos de incapacidades en las sociedades anónimas los encontramos en las disposiciones contenidas en el artículo 27 del Código de Comercio, mediante la cual se le impide a las sociedades hacer anticipos o préstamos, a los socios, sobre sus propias acciones o participaciones sociales; o la incluida en el artículo 129 del mismo Código, o la establecida en el artículo 637 de dicho código cuando establece que para ser fiduciario se tiene que estar autorizada expresamente la sociedad en su escritura social para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria.

Por lo tanto, a menos que le ley se lo prohíba, estableciendo una incapacidad, pueden las sociedades llevar a cabo todos los actos que no estén prohibidos.

En consecuencia, al no existir en nuestro ordenamiento norma que impida a una sociedad donar, condonar o cualquier otro negocio similar, las sociedades pueden hacer válidamente todos esos actos no prohibidos. No es posible establecer nociones de incapacidad por vía de interpretación, estas provienen o de la ley o de la naturaleza propia de los actos, lo que requieran ser llevados a cabo por una persona física, como sería por ejemplo adoptar, casarse, o actos patrimoniales que requieren antológicamente la presencia de una persona física, como el ejercicio de los derechos de uso y habitación.

La hipótesis de si una sociedad por acciones puede donar, fue debatida en Italia hace ya mucho tiempo, llegándose ahora a considerarse un problema superado, admitiéndose en forma genérica dicha posibilidad. Al respecto puede consultarse:

Graziani Alessandro, op. cit. p.60, quien establece: "En base a tal criterio es posible superar las dudas, puestas de manifiesto en el pasado, acerca de la capacidad de donar (que debe reconocerse en línea de principio a las sociedades ...)"

Dicha discusión fue terminada con la publicación del trabajo de Gerardo Santini, Profesor de Derecho de la Universidad de Bologna, denominado "Tramonto dello scopo lucrativo delle società di capitali", publicado en Studi in memoria di Domenico Pettiti, Vol.3, Guiffre, Milano, 1973 y el libro del Profesor

Giorgio Marasà: Le "società" senza scopo di lucro, Giuffrè.

Por su claridad, me permito citar a Franco Di Sabato, Profesor de la Universidad de Nápoles, quien en su obra Manuale delle Società, 2ed., UTET, Torino, 1987, en página 28 y 29 expresa:

"Aún en el plano funcional, se ha puesto de relieve la no esencialidad de la persecución concreta del lucro, al menos para las sociedades de capital: por un lado, en efecto, la falta del fin lucrativo no se ha indicado entre las causas de nulidad de la sociedad por acciones, taxativamente enumeradas en el artículo 2332; del otro lado, no se ha previsto ninguna sanción para la hipótesis en la cual una sociedad por acciones, válidamente constituida, no persiga de hecho el fin de lucro ..."

Como conclusión, contrario a la tesis del registro, las sociedades mercantiles si pueden donar y por supuesto cualquier otro acto que no tenga como supuesto la participación de una persona física o que exista norma expresa que le impida a las sociedades realizarlo, puesto que el lucro no es un elemento esencial de las mismas, al igual que pueden realizar todos los actos que la ley o la esencia propias de dichos actos no se lo impidan (todos aquellos actos que requieran necesariamente una persona física, tales como los actos propios del Derecho de Familia, o aún aquellos de contenido patrimonial que también lo requiera, como es el caso del uso y la habitación).

En definitiva, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que limite la capacidad de las sociedades mercantiles para donar, ni les manda que sus actividades tengan que ser lucrativas, sino todo lo contrario, al indicar en el artículo

17 del Código de Comercio que serán comerciales independientemente de su FINALIDAD la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.

Pero aún en el caso de que dicho artículo no hubiese indicado la palabra finalidad, sino que hubiese establecido actividad, tampoco existe

en nuestro ordenamiento sanciones para las sociedades que no persigan un fin lucrativo, ni esto ésta establecido como causa de disolución de las sociedades en el artículo 201 del Código indicado, ya que las sociedades en nuestro ordenamiento mercantil han sido concebidas como entes limitadores de la responsabilidad y no como entes organizadores de la actividad empresarial.

LA QUIEBRA TÉCNICA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Prof. Mariano Jiménez Zeledón

I. INTRODUCCION

El artículo 201 inciso c) del Código de Comercio establece como causal de disolución de una sociedad el siguiente hecho:

“La pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente”

Al anterior supuesto de disolución se le denomina contablemente como quiebra técnica, y aunque podría argumentarse que literalmente no debería haber duda de cuando acontece esta causal, la solución no es simple.

Sobre este tema no existe desarrollo doctrinario que permita orientación de cuándo exactamente una sociedad se ubica en el supuesto de disolución denominado quiebra técnica.

La norma establece como supuesto de hecho la “pérdida del cincuenta por ciento del capital social”, para lo cual debe determinarse primero, cuando se produce esa “pérdida”, lo cual puede prestarse a diversas interpretaciones.

El problema de interpretación del artículo 201 inciso c) del Código de Comercio consiste en determinar el momento en el cual una

sociedad se encuentra en el supuesto de quiebra técnica, es decir, si literalmente cualquier pérdida de la sociedad que iguale el 50% del capital social equivale a ubicarse en esta causal de disolución, o si más bien, se debe hacer referencia a una perdida de tal magnitud que consuma todo el patrimonio incluyendo parcial o totalmente el capital social; la ecuación contable a utilizar dependerá de la definición jurídica del tema.

Como consecuencia del lacónico desarrollo normativo de este tema, para su interpretación, se deben combinar conocimientos jurídicos y financieros para determinar el correcto sentido de la causal contenida en el inciso c) del artículo 201 del Código de Comercio, por lo que el objetivo de este ensayo consiste determinar los alcances de este instituto jurídico.

II. PATRIMONIO Y CAPITAL SOCIAL

En su tesis de grado para optar al título de licenciados en derecho, los autores Gutiérrez y Quirós señalaron que el artículo 201 inciso c) se encuentra mal redactado:

“...se deduce que el inciso c) del artículo 201 está mal redactado, pues a lo que hace referencia el legislador en tal norma es a la disminución del patrimonio de la sociedad por debajo del 50% del capital social; ya que conforme lo antes indicado, podría darse el caso de una sociedad que en el Registro

Público apareciere con cien millones de colones como capital social, y que en la realidad tuviera únicamente pasivos.”¹

Los autores parten de la distinción entre patrimonio y capital social para determinar que el artículo se encuentra mal redactado, dado que según ellos, debió utilizarse el concepto de patrimonio en lugar del de capital social, puesto interpretado literalmente las empresas se ubicarían fácilmente en este causal de disolución con cualquier pérdida de operación que supere el 50% del capital social, sobre todo si esta cifra es baja.

No obstante, consideramos que el artículo se encuentra bien redactado, por lo que únicamente se debe comprender bien la diferencia entre patrimonio y capital social para interpretarlo en forma correcta.

El patrimonio es un concepto más amplio que el de capital social, dado que esté último forma parte del primero:

“Mientras el capital es la cifra contable ...el patrimonio es, por el contrario, el conjunto efectivo de bienes de la sociedad anónima en un momento determinado. De tal forma, que mientras en el momento inicial o constitutivo ambos deben coincidir, en cualquier momento posterior a la fundación es seguro que, por el contrario, el valor del patrimonio

será mayor o menor (según se hayan obtenido beneficios o pérdidas, o se soporten o no en los efectos de la depreciación monetaria), que la cifra del capital. Por ello, mientras el patrimonio social aumenta o disminuye con gran facilidad, según cual sea la marcha de la explotación de la sociedad anónima, la cifra del capital suele mantenerse invariable, aun cuando puede aumentarse o reducirse siempre que se respete un procedimiento de rigurosas formalidades y garantías minuciosamente establecidas en la ley.”²

El patrimonio es el “conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social”.³ Desde un punto de vista contable, “se refiere a lo que realmente posee una persona física, empresa o institución, viene dado por la diferencia entre el Activo y las obligaciones que pesan sobre él (sic).”⁴

El patrimonio es dinámico y varía conforme a la marcha del negocio, dado que depende de la relación entre pasivos y activos en un momento dado.

Por otro lado, el capital social “es aquella cifra económica con contenido jurídico que se halla establecida dentro de los estatutos sociales. Esta cifra debe quedar determinada al momento de la constitución de la sociedad. A partir de entonces será fija y contará con una

regulación jurídica muy estricta en cuanto a su modificación”.⁵ “Contablemente se emplea para denominar la suma de las aportaciones a que se obligan los socios y que han pagado...”⁶

En su tesis para optar al título de licenciado en derecho, Hubert Steinvorth señaló lo siguiente:

“Hay diferencias sustanciales entre los conceptos de capital social y patrimonio social: el primero es la cifra aritmética o contable que representa el valor de las aportaciones realizadas más las prometidas por los socios y coincide con la suma del valor nominal de las acciones de la sociedad; y el segundo, es el conjunto de bienes y derechos realmente poseídos por la sociedad en un momento determinado. El patrimonio social es esencialmente mudable, pues sufre constantes oscilaciones de acuerdo a las operaciones diarias que realice la sociedad. Por el contrario, el capital social es inmutable, es fijo, salvo en caso de aumento o reducción realizado legalmente.”⁷

El capital social es un concepto jurídico y contable que expresa la cantidad aportada por los socios cuando constituyeron una sociedad:

“El concepto de “capital social” está vinculado estrechamente al concepto de “aportación”. El capital social se constituye precisamente con las aportaciones de los socios.”⁸

Manuel Broseta Pont ha señalado que desde un punto de vista jurídico:

“...el capital es una cifra de retención, porque al figurar como primera partida del pasivo impide que se repartan beneficios mientras el patrimonio de la sociedad no supere su cuantía.”⁹

La ecuación contable principal contiene tres elementos: activo, pasivo y patrimonio, por lo que el capital social no es una partida de pasivo, sino que es una partida de patrimonio. Por otro lado, indicar que el capital social es una “cifra de retención” no tiene fundamento jurídico ni contable en nuestro ordenamiento jurídico, aunque podría interpretarse esa frase como una alusión a las reservas de pasivo dado que “originan una erogación de efectivo” que permiten distribuir un gasto todos los meses, tal como las reservas sociales (aguinaldo, vacaciones, prestaciones legales, entre otras).¹⁰

Por tanto, existe una diferencia entre patrimonio y capital social: a) el primer concepto es dinámico dado que se modifica

1 Rafael Gutiérrez Jiménez y Juan Quirós Rojas, La disolución de la sociedad anónima en Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de grado para optar por el título de licenciados en derecho, 1987, p. 128.
2 Manuel Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., quinta edición, 1983, p.216.
3 Rodrigo Uria citado por Ana C. Rodríguez Rodríguez, El aumento y la disminución del capital social en las sociedades anónimas con base en la reforma de 1990 al Código de Comercio, tesis de grado para optar por el título de licenciada en derecho, 1996, p. 12.
4 Miguel S. Salas Hernández, Contabilidad Introdutoria, San José, ISAE, Tomo I, 1988, p. 42.

5 Rodríguez, op. cit., p. 14.
6 Guillermo Ramirez Saravia, Contabilidad de sociedades en costa Rica, San José, EUNED, Tomo II, 1985, p. 39.
7 Hubert Steinvorth Sauter, Capital social en sociedades de capital, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de grado para optar al título de licenciado en derecho, 1978, p. 27.
8 Steinvorth, op. cit., pp. 27-28.
9 Broseta Pont, op. cit., p. 215. Esta definición ha sido adoptada también por Gutiérrez y Quirós, op. cit., pp. 125 y 126, Steinvorth, op. cit., p. 17.
10 Miguel A. Salas Hernández y Alberto Camacho Víquez, Contabilidad Activa Intermedia, San José, ISAE, tomo III, tercera edición, 1995, p. 177.

conforme a los resultados del negocio o de la empresa, b) el segundo concepto es una cifra estática, solo modificable por acuerdo de los socios,¹¹ así como el hecho que el patrimonio comprende al capital social

III. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL INCISO C DEL ARTÍCULO 201

La diferencia entre patrimonio y capital social, necesariamente lleva a considerar que debe existir una diferencia entre el concepto de pérdida patrimonial y el concepto de pérdida de capital social, por lo que resulta necesario determinar cuando acontece cada una de estas pérdidas.

El inciso c) del artículo 201 del Código de Comercio establece que cuando se de una pérdida del 50% del capital social se incurre en una causal de disolución.¹²

De esta forma, la pérdida del capital social no se produce ante cualquier pérdida en el patrimonio, sino como seguidamente se describe:

- a) Primero, si la empresa obtiene utilidades no existe la posibilidad de considerar una quiebra técnica.
- b) Segundo, si la empresa obtiene pérdidas, se debe procede de esta otra forma:

- 1. Se suman las partidas del patrimonio diferentes a la del capital social, por ejemplo, la partida de pérdidas, utilidades no distribuidas, superávit por revaluación de activos, aportes extraordinarios de socios, entre otros; si el resultado de este ejercicio diera una cifra positiva, no se estaría ante una situación de quiebra técnica.
- 2. Si el resultado del anterior ejercicio diera una cifra negativa, es decir, se genere una pérdida patrimonial –con exclusión del capital social-, se compara este valor absoluto con el capital social, si el valor absoluto no supera al capital social en un 50%, no se estaría ante el supuesto del inciso c) del artículo 201 del Código de Comercio.

Un ejemplo numérico de esta situación sería el siguiente:

Utilidades no distribuidas	30	
Pérdida	-51	-21
Capital social	100	
Comparación de la pérdida frente al 50% del capital social	50 > /-21/	No existe quiebra técnica

11 El artículo 29 del Código de Comercio establece que no podrá obligarse a los socios aumentar el aporte convenido, ni a repornerlo en caso de pérdida, salvo pacto en contrario. Además, cualquier modificación del capital social requiere ser aprobado por una asamblea de socios dado que constituye una modificación al pacto constitutivo según los artículos 18 inciso 8) y artículo 19 del Código de Comercio.

12 “En Honduras y México, es causal de disolución de las sociedades mercantiles, la pérdida de las dos terceras partes del capital social.” Joaquín Rodríguez citado por Gutiérrez y Quirós, op. cit., p. 137.

- 3. En caso contrario, es decir, si la pérdida patrimonial -excluyendo al capital social- fuera mayor al 50% del capital social, se estaría en la situación de hecho del inciso c) del artículo 201 del Código de Comercio.

Un ejemplo numérico de esta situación sería el siguiente:

Utilidades no distribuidas	30	
Pérdida	-90	-60
Capital social	100	
Comparación de la pérdida frente al 50% del capital social	50< /-60/	Existe quiebra técnica

El supuesto de hecho del inciso c) del artículo 201 del Código de Comercio no implica que materialmente se tome en efectivo los recursos del capital social y se paguen obligaciones, sino que contablemente, la pérdida patrimonial (excluyendo el capital social) sea de tal magnitud que supera al capital social en un 50%.

Ante esto se genera la quiebra técnica como una ficción jurídico contable, importante eventualmente para efectos de responsabilidad frente a terceros de la sociedad, situación en la cual se cuenta con información para que

estos puedan determinar que los socios no pueden responder ante ellos ni con el capital social aportado a la empresa.

Por lo que en este caso, la causal de disolución solo se puede superar mediante el aporte de los socios –la reducción del capital social no es viable-, de tal forma, que se paguen o reduzcan las pérdidas para que la ecuación contable arroje un resultado en el cual la pérdida patrimonial supere al 50% del capital social.

De esta forma, no se requiere modificar la redacción del artículo 201 inciso c) del Código de Comercio, sino interpretar en forma adecuada cuando se esta frente a una perdida de capital social en los términos del supuesto de hecho de la norma en comentario.

IV. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD Y RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Con el desarrollo de la economía capitalista,¹³ hoy día esta claro que existe una distinción entre las personas físicas que conforman las sociedades, y estas últimas, como personas jurídicas independientes de aquellas, de forma tal que el patrimonio de las personas físicas es independiente del patrimonio de las personas jurídicas:

“...los accionistas sólo responden por el importe de su respectiva aportación,

13 Broseta Pont, op. cit., p. 58, sostiene que el derecho mercantil es anterior al sistema capitalista, aunque los principios de esté, informan la mayor parte de las instituciones jurídicas mercantiles. Estamos de acuerdo con su opinión, pero la creación de una persona jurídica como instrumento de negocios esta asociado al sistema capitalista a pesar de que se pueden encontrar antecedentes en el derecho romano fue hasta el Código de Comercio francés de 1807 que se consagra una regulación general de la actividad comercial de las sociedades, tal como lo sostiene Carlos Gilberto Villegas, Derecho de las Sociedades Comerciales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, quinta edición actualizada, 1992, pp. 11-12.

*lo que, en otras palabras, significa que por las obligaciones sólo responde la sociedad con su patrimonio...”*¹⁴

Sin embargo, las personas físicas sí responden por las deudas sociales de conformidad con el monto de sus aportes según lo dispuesto en el artículo 102 del Código de Comercio:

“En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones.”

Los accionistas responden con sus aportes en el capital social, dado que estos llegan a formar parte del patrimonio social, y por lo tanto, con base en el artículo 981 del Código Civil,¹⁵ la sociedad responde ilimitadamente frente a sus acreedores con su patrimonio.

Por lo tanto, no se puede interpretar diferente el artículo 201 del Código de Comercio cuando se refiere a la disolución de las sociedades y la pérdida del 50% del capital social, dado que este último, tiene una relación directa con la responsabilidad de los socios frente a terceros, puesto que responden con sus aportes que se materializan precisamente en el capital social:

“...tal carácter permisivo se justifica por dos motivos además de los señalados: no permitirá a las empresas continuar

*sus actividades con un capital inferior al cincuenta por ciento del capital constitutivo o cuando se encuentren en un receso de actividades por no haberse logrado o consumado el objeto social; y que los terceros contratantes no sufran perjuicio cuando contraten con una sociedad que se halle en los casos señalados.”*¹⁶ (Luis Vargas Flores, 1968)

Sin embargo, el hecho que contablemente la empresa se encuentre en el supuesto de hecho de quiebra técnica, podría ser de interés para los eventuales acreedores, pero salvo que se trate de un acreedor bancario¹⁷ que puede solicitar acceso a los estados financieros, la quiebra técnica no pasa de constituir un elemento formal jurídico contable, puesto que resulta de mayor interés el hecho tener presente el conjunto de bienes inmuebles y muebles de la empresa (activos), que representan la mejor garantía frente a los terceros.

V. QUIEBRA TÉCNICA Y OPERACIONES DE CREDITO

El capital social consiste en la suma de las aportaciones a que se obligan los socios y que han pagado, por lo que la consecuencia legal de la quiebra técnica consiste en la eventual disolución de la sociedad y el posterior proceso de liquidación; contablemente este último proceso generará un estado de liquidación en

el que se presenta la situación financiera de la empresa.

La quiebra técnica por tanto se refiere a una pérdida de patrimonio que incide financieramente sobre los índices de estabilidad¹⁸ de la empresa, pero no afecta la proyección de los flujos de caja para examinar en mediano y largo plazo la viabilidad financiera del proyecto.

Debe tenerse en cuenta el artículo 851 del Código de Comercio que establece cuáles son los supuestos para la declaratoria de quiebra de una sociedad, entre ellos se encuentra la solicitud del deudor (inciso a) o de un acreedor (inciso b).

La quiebra técnica de una sociedad no necesariamente conlleva un proceso de disolución y eventual liquidación de la empresa, dado que para esto, se requiere una gestión de parte del deudor o de alguno de los acreedores.

En esta dirección, resulta posible en materia de otorgar financiamiento a una empresa que cae en el supuesto contable de quiebra técnica, dado que el enfoque primario que se utiliza en esta materia consiste en el análisis financiero para determinar la capacidad de pago a través de los flujos operativos y medir la capacidad de recuperación del crédito, lo cual no se ve afectado por el hecho patrimonial de la pérdida de capital social.

En general, el problema que presenta la quiebra técnica de una empresa solicitante de

crédito no es de responsabilidad sino de riesgo, junto con el análisis de otros factores (contrato de comercialización, estado agronómico de la finca, tipos de pasivos, tipos de activos, entre otros) dado que eventualmente la empresa se coloca en una situación que puede llevar a la disolución y liquidación.

En el análisis de crédito, la quiebra técnica incidirá en el análisis financiero de estabilidad de la empresa, pero no resulta el único elemento a tomar en cuenta, dado que incluso, una empresa puede encontrarse sin problemas de quiebra técnica, pero carecer de una comercialización asegurada, lo que incidiría directamente en los flujos de efectivo de la empresa y su posibilidad de atender pasivos de corto plazo.

Por lo tanto, otorgar un crédito a una empresa en estado de quiebra técnica no conlleva como consecuencia inmediata la responsabilidad de quien lo aprueba, sino que es uno de los elementos adicionales de riesgo que deben tomar en cuenta los analistas financieros dado que se trata de una situación contable irregular, pero subsanable, y está claro que cuando se analiza una solicitud se deben tomar todos los elementos de hecho en relación con la situación de la empresa gestionante del crédito.

VI. CONCLUSIÓN

Quando en el artículo 201 inciso c) del Código de Comercio se hace referencia al capital social, no debe interpretarse como patrimonio, dado que se trata de dos

14 Brunetti citado por Rodríguez, op. cit., p. 22.
15 Esta norma establece: “Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas.”
16 Luis Vargas Flores, La disolución de las sociedades mercantiles, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de grado para optar al título de licenciado en derecho, 1968, p. 15.
17 Un acreedor cualquiera como un proveedor estará en desventaja frente a un acreedor bancario para tener acceso a los estados financieros de una empresa compradora, sin embargo, en el mundo de los negocios le interesa más el flujo de caja de esta y su capacidad de pago, así como las garantías que ofrece, que un aspecto formal jurídico contable.

18 “Son aquellos índices que miden elementos que afectan la estabilidad de la empresa en la actualidad y hacia el futuro, tales como el nivel de endeudamiento, la cobertura y respaldo de las deudas de corto plazo con los activos circulantes, el nivel de pasivo en moneda extranjera y el impacto de la carta de gastos financieros.” Tarcisio Salas B., Análisis y diagnóstico financiero: un enfoque integral, San José, Ediciones Guayacán, cuarta edición, 2005, p.58.

conceptos diferentes, por lo que no toda pérdida patrimonial equiparable al 50% del capital social provoca una quiebra técnica.

Para interpretar correctamente el artículo 201 inciso c) del texto legal en comentario, debe individualizarse la partida de capital social de las otras partidas del patrimonio.

La partida de pérdida debe sumarse con las restantes partidas patrimoniales, excluyendo al capital social, cuyo resultado se compara posteriormente con el 50% del capital social, para efectos de determinar si se está o no ante una quiebra técnica.

Interpretar que cualquier pérdida operativa que iguale el 50% del capital social, conlleva a quiebra técnica, implicaría que en la práctica muchas empresas se ubiquen en este supuesto.

En otras palabras, para determinar que existe quiebra técnica, primero deben restarse al activo el pasivo, y solo si este último es superior al activo, se contrasta contra las partidas del patrimonio, con excepción del capital social, si aún así los pasivos superan tanto a las

partidas de activo como del patrimonio, se debe analizar si en ese momento estamos en presencia de una quiebra técnica, lo cual es un elemento formal jurídico contable.

Una empresa podría estar frente a un supuesto formal jurídico contable, por lo que resulta posible que la empresa no tenga problemas financieros verdaderos, dado que resulta usual que el capital social con el cual se constituyan las empresas sea de un monto ínfimo, es decir, al tratarse de un elemento formal no necesariamente sea esa la realidad empresarial.

Probablemente, si el mercado bursátil no fuera tan débil en nuestro país y las empresas cotizaran en bolsa, la quiebra técnica podría resultar de interés a la hora de adoptar una decisión sobre inversión o el establecimiento de relaciones comerciales, pero este no es el caso, y hoy en día, salvo los acreedores bancarios, los demás prácticamente no tienen forma de conocer la existencia de esta causal formal de disolución, por lo que se torna inoperante e impráctica, dado que ningún acreedor tendría forma de solicitar la disolución.

EL DELITO DE DUELO EN COSTA RICA

(ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO)

Prof. Tomás Federico Arias Castro¹

I) Introito

El escrutinio minucioso y pormenorizado de la historia del Derecho Penal costarricense, permite el conocimiento y análisis, acerca de la existencia de una serie de figuras procesales y sustantivas, que, otrora, fueron parte fundamental de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Las cuales, con el desarrollo inexorable del Derecho, fueron considerándose como anacrónicas, vejatorias, o sencillamente inadecuadas para los nuevos parámetros jurídicos.

En ese sentido, vasta con citar que la normativa penal de nuestra patria tuvo en algún momento como figuras legítimas y vigentes a la Tortura, la Infamia, el Presidio Perpetuo, el Extrañamiento o Expulsión del Territorio (para ciudadanos nacionales), la Vergüenza Pública, la Mutilación y el Azotamiento. Listado cuya figura más gravosa fue la Ejecución o Pena de Muerte, la cual, después de un intrincado periplo, fue constitucionalmente derogada en 1882.

Ahora bien, la implementación de los citados institutos penales, respondieron a un momento histórico coyuntural y a una realidad socio-política determinada, en que su uso y aplicación, eran vistos como mecanismos

normales y necesarios, para regular la siempre difíciles relaciones de convivencia humana. Mismos parámetros que vistos a la luz del siglo XXI, podrían catalogarse de inhumanos, ilegítimos o ignominiosos. Pero siempre, valga recalcarlo, en estricto apego a los fundamentos éticos, morales o valorativos de la época concreta en que surgieron o desarrollaron. Por lo que sería un error ostensible de análisis, el entrar a emitir una crítica o descalificación contra dichas figuras, amparándose en la escala de valores que actualmente rige a nuestro ordenamiento punitivo.

En ese marco de elucubraciones, se asienta el presente artículo de investigación, realizado entorno a la figura penal del Duelo, la cual estuvo vigente en nuestra patria hasta inicios de la centuria presente. Ya que su tipicidad, su anti-juricidad y su culpabilidad, estuvieron intrínsecamente ligados a los conceptos del honor, el prestigio, la valía personal y el respeto. Puesto que en casi toda la gama de hechos delictivos de esta índole, lo que desencadenó su realización fue la emisión de una injuria, una calumnia o una difamación. Ante lo cual se debía “*reparar el buen nombre que había sido vilipendiado*”, por medio de una lid. Tal y como lo exigían los lineamientos culturales y sociales del momento.

1 Licenciado en Derecho, Historiador, Egresado de la Maestra Centroamérica en Ciencias Políticas (UCR). Profesor-Coordinador de la Cátedra de Historia del Derecho de la UCR y de Historia Constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional de la UNED. Académico de Número de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas.

II) Origen histórico

Los primeros indicios certeros que se tienen acerca del origen de enfrentamientos por cuestiones relacionadas a “*Honoris Causa*”² (causa de honor), empezaron a surgir en la época de la Alta Edad Media (siglos V-X), con la aparición de los llamados “*lances caballerescos*”.

Estos dos términos provenían, tanto de las armas y animales utilizadas en el combate, como en el origen nobiliario de quienes participaban. Así, en los primeros encuentros de esta naturaleza se utilizaban lanzas de considerable extensión y se galopaba en caballos, con el fin no solo de tratar de herir de primero al contrincante, sino provocarle el mayor daño físico posible.

Unido a ello, el vocablo “*caballero*” provenía del llamado “*Orden Ecuestre*”³, nombre con el que se denominaba a la segunda clase social mas importante durante la Republica Romana (509-27 a.c.), la cual poseía las principales fuentes de riqueza, entre las que destacó la cría y comercio de caballos. Con el devenir del tiempo, este vocablo empezó a ser utilizado para referirse a los individuos que por su privilegiada condición socio-económica, poseían una alta educación personal y un raigambre genealógico de alcurnia.

Con el transcurso de los años, estos combates se fueron especializando por medio del denominado “*Methodus Pugnandi*”

(Método de Pugna), o conjunto de reglas que establecían las pautas a seguir durante la verificación del lance de honor, tales como el numero de contendientes, el numero de Padrinos, el tipo de arma, el lugar o terreno, la distancia entre los individuos o el tipo de reyerta.

Finalmente, esta figura empezó a conocerse con el apelativo de “*Duelo*”, vocablo que provenía del termino latino “*Duellum*”, el cual a su vez procedía de la contracción lingüística de la expresión latina “*Quasi Duorum Bellum*”⁴ (combate entre dos). No debiendo confundirse dicho término, con la palabra duelo, utilizada como sinónimo de tristeza o sufrimiento por la muerte de un individuo, pues esta acepción se derivaba del vocablo latino “*Dollorum*” (Dolor).

La primera regulación normativa que se dio respecto al Duelo, surgió durante la Baja Edad Media, cuando se promulgaron las afamadas “*Siete Partidas de Alfonso X El Sabio*” (siglo XIII). A partir de la Edad Moderna, esta figura empezó a sancionarse con la pena de muerte, por medio de dos edictos reales (1623 y 1634)⁵, emitidos por el monarca francés Luis XIII y su Jefe del Consejo Real, Armand Jean du Plessis (Cardenal de Richelieu)⁶.

De modo paralelo a su regularización normativa, el Duelo fue ostensiblemente condenado y severamente penalizado por las distintas instancias canónicas de la Iglesia Católica⁷, quienes veían en dicha figura, un método inaudito y desafiante al respeto por la

inviolabilidad de la vida humana, así como un nefasto mecanismo de “*cuasi*” equiparación con la figura del suicidio, pues en la mayoría de los casos, los duelistas acordaban de antemano, que la lid fenecería hasta que uno de los dos combatientes falleciera.

Debido a ello, en medio de las sesiones capitulares del “*Concilio de Trento*”⁸ (siglo XVI), las autoridades canónicas dispusieron en el capítulo XIX, de la sesión de clausura N.º XXV (diciembre, 1563⁹), que:

“(…) Extermínese enteramente del mundo cristiano la detestable costumbre de los desafíos, introducida por artificio del demonio para lograr a un mismo tiempo que la muerte sangrienta de los cuerpos, la perdición de las almas. Queden excomulgados por el mismo hecho, el Emperador, los Reyes, los Duques, Príncipes, Marqueses, Condes y señores temporales, de cualquier nombre que sean, que concedieren en sus tierras campo para desafío entre cristianos; y ténganse por privados de la jurisdicción y dominio de aquella ciudad, castillo o lugar que obtengan de la iglesia, en que, o junto al que, permitieren se pelee, y cumpla el desafío; y si fueren feudos, recaigan inmediatamente en los señores directos. Los que entraren

en el desafío, y los que se llaman sus padrinos, incurran en la pena de excomunión y de la pérdida de todos sus bienes, y en la de infamia perpetua, y deban ser castigados según los sagrados cánones, como homicidas; y si muriesen en el mismo desafío, carezcan perpetuamente de sepultura eclesiástica. Las personas también que dieran consejo en la causa del desafío, tanto sobre el derecho, como sobre el hecho, o persuadiesen a alguno a él, por cualquier motivo, o razón, así como los espectadores, queden excomulgados, y en perpetua maldición(…)”¹⁰

Posteriormente este decreto fue adicionado por la Constitución Apostólica “*Vetestabilem*”, emitida en 1753, por el pontífice Benedicto XIV, así como por el conocido documento del “*Syllabus*,”¹¹ promulgado en 1864, por el Papa Pío IX en el que se estipulaba:

“(…) II) Excomuniones en que se incurre, reservadas aunque no de un modo especial al Romano Pontífice:

3.º Los que llevan a cabo el duelo, o simplemente provocan a él o lo aceptan, y cualquiera clase de cómplices, y los que suministran cualquier auxilio o favor; también los que de industria lo presencian y los que lo permiten, o cuanto está de su parte no lo

2 Calatayud Ponce de León, Vicente. Diccionario de latín jurídico. 2005, p. 116.
3 Manavella, Carlos. Curso de Derecho Romano. 1981, p. 126.
4 Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. 1994, p. 137.
5 Terán Lomas, Roberto. Derecho Penal, parte especial (Tomo III). 1983, p. 262.
6 Secco Ellauri, Oscar. Historia Universal (Época Moderna). 1972, pp. 178-179.
7 Núñez, Ricardo. Manual de Derecho Penal (Parte especial). 1978, p. 80.

8 Concilio ecuménico celebrado discontinuamente entre 1545 y 1563, en la localidad norte italiana de Trento, con el fin de reformar el dogma y la doctrina católicas. Constó de 25 sesiones, siendo inaugurado por el Papa Pablo III, continuado por el Papa Julio III y clausurado por el Papa Pío IV. Melgar-Gil, Luis Tomás. Historia de los Papas. 2004, pp. 349-355.
9 Terán Lomas. Op. cit., 1983, p. 263.
10 “Sacrosanto, Ecuménico y General Concilio de Trento”. En: www.multimedios.org
11 Apéndice de 80 tesis, incluido en la encíclica Quanta Cura, decretada por el citado pontífice Giovanni María Mastai Ferretti, con el nombre de Índice de los principales errores de nuestro siglo, ya notados en las alocuciones consistoriales y otras letras apostólicas. Vidal Manzanares, César. Diccionario de los Papas. 1997, p. 135.

prohíben, sea cualquiera su dignidad aun cuando sea real o imperial (...) ¹²”

III) Tipicidad del Duelo

Desde su categorización punitiva, el delito de Duelo se ha tipificado en los diversos ordenamientos jurídicos penales (surgidos en Europa y América a partir del siglo decimonónico), como una de las variables contenidas en los acápites referentes a los “*Delitos contra la vida y la integridad corporal*”.

En ese sentido, casi la totalidad de la doctrina penal, establece dos tipos de conceptualización para el juzgamiento de esta figura.

- 1) Duelo Regular: El cual se caracteriza por ser un combate dual, que motivado por cuestiones atinentes al honor, provoque la intervención efectiva de dos o más “Padrinos” (por cada uno de los combatientes), que convengan todas las condiciones y estipulaciones en que se va verificar la lid ¹³.
- 2) Duelo Irregular: El cual se caracteriza por los mismos parámetros punitivos señalados para el Duelo Regular, pero distinguiéndose por la ausencia de los Padrinos encargados de pactar sobre los aspectos de forma de la lid ¹⁴.

En relación a esta tesitura, el Duelo es siempre un delito de raigambre doloso, pues

ambos combatientes participan voluntaria y expresamente en su ejecución (coincidencia objetiva y subjetiva), considerándoseles asimismo como coautores ¹⁵.

En el caso de Duelo Regular, la eventual pena a imponer, ya fuese por provocar la muerte del contendiente o infringirle una lesión es siempre ostensiblemente menos gravosa que la posible sanción como resultado de un Duelo Irregular, pues en dicho caso, si aconteciere alguno de los resultados de cita, se aplica los parámetros atinentes al Homicidio Calificado y las Lesiones ¹⁶.

Unido a ello, si a pesar de haber existido participación activa de los Padrinos, uno de los combatientes desaplica las condiciones pactadas o actúa de modo alevoso o insidioso en la lid, entonces la calificación legal de los hechos también se modifica a Homicidio Calificado o Lesiones, según sea el resultado final del combate.

Asimismo, ante la comprobación de que el Duelo se efectuó por razones pecuniarias o de índole inmoral ¹⁷, la pena generalmente oscila entre los parámetros asignados al Homicidio Simple.

En cuanto al simple hecho de batirse en Duelo Regular, la sanción siempre es de naturaleza económica, mientras que la simple situación de enfrentarse en Duelo Irregular, implica una pena de cárcel leve. La pena aplicable a cualquier individuo que desacreditase públicamente a otro por no

desafiarlo o por rehusar a batirse en Duelo después de haber sido desafiado, es de naturaleza pecuniaria ¹⁸.

En cuanto a la responsabilidad penal de los Padrinos, la doctrina es generalmente homogénea al señalar la exención de sanción punitiva para estos ¹⁹, a pesar de su actuar como partícipes directos del delito de marras y de la voluntariedad expresa que ejecutan en la verificación del lance de honor.

Únicamente en el caso de que alguno de los Padrinos incurriese en una actividad alevosa o perniciosa en la materialización del Duelo o concertase la lid de modo que el único resultado fuese la muerte ²⁰, se le impondría la pena correspondiente para el Homicidio Calificado o las Lesiones (en el primero de los casos) o la sanción para el Duelo Regular (en la segunda hipótesis).

Cualquier otro sujeto que posea alguna relación con la verificación del Duelo (médico, armero, testigo de honor) o sea espectador del mismo (simple testigo, familiar, amigo) está también exento de responsabilidad penal.

Por ultimo, debe señalarse que debe existir equivalencia entre las armas utilizadas por los combatientes, en el sentido de no causar ningún menoscabo o disparidad que afecte a los duelistas; pero esta disposición no es un imperativo para el tipo de armas a utilizarse, las que pueden ser cualesquiera de las citadas en los códigos de honor: pistola, revólver, espada y sable.

IV) El Duelo en Costa Rica

Por su condición de territorio adscrito a la égida de la monarquía castellana, y propiamente en lo concerniente a los distintos acápites del Derecho Penal, la primera ley de esta materia que tuvo vigencia efectiva en Costa Rica, fueron “Las Siete Partidas”, cuyo texto fue declarado por el monarca Carlos I, como fuente normativa supletoria para los distintos virreinos de América, a partir de 1530 ²¹.

En cuanto al calificativo de efectiva, ello respondía al hecho de que si bien es cierto, las llamadas “Leyes de Toro” (emitidas en 1505 ²²) eran, en orden de aplicación jerárquica, las normativas que debían de aplicarse primero en los casos de materia penal, y las Partidas ocupaban un cuarto lugar (según lo dispuesto en 1530), también es cierto que en la practica cotidiana, las Partidas terminaron por imponerse paulatinamente como el principal instrumento de aplicación jurídica, debido al uso preponderante que los habitantes del “*nuevo mundo*” hacían de ellas, por encima de las otras normativas vigentes.

Mientras que la característica de supletoria hacia alusión a la circunstancia de que la monarquía había implementado en sus nuevos dominios, el llamado “*Derecho Indiano*”, consistente en un entramado jurídico especial para dichas posesiones territoriales, pero ante alguna “*laguna*” o “*vacío*” que esta normativa presentase, se podía utilizar supletoriamente el llamado “*Derecho Castellano*”, para paliar

12 “Syllabus Complectens Praecipous Nostrae Aetatis Errores”. En: www.filosofia.org
13 Creus, Carlos. Derecho Penal (Parte Especial). 1988, p. 106.
14 Núñez. Op. cit., 1978, p. 85.
15 Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal (Parte Especial). 1985, p. 124.
16 Terán Lomas. Op. cit., 1983, pp. 275-276.
17 Creus. Op. cit., 1988, p. 112.

18 Núñez. Op. cit., 1978, pp. 86-87.
19 Terán Lomas. Op. cit., 1983, p. 280.
20 Fontan Balestra. Op. cit., 1985, pp. 134-135.
21 Sáenz Carbonell, Jorge. Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica. 2008, p. 149.
22 Guier Esquivel, Jorge E. Historia del Derecho (Tomo II). 1968, p. 696.

dicha ausencia jurídica. Derecho este ultimo que se aplicaba, en razón de que las noveles Colonias estaban adscritas a la Corona de Castilla, en la persona de su monarca, la reina Isabel “*La Católica*”, con prescindencia de su esposo, el rey Fernando, quien ostentaba la corona de Aragón²³.

En ese sentido, tal y como se indicó anteriormente, dichas Partidas habían incluido la tipificación del Duelo, con lo que, en el caso particular costarricense, se inició un largo periplo de vigencia de esta figura punitiva por espacio de casi cinco siglos, en donde se mantuvo incólume a través del septeto de leyes penales que han sido parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Las Siete Partidas (Siglo XIII)

La creación del “Libro de las Leyes²⁴” (comúnmente conocido como “*Las Siete Partidas*”), fue obra del monarca español de Castilla, Alfonso X “*El Sabio*”, aproximadamente hacia 1256, en plena Baja Edad Media. Pero dicha obra no entró en vigencia bajo el reinado de su creador. En 1348, bajo la monarquía de Alfonso XI “*El Justiciero*” (bisnieto de Alfonso X), finalmente las Siete Partidas entraron a formar parte consustancial del entramado jurídico castellano²⁵, gracias al llamado “*Ordenamiento de Alcalá*”.

Con su introducción al sistema jurídico indiano en 1530 (y por ende a nuestro territorio), en lo tocante a la temática penal, dicha rama

se reguló en la Partida VII, originalmente titulada: “*Que fabla de todas las acusaciones et malfetrias que los homes facen porque merescen haber pena*”. La cual, regularizó la figura del Duelo en dos secciones: a) Título III “*De los Rieptos*” (nueve leyes) y b) Título IV “*De las lides que se facen por razón de los Rieptos*” (seis leyes)²⁶.

En ambos casos, la principal característica era la de supeditar la figura del Duelo, a la participación de individuos que poseyeren “*hidalguía*”²⁷, ya fuese esta originada por herencia genealógica o título nobiliario. Pues en el caso de que uno o los dos contendientes no cumpliesen con dicho requisito, no se aplicaba la figura de marras, sino las regulaciones concernientes al homicidio o las lesiones.

Código General del Estado (1841)

Al asumir por segunda vez en 1838 la Jefatura de Estado, una de las principales acciones que emprendió el gobernante y jurista Braulio Carrillo Colina, fue la de dotar a nuestro país de su primera normativa codificada²⁸, pues lo cierto es que nuestra nación aplicaba una serie de leyes vetustas y considerablemente anticuadas, en casi todos los acápites de nuestro incipiente sistema jurídico.

Así, el 30 de julio de 1841²⁹, se emitió el llamado “*Código General de Estado*”, el cual se dividió en tres partes: Civil, Penal y Procesal. Propiamente para la materia punitiva, Carrillo

utilizó como modelo el “Código Penal de Bolivia³⁰” (1834), el cual a su vez había sido elaborado en base al “Código Penal de España” emitido en 1822³¹.

En lo tocante a la sección Penal, dicha ley se subdividió en tres libros, titulándose el tercero de ellos bajo el nombre de: “*De los delitos contra los particulares*”, en el cual, si bien es cierto, no se tipificó de manera individualizada al Duelo, si se incluyeron los presupuestos fácticos de su realización, y el respectivo aspecto condenatorio.

Al respecto, cualquier individuo que influenciado o afectado por aspectos atinentes a una injuria, ofensa o deshonra gravosa, produjere la muerte de otro, como resultado de un enfrentamiento dual entre ambos, sería sancionado con una pena oscilante entre los cinco y los seis años de “*presidio*” (prisión), así como la eventual disposición de expulsarlo del territorio nacional o condenarlo a realizar obras de bien público, por el mismo período de tiempo, según lo establecido en el capítulo³²: “*Del Homicidio*”, propiamente en los artículos 479, 492, 493, 500 y 502 de dicha ley.

Circunstancia que también se repitió en lo referente a las posibles lesiones corporales sufridas como consecuencia de un hecho de esta naturaleza, lo cual se reguló en el capítulo II³³: “*De las heridas, ultrajes y malos tratamientos de obra*”; o en el caso de la

simple provocación o reto a un enfrentamiento dual, así como los grados de responsabilidad de Padrinos o individuos que facilitaren el combate, lo cual se estipuló en el capítulo III³⁴: “*De las riñas y peleas aunque no resulte homicidio ni herida, de los que provoquen o auxilien para ellas y de las armas prohibidas*”.

Código Penal (1880)

La normativa penal promulgada en 1841, se mantuvo vigente por espacio de 39 años, hasta que fue sustituida el 27 de abril de 1880³⁵, al aprobarse el llamado “*Código Penal*”. Dicha ley entró en vigencia el 1º. de julio de ese mismo año³⁶ y fue la primera normativa individual de su género en Costa Rica, pues debe de recordarse el hecho de que su antecesora, formaba parte del conglomerado del Código General del Estado.

La redacción e impulso del proyecto estuvo bajo la coordinación del magistrado Rafael Orozco González³⁷, quien trabajó con gran ahínco y esfuerzo en la misma, utilizando como referencia al “*Código Penal de Chile*”³⁸ (1875). Una vez emitido, se erigió en una de las principales obras decretadas durante el tercer mandato del Presidente de la República, Gral. Tomás Miguel Guardia Gutiérrez.

Su estructura orgánica constaba de tres libros, cuyo segundo tomo se nombró: “*Crímenes y simples delitos*”, del cual se

23 Arias Hidalgo, Berny. “Historia del Procedimiento Penal en Costa Rica”. Revista Judicial, No. 16, 1980, p. 94.
24 Sáenz Carbonell, Jorge. Elementos de Historia del Derecho. 2009, p. 257.
25 Brenes Córdoba, Alberto. Historia del Derecho. 1913, p. 139.
26 Las Siete Partidas del Rey don Alfonso El Sabio (Tomo IV). 1854, pp. 455-466.
27 Sáenz Carbonell. Op. cit, 2008, p. 377.
28 Fernández Guardia, Ricardo. Cartilla Histórica de Costa Rica. 1984, p. 87.
29 Obregón Quesada, Clotilde. Carrillo: Una época y un hombre (1835-1842). 1989, p. 77.
30 Fournier Acuña, Fernando. Historia del Derecho. 1978, p. 225.
31 Jiménez Blanco, Salvador. Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica. 1874, p. 19.
32 Código General del Estado de Costa Rica (1841). 1841, pp. 68-74.
33 Ibíd., pp. 74-77.
34 Ibíd., pp. 77-78.
35 Solera Rodríguez, Guillermo. Presidentes de la Corte Suprema de Justicia. 1966, p. 44.
36 Brenes Córdoba. Op cit., 1913, p. 317.
37 Sáenz Carbonell, Jorfe F. y Masis Pinto, Mauricio. Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. 2006, p. 155.
38 Guier Esquivel. Op. cit., 1968, p. 1200.

desprendía el título VIII: “*Crímenes y simples delitos contra las personas*”, cuyo capítulo IV se designó: “*Del Duelo*”³⁹ (artículos 427 a 432). Con ello, dicha normativa se convirtió en la primera legislación costarricense, en la que se reguló el delito de Duelo de modo específico y particularizado.

En ese sentido, se distinguían distintas penas de prisión según el grado de participación en el Duelo⁴⁰: a) por provocar la muerte del adversario (cuatro años), b) por causar cualquier tipo de lesión (dos meses o la imposición de una multa), c) por provocar a Duelo o desacreditar a alguien que no lo aceptase (dos meses), d) a los Padrinos participantes (dos meses), y e) a los Padrinos que hubiesen concertado el combate a muerte o hubiesen incurrido en una anomalía (cuatro años). En los casos de que el Duelo se hubiese verificado sin Padrinos, hubiere mediado un interés pecuniario o patrimonial, o uno de los duelistas violare las condiciones pactadas para la lid, entonces se aplicaba la normativa referente al homicidio (artículos 414 y 415).

Código Penal (1919)

Al considerarse que la normativa penal de 1880, se encontraba obsoleta y no respondía a los requerimientos socio-jurídicos de su época, se empezó a valorar la posibilidad de implementar una nueva normativa en

esta materia. Para tal efecto se comisionó al afamado abogado penalista José Astúa Aguilar⁴¹, cuyo proyecto de ley fue aprobado en 1918 y entró en vigencia en abril de 1919, bajo el nombre de “Código Penal”⁴².

Pero su vigencia fue efímera, pues se derogó en el mes de agosto de 1920, como producto de lo dispuesto en la sui generis “*Ley de Nulidades*”⁴³, aprobada por el llamado “*Congreso de los Hermenegildos y Hormidas*”⁴⁴, y cuyo fin único era el de anular y dejar sin efecto jurídico alguno, todos los actos emitidos durante la fenecida administración presidencial de Federico Tinoco Granados. Con ello, el vetusto Código Penal de 1880 volvió a ponerse en uso, trayendo consigo todas las carencias y falencias que se le imputaban.

Código Penal (1924)

La situación anterior, provocó que el jurista Astúa Aguilar fuese encomendado de nuevo para emitir una nueva normativa en materia penal. Así, utilizando como modelo el “*Código Penal de Argentina*” (1906) y el emitido en esa misma nación en 1922⁴⁵, se reformularon varios de los acápites de la ley emitida en 1919, aprobándose un nuevo “*Código Penal*” en 1924⁴⁶, el cual entro en vigencia el 1 de julio de ese año bajo la presidencia de Ricardo Jiménez Oreamuno.

Este nuevo código se dividía en tres libros, de los cuales, su segundo tomo se denominó: “*De los Delitos y sus Penas*”, siendo su título I: “*Delitos contra las personas*”, cuyo capítulo III se nombró: “*Del Duelo*” (artículos 267 a 274).

Bajo este nuevo marco jurídico, los aspectos de tipicidad del Duelo fueron adicionados, pues junto a las ya señaladas condiciones establecidas desde 1880, se agregaron varios presupuestos fácticos: a) los Padrinos tenían que ser mayores de edad, b) se legitimó la participación de más de un Padrino por cada contendiente, y c) todo individuo que, sin ser Padrino, prestase cualquier tipo de ayuda para facilitar el combate sería reprimido con una pena pecuniaria⁴⁷. Asimismo se aumentó el parámetro máximo de la pena a cinco años de prisión, si se causaba la muerte del contendiente.

Unido a ello, se mantuvo la condición de que si la verificación del Duelo se había dado sin la mediación de Padrinos que concertasen de previo las condiciones de la lid, se aplicaba entonces la normativa vigente del homicidio (artículos 243-256)⁴⁸

Código Penal y de Policía (1942)

Apenas transcurridos tres lustros desde la implementación del Código Penal de 1924, se iniciaron una serie de acciones tendientes a la creación de una nueva normativa penal, por parte de una comisión de juristas encabezada por el jurista Enrique Guier Sáenz⁴⁹.

Debido a que el juzgamiento de los delitos sin sanción penal, no era ejercido por los estrados judiciales, sino por las autoridades de policía, se decidió bifurcar la materia penal en dos códigos: “*Código Penal*”⁵⁰ y “*Código de Policía*”⁵¹. Ambos cuales entraron en vigencia, el 1º. de enero de 1942, bajo la presidencia del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia.

En lo concerniente a la parte penal, el nuevo código se dividió en tres libros, denominándose al segundo con el nombre de “*Parte Especial*”, el cual contenía a su vez el título I: “*Delitos contra las personas*”, cuyo capítulo V se llamó: “*Duelo*”, Por primera y única vez en la historia penal de nuestra patria, se unificaron los distintos artículos referentes a esta figura, en un solo acápite (artículo 213), rompiendo con ello el pormenorizado esquema decimonónico con que se venía regulando esta figura.

Pero las principales innovaciones estuvieron en los elementos de tipicidad del Duelo, ya que: a) se eliminó la pena de prisión para quien asesinare a un individuo en el marco de un Duelo, pues dicho acto se consideraría siempre como un homicidio, b) los Padrinos pasaron a ser catalogados como co-autores del hecho punible, c) cualquier sujeto que, sin ser Padrino, hubiese dado ayuda de cualquier especie para la verificación de la lid, sería juzgado como cómplice⁵².

39 Código Penal de la República de Costa Rica (1880). 1880, pp. 136-137.

40 Ibid., pp. 13-16.

41 Obregón Loría, Rafael. El Poder Legislativo en Costa Rica. 1995, p. 114.

42 Sáenz Carbonell. Op. cit, 2008, p. 383.

43 Peralta Quirós, Hernán. Las Constituciones de Costa Rica. 1962, pp. 557-558.

44 Arias Castro, Tomás Federico. La verdad histórica (El óleo del ex-presidente Federico Tinoco y la pinacoteca de la Asamblea Legislativa. 2010, p. 56.

45 Fournier Acuña. Op. cit., 1978, p. 226.

46 Fernández Bolandí, Tomás. “Lic. José Astúa Aguilar”. Revista de Costa Rica, No. 5, 1924, p.146.

47 Código Penal de la República de Costa Rica (1924). 1924, pp. 131-135.

48 Ibid., pp. 57-60.

49 Solera Rodríguez. Op. cit., 1966, p. 68.

50 Guier Esquivel. Op cit., 1968, pp. 1202-1203.

51 Fournier Acuña. Op. cit., 1978, p. 226.

52 Código Penal y Código de Policía (1941). 1941, p. 59.

En referencia al punto a, el fallecimiento del contrincante, supondría a su autor, una pena máxima de nueve años de presidio (artículos 184-192).⁵³

Código Penal (1971)

A mediados del decenio de 1960, se volvió a plantear la necesidad de modificar la legislación penal, al considerarla desfasada y vetusta, para los nuevos requerimientos punitivos. Pare ello, se conformó una comisión de expertos en dicha materia, la cual estuvo encabezada por el distinguido jurista Guillermo Padilla Castro.⁵⁴

Una vez finalizado sus trabajos, se emitió el llamado “*Código Penal*”, el cual entró a regir en noviembre de 1971 y se mantiene en vigencia hasta el presente. Dicha legislación unificó las disposiciones penales y de policía en un solo texto, estas ultimas las cuales a pasaron a denominarse “contravenciones”.

Esta normativa se divide en cuatro libros, denominándose al segundo como: “*De los Delitos*”, siendo su título I: “*Delitos contra la vida*”, cuya sección IV se nombró: “*Duelo*” (artículos 131 a 138).

En cuanto al tema de fondo, la principal innovación de este nuevo código, fue la de volver a establecer un amplio articulado regulatorio para el juzgamiento del Duelo, entre cuyas disposiciones se destacaron: a)la imposición de una multa, por el simple hecho de batirse en Duelo (con Padrinos), por provocar a un individuo a ello o por desacreditar a quien

53 Ibid., p. 43.
54 Sáenz Carbonell. Op. cit, 2008, p. 389.
55 Código Penal (1971). 2003, p. 80-81.
56 Ibid., p. 71-74.

no aceptase el reto, b) la pena máxima de cuatro años de prisión por causar la muerte del adversario, infringirle lesiones graves o a los padrinos que concertasen el batimiento a muerte, c) la sanción de un año de prisión, por el simple enfrentamiento en Duelo sin que mediase la presencia de Padrinos.⁵⁵

Finalmente, si la lid (sin padrinos) producía la muerte de uno de los adversarios, alguno de los combatiente quebrantaba las condiciones previas, o uno de los Padrinos efectuaba un acto ilegítimo para favorecer la victoria de su apadrinado, se imponían las penas correspondientes al Homicidio (artículos 111-117).⁵⁶

V) Derogatoria del Duelo

A inicios del siglo XXI y en consonancia a la idea de reformar una serie de acápite del Código Penal, que se consideraban como resabios de una política criminal anacrónica, se planteó en la Asamblea Legislativa el proyecto para derogar a la figura del Duelo.

Los dos principales argumentos a favor de dicha tesitura, se estructuraron alrededor de dos motivaciones:

a) Desde hacía varios lustros, no se verificaba en el país ningún hecho de esta naturaleza, en razón de que los enfrentamientos por cuestiones relacionadas al honor o el prestigio, ya no se dilucidaban por medio de la fuerza o las armas, sino por medio de la interposición de una querella o demanda pecuniaria por “*Injuria*”, “*Difamación*” o

“*Calumnia*”, a tenor de lo normado en los artículos 145 a 155 del citado Código Penal.

b) En el eventual caso de que se diere un hecho de esta naturaleza, se aplicaría de inmediato, el articulado referente al delito de Homicidio y sus variantes punitivas (de acuerdo al grado de responsabilidad de los participantes) según los hechos verificados.

Así, el 15 de abril de 2002, el Congreso aprobó en segundo debate la ley No. 8250 “*Modificación el Código Penal No. 4573 y sus reformas*”, la cual, rubricada por el mandatario Miguel Ángel Rodríguez Echeverría y el Ministro de Justicia y Gracia a.i., Lic. Guillermo Arroyo Muñoz, estipuló en su artículo 4º. que:

“(…)Deróguense los artículos 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 138 del Código Penal, Ley No. 4573 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas, sin que se corra la numeración. Cada derogación se consignará al lado del numeral(…)”⁵⁷

Dicha normativa asimismo dispuso que su contenido regiría seis meses después de su publicación, por lo que entró a regir el 10 de noviembre de 2002⁵⁸. Con ello, fenecieron 472 años de vigencia del Duelo en nuestros distintos ordenamientos jurídicos penales.

57 Alcance No. 37 a La Gaceta No. 89, 10 de mayo de 2002, p. 4.
58 Código Penal (1971). 2003, p. 80-81.
59 Instituto del Servicio Exterior de CR: Manuel María de Peralta. Antecedentes históricos y estructura orgánica. 1988, p. 86.
60 Grub Ludwig, Udo. Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821-1998). Obra inédita, p. 130.
61 Naranjo Chacón, Gustavo. “Duelo al amanecer”. La Prensa Libre, 11 de agosto, 2001, p. 3.
62 Arias Castro, Tomás Federico. “Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Primer Presidente del Colegio de Abogados”. Revista El Foro (Colegio de Abogados de Costa Rica), No. 8, 2008, p. 28.

VI) Duelos más afamados de la historia de Costa Rica

- Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno – Lic. León Fernández Bonilla.

El 29 de julio de 1883, apareció publicada una hoja-volante titulada “*Banco Hipotecario*”⁵⁹, en la que se esgrimía una serie de consideraciones técnicas y académicas para el establecimiento de una institución bancaria de ese tipo en nuestra patria. Dicho documento había sido elaborado por el prestigioso y egregio jurista, Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno, quién en ese momento se desempeñaba como Secretario de Relaciones Exteriores⁶⁰ de la administración presidencial del Gral. Próspero Fernández Oreamuno.

El jueves 9 de agosto, apareció una nueva hoja suelta, titulada “*La Alquimia Moderna*”⁶¹, la cual consistió en un libelo plagado de diatribas, epítetos injuriosos y alusiones difamatorias en contra del Dr. Figueroa Oreamuno, rubricada anónimamente por alguien que se hizo llamar “*Un Azota Ogros*”⁶².

Esa misma noche, don Eusebio asistió a las instalaciones del Club Internacional de San José, y tras estar departiendo con algunos socios, el tema de la hoja suelta salió a colación, hasta que un destacado abogado

amigo suyo⁶³ manifestó tajantemente:“(…)*No hay mucho que examinar, esa hoja la escribió León Fernández Bonilla*(…)”⁶⁴

Esto propició que don Eusebio, coligiese que el estilo literario en que había sido redactada “La Alquimia Moderna”, presentaba en efecto, una serie ampliamente coincidente de elementos, con respecto al peculiar formato utilizado por el jurista e historiador Fernández Bonilla, en sus conocidos escritos críticos.

Así, el viernes 10 de agosto, Figueroa le solicitó al ciudadano inglés Carlos F. Willis C⁶⁵., el favor de que aceptase ser su Padrino de Honor y se presentase en la oficina de Fernández (quien se desempeñaba como Director de los Archivos Nacionales⁶⁶) y le inquirese acerca de la posible autoría del libelo. Ahora bien, en el caso de que no fuese así, le pediese una disculpa, pero si aceptaba dicha responsabilidad, le exigiese una satisfacción dual en el campo de honor.

Cole se dirigió a su cometido, y cuando Fernández tomo el documento, le manifestó que él no era el autor de esa publicación, pero que estaba dispuesto a aceptar la responsabilidad que de ella se derivase⁶⁷.

Ante ello, Cole le planteó el reto a Duelo que Figueroa le proponía, por lo que casi de inmediato, Fernández Bonilla le solicitó al Gral. Santiago de la Guardia F⁶⁸., el que se apersonase como su Padrino de Honor. Como médico de don Eusebio se nombró al galeno Julián Blanco, mientras que como doctor de don León, se pidió ese menester al médico Otoniel Pinto⁶⁹.

Una vez consensuadas las circunstancias de la lid, se acordó: que el combate se verificaría el sábado 11 de agosto, a las 8.00 de la mañana, en uno de los predios de la finca de don Napoleón Millet (actual Sábana noreste), utilizándose un par de revólveres y un solo tiro por parte de ambos contendientes, a una distancia de veinticinco pasos⁷⁰.

Al arribar al sitio y debido a las irregularidades topográficas del lugar, tuvo que decidirse por medio de la suerte, cual sería el punto de ubicación de los duelistas⁷¹, tocando a Figueroa el lado oeste (con el sol deslumbrándole el rostro) y Fernández hacia el este (con la sombra a su favor).

Seguidamente, el Dr. Figueroa señaló su deseo de modificar la distancia originalmente pactada, para que esta se redujere a quince

pasos y que los revólveres se cargaren con dos balas, pues no quería que por la extensión entre ambos o por la falta de tiros, el enfrentamiento no se materializara⁷².

Luego de que los padrinos y los galenos se ubicaron en el extremo sur, de la Guardia inició la cuenta de tres, momento en el que Figueroa y Fernández se dispararon concomitantemente, no impactando ninguno en el cuerpo del otro.

De inmediato, Cole acortó la distancia entre ambos a nueve pasos, luego de lo cual y después de una nueva cuenta a tres, se volvieron a escuchar dos balidazos. Algunos segundos después, Figueroa cayó pesadamente al suelo y después de unos instantes, falleció desangrado, como consecuencia de la entrada del proyectil en su corazón.⁷³

Este hecho, está considerado como el Duelo de Honor más emblemático de nuestra historia, tanto por los distinguidos personajes involucrados, así como por la serie de consecuencias que propició:

a) A raíz del tipo de muerte y por estar todavía vigentes las normativas canónicas que condenaban al Duelo, las autoridades obispales de nuestra patria le negaron al cadáver de Figueroa Oreamuno, la posibilidad de ser enterrado en el cementerio de Cartago⁷⁴. Pero debido a la presión y petitorias de una multitudinaria muchedumbre que se aglutinó en dicho camposanto, finalmente el cuerpo de don Eusebio fue inhumado en ese sitio.

Ello provocó que el Obispo, Mons. Bernardo a, Thiel H., redactase una furibunda “*Carta Pastoral*”, el 21 de agosto de ese mismo años, en la que refirió:

“(…)Uno de los crímenes más horrendos que provoca la venganza del honor vilipendiado, es el duelo(…) crimen condenado, por las leyes divinas y humanas, contrario enteramente a la razón y al buen sentido(…)crimen que encierra doble culpabilidad, la del suicidio y la del homicidio(…)crimen que ejerce una mágica seducción sobre los espíritus y que de no reprimirlo, provoca a la imitación con encanto de tal manera diabólico(…)Aún estamos todos bajo la influencia de la dolorosa impresión que nos ha causado el duelo acontecido hace pocos días en medio de nosotros, entre dos hombres de Estado, y el fin trágico de uno de ellos (…)el duelo a la luz de la razón por la sana filosofía, es un acto irracional y un contrasentido(…)acaso recobra uno su honor, que otro le quitara por medio de calumnias y falsas imputaciones, matando en combate feroz a su adversario?(…)admitir eso sería autorizar un absurdo(…)el éxito del duelo depende ya de la fuerza física, ya de la habilidad, ya de la causalidad. Por consiguiente, el ofensor puede vencer también. Y si vence el ofensor, entonces ó se ha reparado el honor del vencido o no se ha reparado(…) el duelo lleva consigo la condenación

63 Vargas Coto, Joaquín. “75 años de la muerte del Dr. don Eusebio Figueroa Oreamuno”. La Nación, 10 de agosto, 1958, p. 4.
64 Villegas Hoffmaister, Guillermo y Soto Montoya, Enrique. León Fernández Bonilla. 11 de Abril: Cuadernos de Cultura No. 9, 1987, p. 37.
65 Libro No. 8 de Defunciones de la Provincia de San José, folio 485, asiento 10.652. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.
66 Núñez Monge, Francisco M. “Don León Fernández Bonilla: periodista, historiador y político”. Revista de la Academia Costarricense de Historia, No. 15-16, 1956, p. 12.
67 Archivo Nacional de Costa Rica. Exp. N.º 5.147. 1883, folio 1.
68 Fernández Peralta, Ricardo. “Datos Cronológicos del General Santiago de la Guardia”. Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, No. 16-17, 1970, pp. 91-92.
69 Referencias de ambos médicos en: Blanco Odio, Alfredo. Los médicos en Costa Rica. 1997, pp. 74 y 75.
70 Archivo Nacional de Costa Rica. Exp. N.º 5.147. 1883, folio 16 vuelto.
71 Obregón Loría, Rafael. Hechos Militares y políticos. 1981, p. 206.

72 Archivo Nacional de Costa Rica. Exp. N.º 5.147. 1883, folios 17 y 18.
73 Arias Castro, Tomás Federico. Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Su derrotero e impronta en la historia decimonónica costarricense). 2007, p. 123.
74 Archivo Histórico Arquidiocesano. Fondos Antiguos. Caja N.º 236, folio 236 vuelto y folio 237 y Caja N.º 309, folio 154.

de la religión, de la razón humana, de las autoridades más sagradas, eclesiástica y civil y hasta de la incredulidad filosófica. Defenderlo es una locura(...)!Ojalá no hubiésemos debido nunca hablar de un crimen que tantas desgracias ha causado(...) Rogamos que nunca se repita entre nosotros una acción que deploran todos los hombres de recto juicio(...)"⁷⁵

Finalmente este conjunto de vicisitudes, sirvieron de base para que un año más tarde, el Presidente Fernández Oreamuno decretase la secularización de todos los cementerios de nuestra patria, en julio de 1884⁷⁶.

b) El mismo día de los hechos, el Juzgado de 1ª. Instancia del Crimen de San José, inició un proceso acusatorio por el delito de Duelo, en contra de todos los implicados. El cual tuvo como principal incidencia, la acusación anónima que se formuló en contra de Fernández Bonilla, imputándosele el haber utilizado una cota o malla de acero en el Duelo⁷⁷, lo cual no pudo ser comprobado. Un mes después y a pesar de que todos los acusados aceptaron sus respectivas responsabilidades en los hechos de marras, el Tribunal de Jurado que conoció la causa, los declaró como inocentes⁷⁸. Con dicha decisión, se obvió el articulado vigente

acerca de la penalización del Duelo, señalado en el ya citado “Código Penal de 1880”.

c) Cuatro años después, el 3 de enero de 1887, y considerando que su padre había sido asesinado de forma ilegítima y ruin, el joven Antonio Figueroa Espinach, le propinó tres balazos por la espalda, al Lic. Fernández Bonilla, en las instalaciones de la antigua Estación de Ferrocarril al Atlántico.⁷⁹ Don León logró sobrevivir al ataque y pocos días después, al enterarse quien había sido el autor de su atentado; únicamente exclamó: “(...) Buen hijo, pero mal caballero(...)”⁸⁰ Debido a lo profuso de las heridas, falleció en horas de la noche del 9 de enero⁸¹, sepultándosele en el Cementerio de Alajuela.

d) El día en que Figueroa Espinach atentó contra Fernández Bonilla, el Juzgado de 1ª. Instancia del Crimen de San José, inició un proceso penal en su contra por el delito de “Homicidio con Alevosía”⁸². Pero el 13 de marzo, y después de que el vástago de don Eusebio había aceptado la autoría de los hechos (amparándose en una venganza de tipo filial), el Tribunal de Jurado que juzgó la causa, procedió a emitir una sentencia absolutoria a su favor⁸³, oponiéndose con ello de nuevo, a lo señalado en la normativa penal vigente, para los casos de Homicidio.

e) Tanto el proceso de 1883, como el de 1887, propiciaron que la opinión pública en general y el gremio del Colegio de Abogados en particular, se pronunciasen a favor de eliminar la anacrónica “Ley de Jurado”, precisamente por los resultados inauditos que ambos procesos habían producido. Por lo que finalmente en 1903, dicha ley fue derogada⁸⁴, instaurándose el actual sistema procesal penal con el que cuenta Costa Rica.

• **Gral. José J. Tinoco Granados - Lic. Manuel Arguello de Vars.**

A inicios de 1914, el Gral. José Joaquín Tinoco Granados (hermano del futuro presidente de C.R., Federico Tinoco Granados), inició una serie de acciones legales para “denunciar” (adquirir) unas parcelas ubicadas en el distrito puntarenense de Golfo Dulce⁸⁵. Poco antes de que la respectiva autoridad jurisdiccional se pronunciase acerca de esta solicitud, el galeno Maximiliano J. Fischel⁸⁶, inició varios trámites procesales para adjudicarse las mismas tierras, suspendiéndose entonces dicho proceso.

En el mes de mayo, el afamado jurista, Lic. Manuel Argüello de Vars, quien fungía como abogado del Dr. Fischel (dedicado desde fines del siglo XIX a la adjudicación de tierras baldías⁸⁷), se entrevistó con Tinoco Granados para dialogar acerca de este litigio, pero en el transcurso de dicha conversación, Argüello de

Vars retó a batirse en Duelo al Gral. Tinoco, debido a una serie de vituperios esgrimidos por el citado militar, en contra del mencionado jurista⁸⁸.

Ante ello, se dispusieron las siguientes condiciones⁸⁹: Argüello de Vars nombró como padrinos al Gral. Rafael Villegas y a don Hermógenes Rodríguez, mientras que Tinoco Granados designó a don Felipe Herrero y al Crnl. Gerardo Zúñiga Montúfar. Se dispuso que la lid se verificase el sábado 9 de mayo, a las diez con treinta minutos de la mañana, en un potrero ubicado dentro de la finca de don José Feo, localizada al suroeste del llano de la Mata Redonda (actual Sabana Sur). Asimismo se determinó que el duelo se haría a tres rondas con un disparo por tiro, a una distancia de 20 pasos y utilizándose revólveres marca Colt No. 32 y cápsulas (balas) marca S.&W. Por último, Argüello de Vars solicitó al Dr. Eduardo Uribe Restrepo su presencia, acto que fue secundado por Tinoco, al pedir el mismo menester al Dr. Vicente Castro Cervantes⁹⁰.

El día pactado, los ocho participantes se trasladaron al lugar convenido, seguido de lo cual se sorteó la posición de los duelistas, tocándole a Tinoco ubicarse hacia el norte y a Argüello hacia el sur, sorteándose asimismo las armas, asignándosele a Tinoco un revolver con cacha blanca y a Arguello uno con cacha negra; se resolvió que las voces de mando, las daría el Gral. Villegas.

75 Thiel Hoffman, Bernardo A., Sexta Carta Pastoral: El Duelo. 1883, pp. 2- 8.
76 Colección de Leyes y Decretos (1884). 1885, pp. 259–261.
77 Archivo Nacional de Costa Rica. Exp. N.º 5.147. 1883, folios 51-55.
78 Porter Murillo, Hugo. “El Jurado en Costa Rica”. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 4, 1964, pp. 126-127.
79 Gutiérrez, Fernando. “Un camposanto que cambió la historia”. Revista Dominical, Periódico La Nación, 18 de enero, 2004, p. 16.
80 Molina Siverio, Julio. Eusebio Figueroa Oreamuno: Un artífice de la Democracia Costarricense. 2003, p. 18.
81 Archivo de la Cura Diocesana de Alajuela. Libro No. 17 de Defunciones de la Parroquia de Alajuela, folio 102, asiento 813.
82 Archivo Nacional de Costa Rica. Exp. N.º 6.192. 1887.
83 Houed Vega, Mario A., “Comentario sobre el Sistema de Jurados en la Legislación Costarricense (1873-1903)”. Revista de Ciencias Jurídicas, N.º 51, 1984, p.109.

84 Colección de Leyes y Decretos (1903). 1903, pp. 9-10.
85 Oconitrillo García, Eduardo. Un Dictador en el exilio (Federico Tinoco). 2001, p. 172.
86 Nombre del galeno en: Fumero Vargas, Patricia. Centenario de la Facultad de Farmacia (1897-1997). 1998, p.136.
87 Schifter Sikora, Jacobo; Gudmundson, Lowell; Solera Castro, Mario. El Judío en Costa Rica. 1979, p.147.
88 Obregón Loria, Op. cit., 1981, p. 262.
89 “Duelo a revólver entre don Joaquín Tinoco y el Lic. don Manuel Argüello de Vars”. La Prensa Libre, 9 de mayo, 1914, p.1.
90 Nombre de los galenos en: Blanco Odio. Op. cit., 1997, pp. 78 y 82.

Acto seguido, los contendores se colocaron en sus posiciones, dándose la espalda y ante la cuenta de uno, dos, tres, se volvieron y dispararon simultáneamente, sin que ninguno impactara al otro. De inmediato volvieron a colocarse en sus sitios y ante la segunda cuenta de Villegas, Tinoco impactó a Arguello, el cual, dejó caer pesadamente sus brazos, soltó su arma y dando un giro a su cuerpo, cayó en el suelo⁹¹. Luego de ello, los médicos presentes declararon fallecido al jurista, al haberle ingresado la bala en el cerebelo, cercano a la extremidad superior derecha de su oreja.

Con autorización de los cuatro padrinos y ante la llegada de la autoridad de policía, Tinoco Granados fue detenido y trasladado a la Primera Sección de Policía de San José, en donde al ser interrogado declaró que su intención nunca fue asesinar a Arguello y que lo que intentó fue impactarlo en alguna de sus piernas, pero que los movimientos de Arguello, inclinando el cuerpo a la derecha y bajando ostensiblemente su cabeza, fueron los que propiciaron que el fogonazo hiciere impacto en dicho lugar de su cuerpo⁹². Horas más tardel, el juez penal de turno, dispuso su arresto en la Penitenciaría Central.

Al momento de los hechos, Tinoco ejercía el cargo de Comandante Mayor del Cuartel de la Artillería, por lo que debía juzgársele según las ordenanzas militares, pero con el fin de evitar cualquier especulación, ya que su hermano Federico, ocupaba en ese momento,

el cargo de Secretario de Guerra y Marina, renunció a su puesto militar, para que fuese juzgado por la justicia ordinaria.

Esta misma circunstancia, provocó que Federico Tinoco renunciase de inmediato a su cargo ministerial, pero el Consejo de Ministros, así como el mandatario Alfredo Gonzáles Flores, decidieron unánimemente que el accionar de su hermano Joaquín, no le afectaba, por lo que no se le aceptó la renuncia⁹³.

El sepelio de don Manuel Argüello de Vars se verifico el domingo 10 de mayo a las 10:00 de la mañana, en el Cementerio General⁹⁴, siendo encabezado por el presidente Gonzáles Flores, el presidente del Congreso Lic. Leonidas Pacheco, profesores de la Escuela de Derecho, varios Diputados y Magistrados⁹⁵.

Algunos meses después, la señora Clemencia Bonilla (viuda de Argüello de Vars) intentó asesinar a Tinoco Granados en dos ocasiones. La primera de ellas, cuando le disparó desde un balcón situado en las inmediaciones del actual edificio de Correos y la segunda, cuando ambos se encontraron detrás de la Iglesia de la Soledad (doña Clemencia en carruaje y el Gral. a caballo), instante en el que Bonilla descargó una ráfaga completa de revolver en contra de Tinoco, no atinando ninguno, luego de lo cual, el militar se quitó el sombrero y se lo ofreció en gesto galante⁹⁶.

91 Oconitrillo García. Op. cit., 2001, pp. 172-173.

92 “El duelo de ayer y sus consecuencias”. La Información, 10 de mayo, 1914, pp. 1 y 4.

93 Fernández Morales, Jesús. Las presidencias del Castillo Azul. 2010, pp. 60-61.

94 Libro No. 351 de Defunciones de la Provincia de San José, folio 430, asiento 859. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

95 “Homenaje póstumo a Manuel Argüello de Vars”. La Información, 12 de mayo, 1914, p. 5.

96 Porras, Santiago. “La muerte de Joaquín Tinoco”. Periódico Ojo, 2005.

• **Don Juan R. Mora Porras – Don Juan Manuel Quirós Blanco.**

A mediados de 1842, el joven comerciante Juan Rafael Mora Porras (futuro Presidente de la República, entre 1849 y 1859), mantenía una estrecha amistad con el también joven, Juan Manuel Quirós Blanco⁹⁷ (hermano del Gral. José Manuel Quirós Blanco, futuro héroe de la Batalla de Rivas), la cual finalizó abruptamente, cuando los dos muchachos empezaron a cortejar a una hermosa señorita de apellido Madriz (pariente cercana del Dr. José María Castro Madriz), vecina de la ciudad de San José.

Ante este hecho, ambos jóvenes concertaron en batirse en Duelo, por el amor de la dama de cita, en horas del alba, en una de las costas de Puntarenas y en compañía de sus respectivos padrinos⁹⁸. Se convino que uno de los dos dispararía primero y posteriormente el segundo, tocando el tiro inicial a Quirós Blanco, el cual, antes de disparar y por comodidad, tomó un bastón delgado que llevaba en la mano y lo clavó en la arena junto a su cuerpo, luego de lo cual, disparó a Mora Porras sin impactarlo.

Acto seguido, el joven Juan Rafael apuntó directamente al cuerpo de su contrincante y al momento de finalizar el conteo, desvió su arma hacia el costado y disparó contra el referido bastón, el cual voló en pedazos sobre la arena puntarenense⁹⁹. Con ello, Mora Porras quiso demostrar a los presentes, la excelente

puntería que poseía, así como el perdón que otorgaba a su adversario.

Ocho años después, en junio de 1850 y cuando don Juan Rafael ejercía ya la presidencia de la República, acaeció un infructuoso intento de golpe de Estado en contra de su gobierno, por parte de un nutrido grupo de integrantes de la familia Quirós. La reyerta tuvo como principales líderes al citado Gral. José Manuel Quirós Blanco, al Crnl. Máximo Blanco Rodríguez y al malogrado contendiente dual de “*Don Juanito*”, el citado don Juan Manuel Quirós Blanco¹⁰⁰.

A raíz de ello, todos los involucrados fueron apresados y de inmediato se inició un proceso castrense en su contra, el cual fue suspendido el 10 de junio, cuando las autoridades del Poder Ejecutivo declararon a los amotinados como confesos y convictos. De seguido se emitió el Decreto No. LXXX¹⁰¹, en el que se dictaron varias penas, entre las que destacó la impuesta a don Juan Manuel, quien fue condenado a cinco años de ostracismo; razón por la que se dirigió a vivir a Nicaragua.

Finalmente, en junio de 1855, le tocó a don Juan Manuel ser el primer costarricense en enfrentarse a la “*Falange Americana*” (ejercito filibustero) dirigida por el mercenario y esclavista norteamericano William Walker. Pero no como parte del ejercito de nuestra patria (que entraría en acción bélica hasta el año siguiente), sino como guía de un piquete militar nicaragüense, que persiguió y acribilló a un grupúsculo filibustero dentro de nuestro

97 De La Goublaye, Yves y Chamberlain Gallegos, Eduardo. “Descendencia de Juan Manuel Quirós Blanco”. Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, No. 42-43, 2008, p. 283.

98 “Algunos datos sobre la vida del General Quirós”. Revista de Costa Rica, No. 4, 1929, pp. 67-68.

99 Rodríguez Porras, Armando. Juan R. Mora Porras y la guerra contra los Filibusteros. 1986, p. 35.

100 Obregón Loría. Op. cit., 1981, p. 100.

101 Colección de Leyes y Decretos (1849-1850). 1865, pp. 282-284.

territorio¹⁰², en el marco de la primera rebelión que ese país realizó en contra de la invasión filibustera.

- **Sr. Rogelio Fernández Güell – Lic. Luis Castro Ureña.**

Como resultado de una serie de enfrentamientos de raigambre político, el jurista y político Lic. Luis Castro Ureña¹⁰³desafió a Duelo al literato e intelectual Rogelio Fernández Güell¹⁰⁴, verificándose la lid en 1902, cuando ambos combatientes se citaron en La Sabana.

El Duelo fue pactado a ejecutarse por medio de revólver, pero una vez materializado, ninguno de los dos involucrados resultó herido¹⁰⁵, con lo que la lid se dio por fenecida.

VII) Tentativas de Duelo más afamadas de la historia de Costa Rica

- **Lic. José Astúa Aguilar – Lic. Leonidas Pacheco Cabezas.**

El 11 de abril de 1917, quedó instalada una nueva Asamblea Nacional Constituyente, con el propósito de emitir un nuevo estatuto Constitucional para nuestra patria. De previo a ello, se había conformado una comisión de ex-Presidentes de la República para que redactasen un proyecto en ese sentido, la

cual estuvo conformada por los abogados Bernardo Soto Alfaro, Ascensión Esquivel Ibarra y Cleto González Víquez, el médico Carlos Durán Cartín y el empresario Rafael Iglesias Castro¹⁰⁶.

El referido proyecto fue presentado a los diputados constituyentes, los cuales aprobaron la mayoría de su articulado, pero su acápite No. 28 resultó particularmente polémico cuando planteó la posibilidad de restaurar la otrora pena de muerte, al señalar: *“La pena de muerte sólo se impondrá a reos de homicidio premeditado y seguro, o premeditado y alevoso”*¹⁰⁷.

Dicho instituto punitivo había sido suprimido constitucionalmente en abril de 1882, cuando el Presidente de la República, Gral. Tomás Guardia Gutiérrez, había decretado el principio de que *“La vida humana es inviolable”*¹⁰⁸. Pero a raíz del crecimiento (cualitativo y cuantitativo) de una serie de hechos delictivos que se habían venido sucediendo desde esa fecha, la comisión de ex-mandatarios decidió incluirlo en su propuesta de constitución.

Así las cosas, desde el 1º, de mayo, el principal defensor de dicha restauración, fue el Presidente de la Asamblea Constituyente, Lic. Leonidas Pacheco Cabezas¹⁰⁹, quien emitió una serie de efusivos discursos a favor de ello. Como principal opositor a dicha medida, surgió la figura del afamado abogado penalista, Lic.

José Astúa Aguilar,¹¹⁰ (Diputado por San José), quien emitió un conjunto furibundo de antítesis y discursos, en contra de cualquier modo de ejecución judicial.

Finalmente, el miércoles 2 de mayo, el citado artículo 28 se puso a discusión entre los parlamentarios constituyentes, en sesión dirigida por el vicepresidente de dicho ente, Lic. Alejandro Alvarado Quirós¹¹¹, pues Pacheco Cabezas prefirió mantenerse en su curul, para solicitar que se adicionase a la redacción original del citado artículo, la frase: *“La pena de muerte no se ejecutará en Costa Rica para los delitos políticos y conexos”*¹¹². Lo cual de inmediato fue cuestionado y criticado por el jurista Astúa Aguilar, quien considero que dicha adición era un artilugio doloso y meticulosamente calculado, cuando la calificó de: *“lazo tendido a la Asamblea, algo así como una puñalada cuidadosa”*¹¹³.

Ante ello, el Lic. Pacheco Cabezas consideró que las manifestaciones de su colega diputado, constituían un ataque a su ética y honor, ya que *“no tiene derecho para juzgar la intención de mi propuesta”*¹¹⁴, por lo que de inmediato le retó a batirse en Duelo. Para lo cual solicitó a don Luis Demetrio Tinoco Gutiérrez y al Lic. Luis Anderson Morúa, que se sirviesen acompañarle como padrinos, lo que Astúa Aguilar imitó, al nombrar en esa misma

calidad, a don Víctor Guardia Quirós y a don Rudesindo Guardia Solórzano¹¹⁵.

Ese mismo día los cuatro padrinos se reunieron a conferenciar en el bufete del Lic. Anderson Morua, concluyéndose que el incidente de cita no constituía una ofensa para el honor de Pacheco Cabezas, pues las palabras de Astúa Aguilar habían sido emitidas en el transcurso de una sesión de debate parlamentario, propiamente en cuanto a una reforma legislativa, no en referencia a las calidades personales de ningún individuo¹¹⁶. Razón por la que la lid no se verificó.

Finalmente, en horas de la noche y al llevarse a cabo la votación, 34 diputados (de un total de 41) votaron en contra del controversial proyecto¹¹⁷, manteniéndose vigente en nuestra patria, el principio de inviolabilidad de la vida hasta el presente. Un mes más tarde, el 8 de junio, se aprobó la *“Constitución Política de 1917”*¹¹⁸, la cual se mantuvo vigente hasta el 3 de septiembre de 1919¹¹⁹, cuando fue derogada.

- **Dr. Antonio Zambrana Vázquez – Sr. Friedrich Witting.**

En horas de la madrugada del jueves 13 de julio de 1893, el destacado jurista cubano Dr. Antonio Zambrana Vázquez¹²⁰, estuvo a

102 Picado Michalski, Teodoro. Antecedentes de la Guerra Nacional. 1922, p. 14.
103 Dobles Segreda, Luis. Índice Bibliográfico de Costa Rica (Tomo VIII). 1936, p. 317.
104 Bonilla Baldares, Abelardo. Historia de la literatura costarricense. 1967, pp. 258-258.
105 Oconitrillo García, Eduardo. Rogelio Fernández Güell (Escritor, poeta y caballero andante). 1981, p. 40.
106 Arias Castro, Tomás Federico. La verdad histórica (El óleo del ex-Presidente Federico Tinoco y la pinacoteca de la Asamblea Legislativa). 2010, pp. 45-46.
107 Gómez U., Carmen Lila. La pena de muerte en Costa Rica durante el siglo XIX. 1985, p. 126.
108 Colección de Leyes y Decretos (1882). 1883, p. 54.
109 Oconitrillo García, Eduardo. Los Tinoco (1917-1919). 1982, p. 25.

110 Sáenz Carbonell. Op. cit, 2008, p. 383.
111 Chacón Chaverri, Tranquilino. Proceso Histórico (Parte I), 1920, p. 33.
112 “El incidente parlamentario Astúa-Pacheco”. La Prensa Libre, 4 de mayo, 1917, p. 2.
113 Gómez U. Op. cit., 1985, p. 132.
114 “El Sr. Presidente de la Asamblea Constituyente Lic. Leonidas Pacheco, retó a Duelo al diputado Lic. José Astúa Aguilar”. La Información, 5 de mayo, 1917, p. 4.
115 Fernández Morales. Op. cit., 2010, pp. 150-151.
116 “El incidente parlamentario Astúa-Pacheco”. La Prensa Libre, 4 de mayo, 1917, p. 2.
117 “La vida humana es inviolable en Costa Rica”. La Información, 3 de mayo, 1917, p. 4.
118 Colección de Leyes y Decretos (1917). 1918, p. 343-420..
119 Peralta Quirós. Op. cit., 1962, pp. 553-556.
120 Arias Castro, Tomás Federico. “Historia de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados”. Revista El Foro (Colegio de Abogados de Costa Rica), No. 10, 2009, pp. 14-15.

punto de batirse en Duelo con el ciudadano de origen germano, don Federico Witting¹²¹, sin que hasta el presente haya podido conocerse la causa que dio origen a este hecho.

Lo cierto es que ambos contendores se apersonaron a un terreno cercano a la ribera del río María Aguilar (Hatillo) en compañía de sus respectivos padrinos¹²²: el Lic. Tobías Zúñiga Castro y el Lic. Andrés Venegas García, por parte de Zambrana, y don Leoncio Bonilla y don Carlos Saborío por Witting.

Pocos días antes, se había esparcido el rumor de dicho enfrentamiento, por lo que la lid no pudo materializarse, ya que el referido jueves, tres policías se apersonaron al potrero de cita con el fin de arrestar a los involucrados, pero al momento de requisarlos, no se les encontró arma alguna, incluso después de la pesquisa que se efectuó en los alrededores del predio¹²³.

• **Gral. Jorge Volio Jiménez – Sr. José M. “Billo” Zeledón**

El proceso electoral de 1924, presentó como candidatos a la presidencia, al Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno (Partido Republicano), al Gral. Jorge Volio Jiménez (Partido Reformista) y al Lic. Alberto Echandi Montero (Partido Agrícola)¹²⁴, acaeciendo la jornada electoral el domingo 2 de diciembre de 1923.

Pero como ninguno de los tres candidatos alcanzó el porcentaje necesario para el triunfo (50% del padrón), le correspondía al Congreso (art. 73 de la Constitución Política) escoger al próximo Presidente de la República, entre los dos candidatos con mayoría de votos: Jiménez y Echandi¹²⁵. Por lo que el candidato que obtuviera el respaldo del mayor numero de diputados sería el seguro ganador.

Fue entonces, que los votos de los parlamentarios del Partido Reformista se hicieron especialmente valiosos, pues tanto los diputados del Partido Republicano como los del Partido Agrícola, eran insuficientes para decidir la cuestión presidencial. Pero en el programa partidista del Reformismo, propiamente en su artículo XVIII, se prohibía expresamente cualquier tipo de unión, pacto o fusión con alguna fuerza o partido político¹²⁶.

Finalmente en enero de 1924, los representantes del Partido Reformista se reunieron con los enviados del Partido Republicano y decidieron los primeros, dar el apoyo y la adhesión a los segundos, en la sesión parlamentaria del 1 de mayo. Con ello se aseguró, por segunda ocasión, el acceso de Jiménez Oreamuno al solio presidencial, pues a criterio de Volio Jiménez¹²⁷, había que respetar la voluntad de la mayoría del pueblo costarricense, quien había votado en su mayoría por don Ricardo en los comicios de 1923.

121 Hijo del ciudadano alemán Wilhelm Witting, quien desempeñó por varios años el puesto de Director de la Casa de la Moneda. Herrera Balharry, Eugenio. Los alemanes y el Estado Cafetalero. 1988, p. 111.
122 Vargas Araya, Armando. El Doctor Zambrana. 2006, pp. 204-205.
123 Archivo Nacional de Costa Rica. Documento No. 4.081. Alcaldía Tercera de San José, 1904.
124 Fernández Guardia. Op. cit., 1984, p. 148.
125 Salazar Mora, Jorge M. Crisis liberal y estado reformista (análisis político-electoral 1914-1949). 2002, p. 119.
126 Molina Jiménez, Iván. Urnas de lo inesperado (fraude electoral y lucha política en Costa Rica: 1901-1948). 1999, p. 60.
127 Acuña V., Miguel Ángel. Jorge Volio (El tribuno de la Plebe). 1972, p. 89.

Ello provocó que el 10 de febrero apareciera en el periódico “*Diario del Comercio*”, un extenso artículo en el que se fustigaba y cuestionaba ostensiblemente a don Jorge por su adhesión a Jiménez Oreamuno. Escrito que fue rubricado por uno de los amigos mas cercanos a don Jorge y co-fundador del Partido Reformista, don José María “*Billo*” Zeledón Brenes¹²⁸.

Al día siguiente el ex candidato del Reformismo, redactó una carta a los señores Enrique Fonseca Zúñiga y Juan de Dios Monge Chavarría, en la que les solicitaba se apersonasen en calidad de padrinos, al domicilio de Zeledón Brenes y le exigiesen una retractación y aclaración publicas de su escrito, o en su defecto, procediesen a retarle a Duelo en su nombre¹²⁹. Petitoria que fue

notificada a “*Billo*” a la una de la madrugada, el cual por su parte, procedió a nombrar como padrinos a los señores José María León Roca y José Ángel Zeledón Barrantes.

En horas de la tarde de ese mismo día, los cuatro padrinos se reunieron para conferenciar sobre el escrito y la eventual lid, pero ante una serie de aclaraciones y explicaciones de los padrinos de Zeledón Brenes, acerca de la intención real del escrito, así como una publicación aparecida en el periódico “*La Tribuna*”, en la que “*Billo*” emitía una serie de conceptos elogiosos por la actuación del Gral. Volio Jiménez en la resolución electoral de enero de 1924, provoco que el cuarteto de padrinazgo se diera por satisfecho en todas sus respectivas pretensiones, dando por finiquitado el asunto¹³⁰.

128 Oconitrillo García, Eduardo. Cien años de política costarricense (1902-2002). 2004, p. 56.
129 Volio Brenes, Marina. Jorge Volio y el Partido Reformista. 1973, p. 208.
130 Oconitrillo García, Eduardo. Un siglo de política costarricense (crónica de 23 campañas electorales). 1981, p. 83.

NOTAS SOBRE DERECHO TURÍSTICO

Lic. Luis Albán Arias Sosa

S.S.C. – I.T.C.R., SANTA CLARA

DEDICATORIA

A los alumnos del curso Legislación Turística de Costa Rica.□

AGRADECIMIENTO

Para la Escuela de Ciencias y Letras del TEC.

EPÍGRAFE

La palabra turismo “... es simplemente una etiqueta verbal, que desde no hace mucho, califica un acto social casi tan viejo como el mundo, practicado bajo nombres y modalidades de extrema diversidad.” *

INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas encuentran su causa en la, cada vez más, elevada repercusión del turismo y la advertida necesidad de un abordaje sistémico desde diversas áreas. Una de ellas el Derecho; éste recién se planta frente a una realidad bastante novel para él, por eso requiere empezar a interpretarla y así surgen las primeras reflexiones al respecto. La discusión jurídica, entonces, es contemporánea, pocos

trabajos sobre el particular hay. De allí que nuevas contribuciones, tendientes a brindar empuje, cohesión y afianzamiento, resulten bienvenidas. Esta disertación, dentro de ese orden de ideas, siempre con el propósito de delinearla adecuadamente, dará una mirada a los aspectos preliminares y básicos de la asignatura iusturística. Queda determinado, por ende, el norte a seguir.

Los objetivos directores de este estudio, en función de las ambiciones dichas, son los siguientes:

- Describir al Derecho Especial del Turismo.
- Examinar lo turístico como vocablo jurídico.
- Considerar, en breve, el cuadro de figuras contiguas.

El marco operativo planteado, en las palabras precedentes, establece los confines del criterio aquí expuesto.

De esta suerte; el actual aporte bibliográfico, atendiendo a una perspectiva elemental, abre con la determinación de la rama involucrada y continúa con cuestiones conexas.

□ Carrera Gestión del Turismo Rural Sostenible, Sede San Carlos, Instituto Tecnológico de Costa Rica (años 2007 y 2008).

* Lavaur citado por Fernández, 2001, p.22.

DERECHO TURÍSTICO*

A- Noción

En la actualidad el fenómeno del turismo constituye uno de los soportes de la economía. Al Derecho, en su calidad de referente social, le resulta imposible eludir esa verdad. Existe una adquisición de relevancia y notoriedad que obligan al legislador a ocuparse de él y a dotarlo de un orden apropiado. Como tantas veces ocurre, en las diversas ramas, primero surge la actividad y a posteriori su marco normativo¹. Posibilitándose hoy el atisbo de un nuevo ámbito, el denominado: Derecho Turístico. Explicado como aquel sistema² regulador de las relaciones jurídicas³ surgidas del turismo⁴.

Técnicamente, en cuanto a atribuirle el rasgo de la autonomía, falta consenso. Esto ante la ausencia, sobre todo, de aquellos principios peculiares que le permitan la

calificación de aparte separado⁵. Teniéndosele, entonces, como una renglón especial del Derecho Administrativo⁶. Sin embargo, ello no supone abandonar la normal tendencia de crecer⁷ hasta constituirse en un Derecho Autónomo⁸.

Así las cosas, dilucidada su naturaleza, el Derecho Especial Turístico confía en proporcionar, a partir de unas idóneas disposiciones⁹, su concurso en el aliento y patrocinio de este profuso fenómeno¹⁰. De allí la generación de normas rectoras del tema¹¹; tendientes éstas a organizar, de manera armónica¹², los distintos aspectos relacionados (verbigracia, entorno y patrimonio)¹³.

B- Concepto Jurídico de Turismo

La actividad de comentario no es completamente novedosa: hay reminiscencias, con los peregrinajes de corte religioso¹⁴, desde la antigüedad y el medioevo¹⁵; aunque es con

ciertos universitarios británicos recorriendo Europa, entre los siglos 17 y 19, que se considera germinó el fenómeno turístico¹⁶ (no obstante su decidido ascenso fue, en la pasada centuria, con el derecho a vacaciones otorgado al recurso humano¹⁷ y el avance de la transportación).¹⁸ Pero donde sí observase una primicia; es en el intento, por parte del Derecho, de aprehender su significado.¹⁹

Al turismo, jurídicamente hablando, lo divisan como una actividad económica²⁰ relativa al desplazamiento²¹ transitorio²² de individuos lejos de su entorno cotidiano y a la asistencia²³ que se les brinda²⁴. Determinantes resultan, entonces, el traslado y la provisionalidad.

El turista aparece en un contexto ajeno a aquel en donde despliega su vida hogareña, académica o laboral²⁵ (estando a merced de circunstancias que, en general, no inquietarían a los residentes)²⁶. Mas dicha aparición implica una extensión temporal limitada, pues de lo contrario la satisfacción de sus necesidades no se diferenciaría de aquella propia de los lugareños (mucho tiempo en el mismo sitio tiende a uniformar el tipo de atenciones percibidas)²⁷. Al tenor de lo expresado surgen las diversas categorías turísticas: convencional, deportiva, natural, marina, rural, médica, social, religiosa, etc.²⁸

* Escrito preparado en octubre, noviembre y diciembre del 2008.

1 “... se encuentran antecedentes de normas en la Edad Media en las que se regulaban aspectos de la actividad turística, los viajeros y los turistas, ...” Fernández, 2005, pp.216-217.

2 Compresivo también, según ya se comenta, de principios y preceptos. Blanco, 2006, pp.107-141.

3 Ver en igual sentido, Auriolés, 2002, p.30; Martínez y Pérez citados por ídem, p.31.

4 En la búsqueda de su fomento y control. Así: Fernández, 2005, p.217.

5 “... no hay tal singularidad de principios diferentes a otras ramas y propios o exclusivos de un supuesto Derecho Turístico.” Blanquer citado por Guillén, 2002, nota 3, p.358. “... faltan unos criterios de ordenación propios.” Fernández, 2005, p.217.

6 “La esencialidad del Derecho del turismo (sic) es administrativa, sin perjuicio de los aspectos jurídico-privados de la contratación turística.” Fernández, 2001, p.13. “... existe una división denominada Derecho Turístico, de marcado carácter público y administrativo.” Fernández, 2005, p.223.

7 Desde ahora “... se presta a una exposición sistemática de su contenido.” Auriolés, 2002, p.32.

8 Hay tres criterios, con los cuales es indispensable contar, para acceder a la autonomía: postulados, ordenamiento y estudio. Asimismo: Arias, 2008, apartado B.

9 Los distintos Estados adoptan variadas medidas, de carácter público y privado, para desarrollar el campo turístico. Ver en igual sentido, Busto y otros, 2005, p.827; Fernández, 2005, p.220 y Kemelmajer, 1994, pp.104-105.

10 La acción, según relatan, deberá tender a promover tanto el turismo externo como el interno. Barbieri, 1998, p.326.

11 Hablase, conforme a diversas nomenclaturas, de: “... Leyes de Turismo, Leyes Generales de Turismo o Leyes de ordenación (sic) del Turismo, ...” Fernández, 2005, p.220.

12 “El Estado es quien define y pone en funcionamiento la política nacional del turismo; ...” Kemelmajer, 1994, p.105.

13 Costa Rica no escapa a este escenario. De esta forma: Largaespada y Conejo, 2005, pp.374-383.

14 Y algunos mencionan que hasta “deportivo”. Ghersi y Weingarten, 2000, p.18.

15 Cf. Ídem, p.19.

16 Inclusive, según cuentan, con una experta agencia de viajes: The Thos Cook and Son (del inglés Thomas Cook, establecida en 1841). Barbieri, 1998, p.325.

17 “El turismo de nuestros días no está reservado a las elites; no es una actividad “aristocrática” sino un fenómeno de masas; ...” Kemelmajer, 1994, p.101.

18 Ver en igual sentido, Auriolés, 2002, p.23; Ghersi y Weingarten, 2000, p.20.

19 Definir lo “turístico” tipifica las actividades que pueden calificarse como suyas. De esta forma: Auriolés, 2002, p.25. “... resulta determinante para abordar algunos de los problemas que ofrece el sector turístico, ...” Fernández, 2001, p.23.

20 “... la misma consiste en una actividad creadora de riqueza, ...” Ascarelli citado por Arias, 1996, p.358.

21 Según comentan una característica primordial es el desplazamiento, con intención de retorno, fuera del espacio geográfico acostumbrado. La propia palabra referida al fenómeno –“turismo”- sugiere la idea de “vuelta”, “giro”, “regreso”. Fernández y Pérez citados por Auriolés, 2002, p.22. “... vocablo francés tor ... se refiere a movimientos que retornan.” Fernández, 2001, p.22.

22 “Esa estancia es temporal ...” Fernández, 2005, p.215. “... durante un período consecutivo no superior a un año, ...” Organización Mundial del Turismo citada por Tudela, 2006, nota 3, p.235.

23 “... organización de los medios conducentes a facilitar ... viajes ...” Fernández, 2001, p.23. “El turismo se manifiesta en una serie de actividades relacionadas con el desplazamiento y la estancia de los viajeros a lugares que no son los habituales de su residencia.” Fernández, 2005, p.215 –la negrilla no es del original-.

24 Otras acepciones serían: “... movimiento y estancia de personas fuera de su lugar habitual de trabajo o residencia por motivos diferentes de los profesionales habituales en quien los realiza ...” Ley –española- 48/1963 citada por Auriolés, 2002, p.24; “... desplazamiento y permanencia de las personas fuera de su domicilio habitual por razones de ocio, negocio, salud, religión y cultura ...” Ley de Turismo de La Rioja citada por ídem, pp.24-25 y “...desplazamiento y permanencia de las personas fuera de su domicilio habitual por razones de ocio, salud, negocios, cultura, religión ...” Organización de la Naciones Unidas citada por Tudela, 2006, p.235.

25 “Sin duda el turista suele caracterizarse porque se traslada a otro lugar, no siendo éste el de su residencia fija.” Fernández, 2001, p.24. “..., debe haber un desplazamiento o viaje de la persona a un lugar distinto ...” Roca citado por ídem, p.29.

26 “El turista está fuera de su medio, desconoce las leyes y costumbres locales y en muchos casos inclusive el idioma, por lo que tiene que confiar plenamente en terceras personas.” Gurria, 2002, p.116.

27 En esto seguimos pensamiento ibérico. Auriolés, 2002, pp.27 y 30.

28 De este modo: Fernández, 2001, pp.19 y 24 y Gurria, 2002, p.113.

C- Figuras Adyacentes

1) Turista²⁹

Es el sujeto³⁰ que usa³¹, como destinatario final³², algún servicio de turismo³³. Según se examinó un alejado provisorio³⁴. Tratase de un consumidor³⁵ específico que pacta y exige la consiguiente responsabilidad³⁶. Merece ser protegido³⁷, en esta tesitura, al considerársele comúnmente³⁸ la parte débil de la relación turística (por su inferioridad en cuanto a contactos, manejo y comprensión del mercado)³⁹.

Dicha tutela, por ejemplo, le atribuye los derechos de: información (ésta debe ser clara, fidedigna, neutral e íntegra)⁴⁰, calidad (poder gozar de la asistencia exactamente dispuesta),⁴¹ tranquilidad (garantía de seguridad e intimidad en el disfrute),⁴² comprobantes (acceso a la documentación demostrativa de las condiciones establecidas),⁴³ queja (posibilidad para plantear reclamos).⁴⁴ Estando entre los intrínsecos y consabidos deberes correlativos, verbigracia: la cancelación del precio (esto viabiliza cumplir con las atenciones prometidas), el suplir los papeles necesarios (entre otros; cédula, pasaporte, tiquetes,

29 Según relatan nuevas denominaciones son: usuario turístico, consumidor turístico, usuario de servicio turístico. Fernández, 2001, p.27 y Guillén, 2002, p.368.

30 “..., sin distinción de raza, sexo, lengua o religión, ...” Convenio de Nueva York citado por Fernández, 2001, p.28.

31 “... adquiera, utilice o disfrute ...” Razquin, 2006, p.289.

32 Es decir, expuesto a situaciones de abuso o de indefensión. De esta manera: Blanco, 2006, p.137.

33 “Durante muchos años el viajero era un sujeto solitario, aventurero, que tomaba decisiones individuales sobre cómo organizar su viaje, contratando en forma individual el transporte, el hospedaje, la alimentación y las visitas que le interesaba realizar.” Lorenzetti, 2000, p.187.

34 Véase supra Aparte B. Ver en igual sentido -aportando variados intentos definitorios- Guillén, 2002, pp.367-369; Hernández y Picado, 1999, pp.17-23; Razquin, 2006, pp.288-291 y Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Turismo, art.38 p.1 y 2.

35 La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor es un instrumento trascendente para proteger a los turistas. De tal manera: Hernández y Picado, 1999, p.276. “La relación entre turismo y consumo es inevitable e imprescindible.” Razquin, 2006, nota 34, p.291.

36 Resultando “...; la protección directa del turista -...- en sus relaciones jurídicas con el prestador.” Busto y otros, 2005, p.827. “..., los derechos que –se- reconocen a los turistas o usuarios turísticos son derechos específicos y, por tanto, sin perjuicio de los generales reconocidos en la legislación –restante- ...” Razquin, 2006, p.295 -lo entre guiones no son del original-.

37 Elevándole, según cuentan, al rango de Postulado General del Derecho Turístico; bajo el nombre: Principio de Protección del Usuario. Blanco, 2006, pp.136-138.

38 “En la mayoría de los casos, quien conoce la forma de manejarse en el mercado y al mercado mismo, es el comerciante, productor o vendedor, ...” Hernández y Picado, 1999, p.277.

39 Otras razones, venidas de Aragón, para reforzar la protección jurídica al turista son: su lejanía, los problemas de información, el desligue entre el lugar del acuerdo y el de disfrute, las dificultades en los reclamos, etc. Razquin, 2006, pp.292-293.

40 “... sin posibilidad de malas interpretaciones ...” Barbieri, 1998, p.334. “..., sin dar lugar a confusión, ...” Ley –argentina- 18.829 citada por Kemelmajer, 1994, p.106.

41 “..., el usuario, ..., tiene derecho a recibir las prestaciones concertadas.” Busto y otros, 2005, p.830. Aprovechar “... la totalidad de los servicios contratados con las condiciones y características estipuladas.” Ordenamiento español respectivo citado por Kemelmajer, 1994, p.106.

42 Todo esto referido, según comentan, a: buen trato, bienes resguardados, instalaciones adecuadas, ausencia de imágenes y sonidos molestos, etc. Busto y otros, 2005, pp.829 y 831.

43 A saber: contrato escrito, facturas, recibos, etc. De tal forma: Kemelmajer, 1994, pp.121-122 y Razquin, 2006, p.296.

44 Cuando sea necesario para defender los derechos del turista. Así: Ley de Turismo de Cataluña citada por Razquin, 2006, p.297.

permisos de salida para menores), la adopción de las indicaciones recibidas (tendientes las mismas a generar orden, cortesía, convivencia, respeto por el ambiente y las culturas).⁴⁵

2) Empresa

Ella es quien se dedica, amparada en la libertad de comercio⁴⁶, a brindar servicios de turismo.⁴⁷ Está al pendiente, entonces, de solventar exigencias surgidas en un marco de ajenidad.⁴⁸ Quedan comprendidas aquí, a saber, las encargadas del hospedaje (acogen al turista en su pasajera estadía exterior), la alimentación (sitios de bebidas y comidas), el interponerse (acercan a los demandantes de asistencia con los oferentes de atención) y las de corte comunicacional (orientan sobre la propuesta turística existente).⁴⁹

3) Actividad Turística⁵⁰

Aquella cuya aspiración radica en resolver los requerimientos⁵¹ del turista.⁵² Implica proporcionar, siendo aspecto determinante, el respaldo idóneo a este singular consumidor.⁵³ Apoyo que, por lo demás, encuentra asidero en los ordenamientos⁵⁴ público y privado.⁵⁵ Acá se abarcan acciones, dirigidas al turismo, tales como: educar para la sostenibilidad, vender artesanías, erigir infraestructura e instalaciones, transportar personas y pertenencias, ofrecer asesoría profesional, concebir espectáculos, organizar viajes, alquiler de inmuebles y animales, etc.⁵⁶

4) Contrato de Turismo

Reseña el nexo, de carácter heterogéneo⁵⁷, acordado entre turista y

45 Ver en igual sentido, Barbieri, 1998, pp.336-337; Kemelmajer, 1994, pp.122-126 y Razquin, 2006, pp.297-298.

46 Constitución Política, art.46 p.1.

47 “Se contrapone al turista la persona del empresario turístico, cuya empresa consiste, precisamente, en la prestación de unos servicios que son demandados, de manera preferente, por los turistas ...” Aurióles, 2002, p.32. “Sin duda alguna, los operadores o agencias de turismo encuadran dentro del concepto de “empresa”, ...” Barbieri, 1998, p.328. Deberían exigirse, según relata alguna doctrina, la persecución del lucro y la entera profesionalidad. Tudela, 2006, p.237.

48 Véase supra Aparte B.

49 Sin pretender agotarlas, dada su riqueza, serían: albergues, campings, hoteles, bares, cafeterías, restaurantes, agencias de viajes, campos de golf, centros de reservación, discotecas, espacios para el deporte de aventura, parques temáticos, puestos de información, etc. Asimismo: Fernández, 2001, p.26; Fernández, 2005, p.218 y Tudela, 2006, pp.231 y 234.

50 “..., lo primero que hay que indicar es que será actividad turística aquello que sea definido como tal por el legislador.” Tudela, 2006, p.236.

51 Según cuentan también están incluidas las operaciones conducentes a atraer flujos de turistas. Nogueira, 2006, p.222.

52 “... conjunto de bienes, productos, servicios y recursos turísticos que las instituciones y empresas turísticas ponen a disposición del mercado ...” Ley cantabra citada por Nogueira, 2006, p.224. Gestión “... destinada a proporcionar a los turistas los servicios de alojamiento, intermediación, restauración, información, acompañamiento o cualquier otro servicio relacionado directamente con el turismo.” Ley aragonesa citada por Razquin, 2006, p.290.

53 Ver en igual sentido, Fernández, 2001, p.27; Fernández, 2005, p.218 y supra, Aparte C, Subaparte 1.

54 Sobre el particular pueden consultarse técnicos locales. Largaespada y Conejo, 2005, pp.374-383.

55 “Jurídicamente, esa “industria” –turística- crea múltiples y complejas relaciones que atañen a todas las ramas del Derecho, ...” Kemelmajer, 1994, p.103 –lo entre guiones no es del original-. “... no resulta posible comprender el derecho del turismo si no se tiene presente su doble cara, pública y privada.” Tudela, 2006, p.236.

56 En esto secundamos escuela foránea. Fernández, 2005, p.218 y Nogueira, 2006, pp.221-222.

57 Involucra diversidad de Derechos: Civil, Comercial, del Consumidor, de la Competencia, Administrativo, Internacional, etc. De esta forma: Barbieri, 1998, p.327; Fernández, 2005, p.223 y Lorenzetti, 2000, pp.189-190.

empresa.⁵⁸ El primero recibe un producto (bien y/o servicio) entregado por la segunda.⁵⁹ En general este pacto resulta oneroso; es decir, obedece a un precio⁶⁰ imputable a la primera parte mencionada.⁶¹ Ésta, además, la mayoría de las veces, se adhiere⁶² a un texto empresarialmente preestablecido.⁶³ Lo cual influye en una normativa⁶⁴ benefactora que viene en su auxilio⁶⁵.

CONCLUSIÓN

Al término de estas observaciones es conveniente, subrayando asuntos medulares, determinar el inventario de lo verificado. Adviértanse, entonces, las principales ideas señaladas.

La ordenación de las relaciones turísticas reviste la calidad de especial, siendo este el calificativo jurídico que identifica al Derecho del Turismo.

Lo turístico, desde la óptica jurídica, comprende un contexto ajeno y una extensión temporal limitada.

Coherentemente: el turista es un desplazado transitorio, la empresa responde a imperativos nacidos del alejamiento, en socorro al primero deviene la actividad y las prestaciones acaecidas son regladas por el contrato.

Conteste con el derrotero anticipado, en los comienzos de esta tarea, se alcanzaron a concretar los planteos de partida.

BIBLIOGRAFÍA*

Libros

Aurioles (Adolfo)
Introducción al Derecho Turístico, Madrid, Tecnos, s.n.e., 2000.

Barbieri (Pablo)
Contratos de Empresa, Buenos Aires, Editorial Universidad, s.n.e., 1998.

Busto (José) y otros
Reclamaciones de Consumo, Elcan, Editorial Aranzadi, s.n.e., 2005.

Echevesti (Carlos) y Silvestre (Norma)
La Responsabilidad de las Agencias de Viajes, Buenos Aires, La Ley, 1A. ED., 2006.

Fernández (Ángel)
Introducción al Derecho para el Sector Turístico, Madrid, Thomson, s.n.e., 2005.

Fernández (Carmen)
Derecho Administrativo del Turismo, Madrid, Marcial Pons, s.n.e., 2001.

Gherzi (Carlos) y Weingarten (Celia)
Contrato de Turismo, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, s.n.e., 2000.

Gurría (Manuel)
Introducción al Turismo, México, Trillas, reimpresión sexta de la primera edición, 2002.

Méndez (Odilón)
La Investigación Científica, San José, Investigaciones Jurídicas, 2 ed., 2002.

Revistas

Guillén (Javier)
Algunos Aspectos de la Protección Jurídica del Turista. Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, #115, julio - setiembre del 2002, pp.357-379.

Largaespada (Maribel) y Conejo (Juan)
Turismo y Marco Jurídico Nacional. Revista Parlamentaria, San José, #2 – Vol. 13, agosto del 2005, pp.371-404.

Tratado

Lorenzetti (Ricardo)
Tratado de los Contratos, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, s.n.e., 2000.

Obras Colectivas

ARIAS (Luis Albán)
Consideraciones en torno a la Empresa Pública. Estudios de Derecho Mercantil, San Ramón, Sección de Ciencias Jurídicas, Sede de Occidente, Universidad de Costa Rica, s.n.e., 1996, pp.350-398.

Blanco (Francisco)
Los Principios Generales del Derecho del Turismo. El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico, Zaragoza, Cortes de Aragón, s.n.e., 2006, pp.107-141.

Kemelmajer (Aída)
El Contrato de Turismo. Derecho Privado y Comunitario, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, s.n.e., 1994, pp.101-147.

Nogueira (Alba)
Los Conceptos Objetivos del Derecho del Turismo. Recurso Turístico y Actividad Turística. El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico, Zaragoza, Cortes de Aragón, s.n.e., 2006, pp.205-227.

Razquin (Martín)
Los Conceptos Subjetivos del Derecho del Turismo (III). El Estatuto del Turista como Consumidor y Usuario. El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico, Zaragoza, Cortes de Aragón, s.n.e., 2006, pp.271-304.

Tudela (José)
Los Conceptos Subjetivos del Derecho del Turismo (I). La Empresa Turística. El Derecho del Turismo en el Estado Autonómico, Zaragoza, Cortes de Aragón, s.n.e., 2006, pp.229-269.

58 Ver en igual sentido, Echevesti y Silvestre, 2006, pp.20-21; Kemelmajer, 1994, p.104 y Lorenzetti, 2000, p.187.
59 Se trata de las partes contractuales. De allí procede, según comentan, el calificativo de “bilateral”. Barbieri, 1998, p.328 y Fernández, 2005, p.224.
60 “... el pago de una cantidad de dinero.” Echevesti y Silvestre, 2006, p.13.
61 Las empresas y los profesionales que intervienen, “... tienen como objetivo finalista la obtención de un beneficio económico.” Fernández, 2005, p.224.
62 “... con poca capacidad de negociación y discusión ...” Fernández, 2005, p.224.
63 “... lo cual transforma a la figura en un típico contrato de adhesión; ...” Barbieri, 1998, p.329. “... normalmente se celebra y formaliza mediante un instrumento –formulario- que contiene condiciones generales predispuestas, ...” Kemelmajer, 1994, p.107 –lo entre guiones no es del original-.
64 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.42.
65 El turista es un consumidor “... frente a una organización impenetrable y en gran medida anónima.” Echevesti y Silvestre, 2006, p.20. “... el turismo es regulado como una relación de consumo en la que se debe proteger a la parte débil que es el consumidor o usuario, ...” Lorenzetti, 2000, p.190.
* Reunida en el transcurso del primer trimestre del 2008. Las bibliotecas accedadas fueron: Asamblea Legislativa, Banco Central de Costa Rica, Colegio de Abogados y Poder Judicial.

Trabajo Final de Graduación

Hernández (Junior) y Picado (Ligia)
Responsabilidad Civil de la Partes en los Contratos de Turismo de Aventura, San José, Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

Texto

Arias (Luis Albán)
Prolegómenos de Derecho Bancario, Santa Clara, Sede San Carlos, Instituto Tecnológico de Costa Rica, 2008.

Constitución

Constitución Política, 7 de noviembre de 1949, San José, IJSA, 22. ed., 2005.

Leyes

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, #7472 del 20 de diciembre de 1994, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 8 ed., 2005.

Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Turismo, #1917 del 30 de julio de 1955, San José, Editec Editores, 1era ed., 2005.

ÍNDICE

- Notas sobre Derecho Turístico

- Dedicatoria
- Agradecimiento
- Epígrafe
- Introducción

- Sección Única
 - A-Noción
 - p. 6
 - B-Concepto Jurídico de Turismo
 - p. 8
 - C-Figuras Adyacentes
 - p. 10
 - 1)Turista
 - 2)Empresa
 - 3)Actividad Turística
 - 4)Contrato de Turismo

- Conclusión
- Bibliografía

EL DAÑO SOCIAL: SU CONCEPTUALIZACIÓN Y POSIBLES APLICACIONES

Licda. Ana Lucía Aguirre Garabito
Licda. Irina Sibaja López¹

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal de 1996 introduce dentro de sus normas un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, el daño social. Específicamente, el artículo 38 de dicho Código establece la facultad de la Procuraduría General de la República para instar mediante una acción civil, el resarcimiento del daño social que se genera como consecuencia de un hecho punible que afecte intereses difusos o colectivos.

A pesar de ser una figura que se encuentra dentro de nuestra legislación hace más de veinte años, su desarrollo doctrinario ha sido escaso y utilización en los tribunales fue prácticamente inexistente hasta que la Procuraduría tomó la iniciativa de utilizarla al intentar cobrar este daño en procesos relacionados con el ambiente, con asuntos tributarios, y recientemente, con aquellos relacionados con el delito de corrupción en la función pública. Tales son los casos “Caja Costarricense del Seguro Social-Fischel” y “Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel”. Por éstos, la figura del daño social ha adquirido gran protagonismo en el debate público y discusión jurídica.

La expectativa que generó la utilización del daño social, especialmente en el caso “CCSS-Fischel” hizo que aquellos que estamos

involucrados en el mundo del derecho, esperáramos con ansiedad la sentencia del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, el cual estaba a cargo de dicho caso, a la expectativa del establecimiento de lineamientos sobre dicha figura. Sin embargo, el Tribunal adoptó una posición reservada, otorgando un monto por este concepto; sin dar ninguna luz sobre el concepto, características y modo aplicación de un tipo de daño cuya delimitación se hace cada vez más necesaria en una sociedad que transita de la individualidad a la colectividad.

Por esta razón, es necesario realizar un breve esbozo de la conceptualización de la figura dentro del sistema jurídico costarricense.

NUESTRO PUNTO DE PARTIDA: UN ACERCAMIENTO A LOS PRINCIPALES ELEMENTOS CONCEPTUALES

Abordar una figura jurídica que no ha sido investigada, requiere de un conjunto de elementos teóricos y conceptuales que le den fundamento su análisis y, a la vez constituyan la base de la construcción conceptual que se plantea de tal figura, en este caso, del daño social. De ahí que en este apartado se tratarán los aspectos necesarios que garanticen su comprensión.

¹ Licenciadas en Derecho de la Universidad de Costa Rica y autoras del Trabajo Final de Graduación titulado “Lineamientos para la compresión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense”.

2.1. Los hechos jurídicos: el criterio real objetivo

El análisis de la categoría de los hechos jurídicos, así como sus especificaciones, se compone de dos elementos esenciales; el primero nos remite a la conceptualización de los hechos, mientras que el segundo refiere al carácter jurídico de los mismos.

Realizamos el estudio del daño social partiendo del criterio de análisis y clasificación real-objetivo, el cual nos brinda una base conceptual sólida que permite profundizar en el tema. El criterio, tiene su antecedente en la fenomenología jurídica que plantea el cuádrinomio fundamental, el cual muestra que existen dos tipos de fenómenos relevantes para el derecho: los espaciales (sujetos y objetos) y los temporales (eventos y comportamientos). Son estos últimos los relevantes para el tema de los hechos jurídicos, ya que su diferencia central reside en que los primeros “permanecen” y los segundos “acontecen”.

Asimismo, este criterio, a diferencia de los denominados “tradicionales”², parte del supuesto que el orden social configura el fundamento del derecho, de ahí que al plantear la clasificación de los hechos jurídicos se debe recurrir a los diferentes valores e intereses sociales que se pueden ver afectados por los diversos fenómenos temporales: eventos y comportamientos.

A partir de esta perspectiva real-objetiva cuando se analiza el tema de los hechos jurídicos, se deja atrás el concepto de “acto” para sustituirlo por el de “comportamiento”, además se pasa de la categoría de “hecho de la naturaleza” al de “evento”. Lo anterior, con el fin de crear conceptos genéricos que engloben todas las situaciones que acontecen en la realidad social.

Cuando nos referimos a los *eventos* de la naturaleza, comprendemos que estos no ponen en funcionamiento el ordenamiento jurídico por sí mismos, lo que dificulta su regulación en las normativas, pero sobre todo en la previsión de consecuencias jurídicas que se puedan ligar a éstos. Sin embargo, éstos adquieren importancia cuando producen resultados dañosos afectando relaciones jurídicas preestablecidas. En este sentido, en los eventos los individuos o la colectividad son un punto de incidencia de las energías, sin existir iniciativa o participación suya.

Apartir de esta conceptualización genérica, se plantea en la doctrina una clasificación de los eventos: los relativos a la esfera física, la esfera orgánica (hechos de la vida) y a los hechos psíquicos.

En suma, los eventos son hechos que carecen de incidencia humana, adquieren relevancia sólo cuando afectan de manera directa intereses tutelados e importantes para

2 Los cuales son “causa de efectos jurídicos” y aquellos referidos a “lo que no es acto”. En lo que respecta a la primera acepción, se concibe el hecho como la causa del fenómeno temporal que produce efectos que tienen implicaciones jurídicas. Esta perspectiva, liga los efectos jurídicos a los hechos, poniéndolos como presupuesto de las conductas jurídicamente normadas. Por su parte, la segunda definición plantea que los hechos jurídicos se oponen a los actos jurídicos. Estos actos remiten a hechos en los cuales intervienen la voluntad y la conciencia humana; por ello, la conceptualización de hechos se utiliza en sentido restrictivo para indicar todos aquellos hechos jurídicos que no sean actos.

el sistema jurídico, aquellos imperantes en un determinado espacio social.

Por su parte, cuando hablamos de *comportamientos* humanos, sea la acción como la omisión, se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional por sí mismo, esto sin necesidad, en la mayoría de los casos, de realizar algún tipo de consideración que haga dudar acerca de su naturaleza.

El comportamiento no en todas sus manifestaciones tiene importancia jurídica, ello ocurre, sólo, cuando afecta de manera directa valores y principios importantes dentro de un sistema axiológico. Debemos tener presente que éste puede manifestarse de dos formas: en concordancia con el ámbito jurídico o en disonancia con éste. Sobre ellas nos referiremos más adelante.

Entonces, dentro de este marco cuando se habla de “*hecho*”, nos referimos a un proceso de exteriorización provocado por un acontecimiento producto de un evento de la naturaleza o por un comportamiento humano. Siendo así, el proceso de exteriorización el principal objeto de estudio, cuando analizamos el tema de los hechos jurídicos, sobre todo por la relevancia que se le otorga al entorno social. Resulta esencial recordar que el derecho es una ciencia social, lo que implica que su configuración está determinada por el espacio y el tiempo en el que se desarrolla.

Por esta razón, la “*juridicidad del hecho*”³ responde a ese espacio social; lo cual implica

una valoración que la sociedad realiza acerca de los acontecimientos que tienen incidencia dentro del ámbito colectivo. Lo anterior supone que la “*apreciación que haga puede asumir una doble actitud, según se apruebe o rechace el comportamiento como socialmente útil o dañoso*”.⁴

En este sentido, se plantea el *hecho jurídico* como “*todo fenómeno temporal importante para el Derecho sea evento o comportamiento, relevante o ineficaz, causal o efectual*”.⁵

Por tanto, los hechos jurídicos no son más que una respuesta del Derecho en procura de la tutela de aquellos comportamientos y eventos relevantes socialmente y, encuentran su fundamento en el sistema axiológico establecido por el contexto colectivo en donde se gesta el ordenamiento jurídico.

2.2. El Contexto Actual: ampliación de la “teoría de daños”

Nuestra sociedad actual se caracteriza por ser una sociedad de producción, de intercambios y de consumo en masa, donde los medios de comunicación y el desarrollo tecnológico han adquirido gran relevancia. Como consecuencia de ello, también los conflictos se convierten en asuntos de la colectividad, por ejemplo en materia de trabajo, de clases sociales, de etnias, de medio ambiente, de consumidor, entre otros.

Es por esto que no podemos hablar solamente de daños que afectan el carácter

3 Término tomado de Pérez Vargas. En: Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Costa Rica, Imprenta LIL, S.A., 1994. Pág. 161.
4 Pérez Vargas, Víctor. Ídem. Pág. 161.
5 Pérez Vargas, Víctor. Ibíd. Pág. 157.

individual de las personas, sino que se deben comprender aquellos daños que afectan simultáneamente a muchos individuos, pues constituye un fenómeno creciente y frecuente en las sociedades capitalistas e industriales. Como ejemplos de dichas situaciones, podemos mencionar, la contaminación del medio ambiente, los empaquetamientos defectuosos que perjudican a los consumidores, la corrupción de los funcionarios públicos que afectan la seguridad social y estatal, entre otros; todos distinguidos por tener un carácter colectivo o difuso.

Lo anterior inevitablemente ha repercutido en la manera tradicional de concebir el Derecho de Daños y los temas relacionados con la responsabilidad civil. El fenómeno de la responsabilidad por daños es sumamente amplio y liga muchos de los aspectos de la vida en sociedad. Incluso, en la actualidad, debido a los cambios sociales que experimentamos, la teoría de daños resarcibles y las de responsabilidad han sufrido un ensanchamiento aún mayor, para ajustarse a las nuevas necesidades de tutela de los individuos.

El cambio de paradigma nos indica el autor Rivero, se ha dado por diversas razones acaecidas en el siglo XX. Una de ellas es el gran desarrollo tecnológico y científico, que ha aparejado el aumento de riesgos y la aparición de nuevos tipos de daños. Otra causa, la configura el vertiginoso crecimiento de la población, y además el proceso de democratización que está experimentando la responsabilidad extracontractual, con la finalidad de ampliar la tutela y garantizar la reparación de todo tipo de

daño que sea causado⁶, lo cual se manifiesta con lo anteriormente referido con respecto a las nuevas tendencias de los elementos de éste tipo de responsabilidad y en las nuevas hipótesis que contempla la responsabilidad objetiva.

De estas causas, una de más relevantes actualmente es la ampliación de la gama de intereses, que al ser lesionados conllevan a su reparación. En la actualidad, la práctica jurídica se inclina a considerar que son reparables todos aquellos daños a intereses jurídicamente relevantes, y no solo derechos absolutos o legítimos como se consideraba anteriormente en una concepción clásico-individualista del derecho. Siguiendo esta línea de pensamiento, entonces resultan reparables una generalidad de intereses, dentro de los cuales se incluyen los intereses colectivos y los difusos.

A su vez, este ensanchamiento de los daños resarcibles ha provocado la ampliación y apertura de la legitimación para solicitar su reparación.

A la luz de este panorama, es que se habla de “Derecho de Daños”, y no de responsabilidad civil, ya que éste derecho,

*“(…) tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, y también en una concepción más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad la protección y reparación de los denominados ‘intereses colectivos’”.*⁷

6 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil. Primera Edición. San José, Costa Rica, Ediciones Jurídicas Areté, 1999. Pág 36.
7 Garrido Cordobera, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Buenos Aires Argentina, Editorial Universidad, 1993. Pág. 18

Justamente este concepto sirve para abordar no sólo la temática de los intereses difusos y colectivos, sino también la del daño social, debido a que nos permite comprender que el daño puede tener una órbita plural, colectiva, que se da en razón de los cambios sociales que han influenciado el derecho; y que incluso puede llegar a afirmarse han provocado una socialización de éste, para que se ajuste a los presupuestos de la realidad en la que vivimos.

El contexto actual ha generado nuevas y complejas relaciones entre el individuo y la sociedad. Dicha situación social, implica negar, en principio, los dogmas clásicos del derecho individual y aceptar por otra parte, la necesidad de tutela para aquellas personas vinculadas por una necesidad común.

2.3. Intereses colectivos y difusos: una aproximación desde el bienestar social

A partir del contexto señalado en los apartados anteriores, cabe indicar que tanto los intereses difusos como los colectivos son situaciones jurídicas “activas de ventaja”, siendo provechosas para sus titulares, ya que con ello, se les garantizan la satisfacción del interés jurídicamente protegido por estos derechos, a partir de la realización de una conducta positiva.

La Sala Constitucional confirma esta postura al establecer que los intereses difusos y colectivos, son derechos inherentes al ser humano que encuentran su tutela en nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, indica que

este tipo de derechos “*participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos (por ser comunes a una generalidad) e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter*”.⁸ Además indica que:

*“se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”.*⁹

En suma, los intereses difusos y colectivos son objeto de tutela en nuestro ordenamiento, lo cual es el resultado de un proceso de cambio y transformación social, donde los conflictos y los temas relacionados con la colectividad han adquirido gran relevancia. Es por ello, que se les ha otorgado protección por medio del Derecho, pero sobre todo se les ha configurado como derechos inherentes de todo ser humano, con un carácter particular; reconocidos como derechos humanos de tercera generación.

En lo que respecta específicamente a los intereses difusos, la jurisprudencia constitucional en un esfuerzo de esclarecimiento ha planteado que

“(…) aunque de difícil definición y de más difícil identificación, no pueden

8 Voto N° 3705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
9 Voto N° 503-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

*ser en nuestra Ley -como ya también lo ha señalado esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata entonces, de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”.*¹⁰

Es importante rescatar que el interés se encuentra difuminado entre una pluralidad de sujetos, que se caracteriza por la no identificación de manera certera los titulares de este tipo de derecho. Su titularidad pertenece a grupos de personas no identificables, pero unidas a partir de un elemento común, ya sea una característica física, su etnia, el sexo, su condición de consumidores de un determinado producto, entre otros. Sin embargo, por su amplitud compete a todos, por lo tanto cualquiera que se considere afectado tiene legitimación para procurar su defensa.

A diferencia del concepto anterior, los *intereses colectivos* refieren específicamente a grupos de personas limitados y circunscritos fácilmente determinables, en los cuales de una u otra manera se puede ligar la afectación con ellos.

La Sala Constitucional ha indicado que los intereses que atañen a la colectividad en su conjunto se comprenden como aquellos que:

“ostentan las entidades colectivas, en las que sus miembros se han integrado a ella por tener un interés común. Sus miembros colectivizan el interés y el colectivo queda así legitimado para la defensa de esos intereses. El interés colectivo, llamado también por la jurisprudencia de la Sala como interés corporativo, como forma de legitimación procesal, no es una novedad en nuestro derecho procesal” (Voto salvado del Magistrado Batalla). Además que *establecer en la resolución número 7056-95 que tratándose de asuntos en los cuales son las propias organizaciones sociales que a favor de sus afiliados plantean una acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia de esta Sala se ha encaminado a establecer que aplicando los llamados ‘intereses colectivos’, existe legitimación para accionar en esta vía”.*¹¹

En síntesis, los intereses colectivos atañen a un grupo de personas previamente identificadas, a una colectividad concreta, cuyos intereses producen una afectación para el conjunto.

La protección de los intereses difusos y colectivos, además de ser una respuesta a

10 Voto N° 503-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
11 Voto N° 11924-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver: Voto N° 14186-2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

los cambios sociales y al espacio actual, es la búsqueda de un mayor *bienestar social* para los habitantes de un territorio. Es por ello, que los ordenamientos jurídicos a través del derecho procuran la tutela de aquellos bienes que se consideran relevantes socialmente, a partir del establecimiento de regulaciones y de normativa que lo posibilita.

En este sentido, el procurar un bienestar general básico, permite integrar un conjunto variado y complejo de condiciones sociales que fundamentan los niveles de cohesión social necesarios en un entorno colectivo. Su ausencia o debilitamiento, genera conflicto social, pero sobretodo la insatisfacción de los ciudadanos al no encontrar satisfechas sus pretensiones en la vía jurisdiccional. A esto se refiere Reuben Soto cuando indica que en la actualidad se da

“por una parte, la lucha por el excedente mundial en el marco de la acumulación internacional de capital, plantea el espejismo de la hiper-explotación como mecanismo de supervivencia en ese entorno, y este conduce inevitablemente a la ampliación de la brecha social y de la desigualdad. Y por otra parte, las sociedades para mantenerse vigentes, competitivas, articuladas al concierto mundial de naciones, deben alcanzar un cierto nivel de cohesión interna, de integración y coherencia sociales que solo pueden conseguir asegurando a su población un nivel particular de bienestar social.

12 Reuben Soto, Sergio. La sociedad civil, el bienestar social y las transformaciones del estado en Costa Rica. Revista Reflexiones N°83. San José, Costa Rica, 2004. Pág. 6.
13 Reuben Soto, Sergio. Ídem. Pág. 7.

*La reducción de esos niveles de bienestar social, por debajo de ciertas cuotas, fecunda comportamientos individuales y grupales que ponen en entredicho el funcionamiento y la eficacia social requeridos”*¹².

Por esto, la seguridad jurídica existente debe expandirse para lograr una clara comprensión del conjunto de elementos básicos que configuran ese bienestar social, permitiendo un nivel mínimo de cohesión social. De ahí que el concepto de bienestar social se torna relevante en la constitución de los intereses difusos y colectivos como derechos dentro de nuestro ordenamiento. Por tanto, este bienestar se puede definir

*“como un conjunto de condiciones y derechos, que la sociedad le asegura al ciudadano, que le permiten disfrutar de una certidumbre de supervivencia en un futuro razonablemente lejano, de aceptación personal, de salud, de educación, de recreación y de usufructo de un ‘confort’ aceptable para sí y sus seres queridos. El lector podrá adivinar que las condiciones que conforman este bienestar social, son variables en el tiempo (históricamente determinadas), esto es influidas por el avance técnico-científico, por los cambios culturales, por el crecimiento de las comunicaciones entre naciones, por el desarrollo en la conciencia moral de las poblaciones”.*¹³

A partir de ello, el tema de la suma de los intereses individuales y particulares deja de tener sustento, si no, en cambio se destaca la importancia del interés emergente que refiere a la existencia de la vida en comunidad, en el cual todos sus miembros tienen un interés real, propio y directo. De esta forma, el establecimiento de los intereses colectivos y difusos resulta esencial dentro de esta búsqueda del bienestar social, en donde la tutela normativa del daño social no es más que el complemento fundamental para abordar esta temática.

Por tanto, las afectaciones que se producen a los intereses difusos y colectivos, configuran una alteración de las condiciones de bienestar que debe gozar una sociedad, afectando la calidad de vida de los ciudadanos de un determinado Estado.

En la actualidad en el ámbito doctrinario, se plantea la relación que existe entre el concepto de bienestar social con el de capital social, siendo éste último:

“en palabras de Durkheim (1897), el conflicto social se puede impedir con “cohesión social”, esta cohesión se basa en la fuerza de la colectividad que provee de recursos a los individuos y beneficia a la sociedad. Para Bourdieu (1985), el capital social engloba todos los recursos que permiten al individuo el intercambio y reconocimiento mutuo en relaciones sociales duraderas y más o menos institucionalizadas. Además, reconoce la importancia del capital social como fuente no

*monetaria de poder, con la capacidad de generar beneficios individuales. Desde Bourdieu, hasta Halper el punto de coincidencia entre los autores es que las “relaciones sociales tienen valor” y ese valor puede resultar beneficioso para los individuos y sus comunidades”.*¹⁴

El capital social a partir de lo anterior, se configura como un elemento esencial que conforma el bienestar social, ya que a través de este concepto se determina la importancia que adquieren las relaciones sociales y los recursos que se gestan como consecuencia de éstas. De ahí que cualquier afectación colectiva provoca una disminución y afectación a este capital.

• **EL DAÑO SOCIAL: su conceptualización y principales características**

3.1. De la conceptualización restringida del daño social al entendimiento amplio de la figura

Los cuestionamientos entorno al concepto y la forma de aplicación de la figura del daño social tiene su base en la ambigüedad e indeterminación de la norma que prevé la posibilidad de plantear una acción civil resarcitoria, en el marco de un proceso penal para el reclamo del daño social. De acuerdo con el artículo 38 del Código Procesal Penal vigente:

“la acción civil resarcitoria puede ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se

*trate de hechos punibles que afecten intereses difusos y colectivos”.*¹⁵

Justamente esta ambigüedad ha provocado que una figura que se encuentra en nuestra legislación desde hace más de veinte años, haya tenido un escaso desarrollo jurisprudencial, contándose con pocos precedentes al respecto, y doctrinario. Entre los precedentes que se pueden resaltar, está el más conocido, “*Caso Caja Costarricense del Seguro Social- Fischer*”,¹⁶ por la divulgación que tuvo en los medios de comunicación, y cuya sentencia fue emitida en el año 2009 por el Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José.

Apartir de la intervención de la Procuraduría a este efecto en dicho proceso, se constató que la redacción del artículo es insuficiente,

generando en el ambiente jurídico nacional, la necesidad de especificar su contenido, forma de aplicación y lineamientos en general. Por esta razón, quizás, se despertaron en la corriente legislativa dos iniciativas de proyecto de ley¹⁷ para la reforma del artículo y se han realizado varias conciliaciones¹⁸ en la vía judicial por este concepto.

Pese a estos esfuerzos de reforma y voluntad para la aplicación de la figura en el ámbito judicial se sigue sosteniendo en el sistema jurídico costarricense un concepto restringido y apegado a la norma. Se entiende el daño social como aquel que se produce como resultado de un hecho punible y que afecta intereses difusos o colectivos. Aunque, es posible sostener con base en los artículos 41 y 50 de la Constitución Política que su concepto es más amplio.

15 Código Procesal Penal. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.

16 Sentencia N° 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. En esta Sentencia se reconoce, inter alia, que la Procuraduría General de la República tiene legitimación para intervenir en aquellos procesos penales, por medio de la acción civil resarcitoria, para reivindicar el pago de los daños y perjuicios, que se deriven de la comisión de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto. Adicionalmente, se reconoció un rubro por concepto el daño social ocasionado por las implicaciones consecuencia del delito de peculado cometido por los imputados, en la economía nacional.

17 Proyecto De Ley. Asamblea Legislativa de Costa Rica., Expediente N° 16.343, agosto 2006. Mediante este Proyecto se pretendió la adición de un párrafo segundo al artículo 38 del Código Procesal Penal, según el cual “la reparación del daño consistirá en una indemnización pecuniaria que, de no existir base suficiente para fijarla será determinada, prudencialmente por el juez, según las circunstancias del delito, los intereses difusos o colectivos afectados, y la naturaleza y las consecuencias habidas o posibles del daño sufrido”. Proyecto de Ley. Asamblea Legislativa de Costa Rica., Expediente N° 16.368, septiembre 2006. Mediante éste se propuso la reforma del artículo 38 mediante la adición de un segundo párrafo, indicando que “la acción podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses difusos o colectivos. En los delitos contra el ambiente cualquier persona también estará legitimada para el ejercicio de la acción civil. En tal caso, no podrá pedir ni recibir nada para sí, salvo lo relativo a las costas procesales”.

18 Ver : Periódico, La Nación. Estado reclama el ‘daño social’ en 49 causas por corrupción. El País; Procuraduría y CCSS presentaron acción civil contra 8 acusados. El País; Procuraduría reclama pago de \$89 millones por daño social. Sucesos, miércoles 5 de agosto de 2009; Procuraduría pide \$52 millones por daño social. El País, jueves 21 de enero de 2010; Procuraduría concilia con Alcatel en causa por sobornos. El País, jueves 21 de enero de 2010; Gobierno debe decidir uso de fondos que pagará Alcatel. El País, lunes 25 de enero de 2010; EBI paga €9 millones por el daño social. Sucesos, jueves 28 de enero de 2010; Caso ambiental con pena por daño social. Sucesos, domingo 31 de enero de 2010; Reclamos por daño social ganan terreno en casos de corrupción. Sucesos, domingo 31 de enero de 2010; Alcatel pagó al Estado €5.600 millones por daño social. El País, jueves 1º de abril de 2010. Periódico, El Financiero. ¿Qué significa daño social?. Economía y Política, 28 de junio de 2009, y Sentencia estrenó la figura del daño social. Negocios, 18 de octubre de 2009.

14 Collado, Andrea. Capital social y su vínculo con la pobreza en Costa Rica. En: Revista de Ciencias Económicas N° 25-2007. San José, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2007.

De acuerdo con el artículo 41 constitucional “ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”. Esto indica que el daño social se ubica en la gama de daños reparables, ante lo cual cualquier persona, estaría en principio legitimada para el ejercicio de una acción ante los tribunales nacionales en procura de su reparación. El tema de la legitimación será abordado más adelante.

Porsu parte, el artículo 50 del mismo cuerpo normativo señala que “toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”. La norma, establece el derecho que tenemos todos los ciudadanos de vivir en un ambiente sano, término que no debe entenderse de forma limitada, asemejándolo a la concepción ecológica o ambiental que tenemos de éste. Por el contrario, la Sala Constitucional ha interpretado que:

“(…) el derecho a un ambiente sano tiene un contenido amplio que equivale a la aspiración de mejorar el entorno de vida del ser humano de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de toda esfera en la que se desarrolle la persona, sea familiar, la laboral, o la del medio en que habita. De ahí que se afirme que se trate de un derecho transversal, es decir que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando

*sus institutos. El ambiente es definido por la Real Academia Española de la Lengua como el ‘conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos’, lo que recalca aún más el carácter general del derecho”.*¹⁹

Por lo tanto, encontramos que se deriva el deber de proteger y preservar el ambiente y la obligación de los sujetos de reparar los daños que se le causen, dentro de los cuales se encuentra comprendido el daño social; que se presenta cuando hay una disminución del bienestar social. Este bienestar es producido por el conjunto de sentimientos de satisfacción de una serie de condiciones o elementos en los individuos o colectividades, lo tutela el artículo 50 de la Constitución, y que se ve menguado con la pérdida o disminución de fenómenos relacionados con los intereses difusos y colectivos.

Con base en esto, es posible indicar que el daño social se produce por cualquier comportamiento humano que cause un menoscabo. El hecho puede ser un ilícito punible como lo señala la norma, o bien puede ser consecuencia de un ilícito civil, o incluso de un hecho lícito con un resultado dañoso. Sin embargo la particularidad de la figura radica en la afectación a intereses supraindividuales, que atañen a una colectividad o pluralidad de sujetos, con carácter general. Estas afectaciones según la Sala Constitucional, son las que tienen que ver con “(…) el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, el buen manejo del gasto público, entre otros. [...] y que] trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se

*refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta”.*²⁰

Son las conciernen a todo el país, por relacionarse con intereses de todos los habitantes y no sólo de un grupo de ellos, de manera que cuando resultan lesionados, no se menoscaba solamente el interés específico en sí; por ejemplo el interés al buen manejo de los gastos públicos, afectándose un interés mayor, el bienestar social del cual gozamos.

Bajo esta concepción amplia del daño social, es factible semejar, aunque no completamente, su concepto al de los *daños colectivos*, los cuales han tenido bastante desarrollo doctrinario a nivel internacional,²¹ siendo de importante tutela dentro de los ordenamientos, pues al entrar en juego bienes colectivos o intereses sociales, se contribuye con la realización de principios relevantes como la justicia y la paz social.

Los daños colectivos son aquellos que, según el criterio de la autora Garrido Cordobera:

“(…) inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. (...) no surgen de la simple suma de los daños individuales, presentan una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente

*al grupo o a la sociedad que es víctima de la indiscriminada lesión”.*²²

Asimismo, señala que su trascendencia y presencia en nuestro entorno es tal que la autora Garrido Cordobera nos indica que:

*“(…) al analizar el tema de ‘daño colectivo’ tendremos un gran marco de fenómenos en los cuales – a modo de ejemplodeberemosanalizarsituaciones dañosas provenientes de huelgas, espectáculos deportivos conservación, el derecho de los consumidores, los ataques terroristas, etc”.*²³

Estos daños y el daño social tienen similitudes. Ambos se caracterizan por contar con una “víctima” plural, ya sean determinados grupos o la comunidad en su conjunto, quienes sufren el daño colectivamente. No obstante, tienen diferencias a nivel conceptual, los daños colectivos pueden ser causados por hechos lícitos o ilícitos, que causan un riesgo social; en cambio, hoy para el sistema jurídico costarricense, el daño social se causa, como ya indicamos, por un hecho ilícito y punible.

Si bien esto es una posibilidad, el daño social tiene un ámbito mucho más extenso e incluso semejante al de los daños colectivos, debido a que por su naturaleza no se da solo en virtud de delitos que afecten intereses sociales; sino que su envergadura es tan grave que puede comprender todo tipo de hechos que causen un daño injustamente sufrido al bienestar de la colectividad.

19 Voto N° 41-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

20 Voto N° 8239-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

21 En otras jurisdicciones como la argentina y la española, debido al replanteamiento del derecho de daños, por la masificación y carácter difuso de los peligros, se han venido reconociendo los daños colectivos

22 Garrido Cordobera, supra nota 7, Pág.56.

23 Garrido Cordobera. Ídem. Pág. 88.

3.2. Concepto de daño social

Al considerar lo explicado anteriormente, en especial las limitaciones del concepto actual en nuestro ordenamiento de daño social, planteamos una definición más comprensiva e integral de este.

En este sentido, consideramos que debe definirse como aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a este (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general, al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado.

3.3. Principales características del daño social

3.3.1. Elementos del daño social

El daño social al ser una especie del género daño goza de las mismas características que éste y otras particulares de su tipo. Así, debe cumplir necesariamente con los elementos generales del daño para resultar reparable. En primer lugar, debe de existir un daño cierto, no meramente eventual, que lesiones un interés jurídicamente relevante; pero de incidencia colectiva (intereses difusos o colectivos), que sea merecedor de tutela; su reclamación debe

ser personal, es decir, por los afectados y por una causa subsistente, a la hora de procurar su reparación.

Además, el daño social debe ser causado por un agente (sujeto activo), sea individual o colectivo, persona física o jurídica, un ciudadano o incluso, el mismo Estado. Este último por medio de sus acciones puede lesionar intereses de una colectividad e incurrir en responsabilidad civil extracontractual, como ya lo ha afirmado nuestra jurisprudencia.²⁴

El agente con su comportamiento, lícito o ilícito (penal o civil), debe causar la afectación que produce el daño, la cual debe dirigirse a un sujeto pasivo de carácter colectivo, pues la afectación tiene que necesariamente lesionar intereses legítimos de esa pluralidad. En este sentido Garrido Cordobera indica que, estas afectaciones

*“(…) inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. (...) no surgen de la simple suma de los daños individuales, presentan una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima de la indiscriminada lesión”.*²⁵

A la luz de la afectación colectiva toma relevancia el tema del bienestar social, como una garantía otorgada por el Estado de tutelar los intereses valorados socialmente como relevantes. Finalmente, ésta afectación, surge el deber de reparación del daño ocasionado,

24 Votos N° 000211-F-2005, 000074-F-2007 98-2009, 252-F-0 y 589-F-99 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.
25 Garrido Cordobera. Ibid. Pág.56.

amparado en lo establecido por los artículos 41 y 50 de la Constitución Política, y 1045 del Código Civil, en los cuales se afirma la reparación del daño y la indemnización como un derecho constitucional que tiene todo ser humano y colectivo de encontrar un justo resarcimiento de los daños que le fueron causados.

3.3.2 Manifestaciones del daño social

El daño social, al igual que el daño en general tiene diferentes manifestaciones. Este se puede observar en dos dimensiones: la material y la inmaterial. Esta última, tiene más relevancia puesto que se relaciona de una forma más directa con la afectación de los intereses y bienes sociales, y la consecuente repercusión del menoscabo de éstos a nivel de la colectividad.

Por su parte, la manifestación material del daño guarda relación con la patrimonialidad del bien afectado. Así, esta se presenta como consecuencia directa del actuar dañoso, y la constituye el menoscabo a intereses valorables económicamente o susceptibles de tal clase de valoración. Por esta razón caben dentro de ésta los conceptos de daño emergente y eventualmente, el de lucro cesante o frustración de un beneficio, para la colectividad. Al respecto, el Rivero sostiene que:

“(…) abarca tanto el menoscabo a objetos patrimoniales en sentido estricto, como la lesión a derechos ‘ideales’ [como los intereses difusos y colectivos], que carecen en primera

26 Rivero Sanchez, Juan Marcos, supra nota 6, Pág. 86.
27 Peña Chacón, Mario. El daño moral colectivo. Inédito. San José, Costa Rica, 2010.

*instancia de un valor patrimonial en sentido estricto, pero de cuya lesión puede derivarse un daño valorable o medible en dinero”.*²⁶

En cuanto a la manifestación inmaterial, es aquella que no tiene que ver con una disminución patrimonial o económica de la colectividad. Se refiere más bien a la lesión que se ocasiona a valores, bienes o intereses de la colectividad que por su naturaleza no son apreciables pecuniariamente. Es equiparable a un daño moral (extra patrimonial) sufrido colectivamente, puesto que

*“(…) el afectado ya no es una persona física o jurídica en su esfera individual, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significancia vital, tales como la paz, tranquilidad anímica, libertad individual, integridad física, el honor y los más caros afectos, por ello, el primer damnificado lo es la sociedad en su conjunto o bien, una generalidad indeterminada, sin perjuicio de que simultáneamente, también pueda resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos del grupo”.*²⁷

Asimismo, el daño moral colectivo, se puede definir, de acuerdo a Peña como

“(…) aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a [la] lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada

*por el daño acontecido en contra [de] un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión”.*²⁸

Por sus características, cuando ocurre un daño social de manifestación inmaterial, su reparación es difícil debido a que la estimación pecuniaria es compleja y de ardua actividad probatoria dentro del proceso. Al respecto, es importante señalar que si bien estos argumentos son ciertos, el daño no debe repararse siempre por medios pecuniarios; pues según el caso son válidos otros medios de reparación; tal como la reparación por equivalente o la de tipo simbólico. Lo que se busca es la preservación del bien colectivo y no, necesariamente, se logra siempre por medios económicos, máxime en materia de intereses difusos y colectivos donde la mayoría de los derechos que se resguardan son de carácter incorporal y extra patrimonial.

3.3.3 Legitimación para reclamar el daño social

En el ámbito jurídico existen dos tipos de legitimación, la pasiva y la activa. En lo que a la legitimación pasiva del daño social se refiere, va a ser el sujeto o sujetos contra los cuales se dirija la acción civil resarcitoria accesoria al proceso penal; o bien contra quien se dirija el actuar procesal, por la causación del daño, pues con fundamento en los artículos 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil, la lista de los posibles agentes productores del

daño no es taxativa; todo aquel que cause un daño otro tiene el deber de repararlo.

El punto controvertido en cuanto a la legitimación del daño social, surge en cuanto a la legitimación activa necesaria para accionar la vía judicial a fin de establecer el reclamo de su reparación y procurar la tutela de los intereses supraindividuales.

Actualmente, con base en la disposición actual que regula el daño social, en relación con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ésta ostenta la legitimación activa en forma exclusiva para ejercer la acción civil resarcitoria por daño social, en razón de la delegación que le hace la ley. En ejercicio de dicha facultad la Procuraduría no interviene en su papel clásico, beneficio de los intereses del Estado, sino en pro de la colectividad.

Igualmente, el artículo 70 del Código Procesal Penal abre un portillo para que asociaciones, organizaciones, fundaciones y otros entres similares ejerzan la acción civil resarcitoria cuando se afecten intereses difusos o colectivos que guarden relación directa con el objeto de la agrupación.

Estas disposiciones limitan la figura del daño social, que tiene fundamento en el artículo 50 de la Constitución Política; debiendo tener , en principio, el reclamo de este daño una legitimación amplia porque la titularidad de los intereses en juego corresponde a todos, a la colectividad. De este argumento nace una de las principales objeciones al régimen actual de daño social.

3.3.4. Responsabilidad Civil por daño social

Una vez constado el daño social, surge el deber, la responsabilidad de repararlo, con lo cual nace la responsabilidad civil extracontractual de quien lo causa, pudiendo ser una persona física, jurídica, o hasta el mismo Estado; pues no media un vínculo jurídico con la víctima colectiva.

En cuanto a este tipo de responsabilidad por daño social se pueden dar dos tipos, según la teoría de la responsabilidad civil; la responsabilidad extracontractual subjetiva, con fundamento en el artículo 1045 del Código Civil, en la cual deben estar presentes los elementos de causación del daño por parte de un agente, antijuridicidad, culpabilidad y causalidad, la cual surge cuando el agente productor es una persona física, jurídica, el Estado o un ente plural.

Puede surgir también, la responsabilidad extracontractual objetiva, en relación con el daño social, cuando se excluye el elemento de la culpabilidad, e incluso hasta el de la antijuridicidad, pues basta con la existencia del daño para que se configure el deber de responder. Se establece en ésta como nuevo criterio de imputación, la creación de un riesgo, por la realización de actividades que causan un peligro y potencial daño, apegándose a lo que estipula la teoría del riesgo, la cual se comprende

“(…) como el deber de quien crea un riesgo debe indemnizar el daño que provoque a un tercero. El riesgo es causa de imputabilidad cuando debido

*a la realización de ciertas causas y determinadas actividades, calificadas como peligrosas, se produce un daño”.*²⁹

Así pues, la responsabilidad por daño social puede darse bajo esta modalidad también, en la cual se da una inversión de la carga de la prueba, siendo el agente productor del daño quien tiene la amarra procesal y sustancial de probar y desvirtuar los cargos dañosos que se le imputan.

3.3.4. Reparación del daño social

Una vez determinada la responsabilidad surge el deber de reparar el daño social ocasionado. La reparación del daño es la consecuencia de la causación de un daño; es la forma por medio de la cual el ordenamiento, o bien, una decisión judicial atribuye una sanción al comportamiento dañoso, con el fin de restablecer el estado o la situación precedente conforme al derecho.

El elemento de la reparación tiene que estar estrechamente ligado a la manifestación del daño que se presenta, para que este restablecimiento de la situación se adecue lo más posible a lo ocasionado, buscando siempre una reparación integral. De esta forma, si el daño social es material (patrimonial) su reparación será por medio de la restitución material de la cosa (o composición en especie), o con una estimación económica del bien o interés colectivo afectado. Esta forma de reparación es en ocasiones difícil por la naturaleza de los intereses involucrados.

Ante esta dificultad, resulta posible acudir a otros medios de reparación, como

28 Peña Chacon, Mario. Ídem.

29 Sentencia N° 815-2003 del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

la composición por sustituto, cuando se trate de una manifestación inmaterial (extrapatrimonial) del daño. En estos casos, existe una imposibilidad de revertir la causa de lesión al bienestar social. Bajo esta premisa, es entonces posible realizar una restitución por medio de una valoración económica del daño social ocasionado, o bien, recurrir a una reparación simbólica, mediante de la ejecución de actos que tiendan al beneficio de la colectividad afectada y la promoción de acciones que impidan la repetición de acciones que conlleven a este tipo de lesiones colectivas.

Lo relevante, en cualquiera de los medios reparatorias que se utilice, es la efectiva adopción de la medida que se destine a reparar en forma directa el daño social causado; de lo contrario, se desnaturaliza la figura de la reparación.

4. POSIBLES APLICACIONES DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Cuando analizamos el tema del comportamiento dentro del ámbito jurídico, se torna necesario realizar la distinción entre hechos ilícitos y hechos lícitos. Es por ello que dentro de la esfera jurídica, la conducta puede manifestarse en dos situaciones, la primera cuando interfiere y afecta las relaciones sociales produciendo consecuencias en otro ser humano o en sus bienes, un ejemplo lo constituyen adjetivaciones como la antijuridicidad o la imputabilidad, entre otras. Mientras que la segunda, se da cuando existe coordinación o conductas compartidas, tema que se estudia en la teoría general de los contratos o que se analiza desde la licitud.

A partir de ambas posibilidades y con observancia de la realidad social, se puede producir un daño y con ello, generar responsabilidad civil (sea por una actuación ilícita o una lícita). Lo anterior, dependerá del contexto y las circunstancias bajo las que se analicen.

En la actualidad, la obligación de reparar el daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como de los lícitos. Entonces, no es necesario que el acto sea ilícito para que se configure la responsabilidad de reparar, ya que el daño debe resarcirse a pesar de haberse producido por un hecho lícito. Sin embargo, los casos más frecuentes de responsabilidad civil tienen origen en el actuar ilícito dañoso de un sujeto o grupo de sujetos, que ocasionan perjuicio a un individuo o a la colectividad.

Dentro de este análisis, se debe comprender y enmarcar la figura del daño social, al amparar los derechos e intereses con carácter plural, los cuales son fundamentales para una sociedad al configurar su sistema axiológico, y los principios centrales que le dan origen y que posibilitan el orden social.

Como consecuencia de lo mencionado, proponemos que el daño social por su fundamento constitucional y por su importancia colectiva, pueda ser conocido en cualquier vía procesal, ya que con ello se garantiza el bienestar social. No sólo debe ser abordado e indemnizado en la vía penal, como bien se establece de manera expresa en el artículo 38 del Código Procesal Penal, lo que cumple con el principio de tipicidad esencial en esta materia, vía que es procedente cuando surge este daño como consecuencia de un hecho punible. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando no es consecuencia de un delito?; por esta razón, resulta imprescindible ampliar su cobro en otros

tipos de procesos, garantizando y tutelando los derechos regulados constitucionalmente. En suma, que el daño social no sólo sea reparado cuando se trate de hechos ilícitos, sino también cuando un hecho lícito lo produce.

Como consecuencia de lo indicado, la utilización de la figura y el cobro respectivo por concepto de su indemnización, cabe en cualquier proceso en tanto se configure una afectación a la colectividad.

En la actualidad con el daño social, se plantea y reconoce a la colectividad como un sujeto con derechos que pueden ser lesionados, se comprende como un ente que va allá de la suma de los individuos que lo componen.

La insuficiente regulación normativa que permita la efectiva tutela de los derechos colectivos consagrados en la Constitución Política, así como la ausencia de desarrollo doctrinario, ponen en tela de juicio la existencia y el fundamento de la figura misma, haciendo aún más difícil sostener la propuesta que se plantea. Lo dicho, supone el reto de ir más allá de la única norma de rango legal que trata el tema, y buscar las herramientas legales existentes en nuestro ordenamiento para garantizar la efectiva protección de la colectividad.

En los términos antes esbozados, resulta importante tener claro que la figura en estudio por sus características y fundamento constitucional, no sólo encuentra aplicación en la materia penal, donde se regula expresamente, sino también puede tener cabida en el ámbito civil, administrativo, constitucional y en procesos que garantizan los derechos de los consumidores, entre otros. De ahí que en

el presente apartado mostraremos algunas de estas ejemplificaciones de aplicación del daño social en los diferentes procesos.

4.1. Según hechos punibles

Siendo entonces posible al amparo del 38 de Código Procesal Penal antes indicado, tutelar los intereses difusos y colectivos cuando resulten dañados o afectados con motivo de un hecho punible; se considera que existen conductas de reproche, que por estar en contra de valores y principios relevantes para la vida en sociedad, tales como la seguridad, el ambiente, la administración de los fondos públicos, etc; deben ser sancionados y por lo tanto se configuran en objeto de represión organizada por parte del Estado.

Por tanto, desde el punto de vista del daño social, en cualquier delito comprendido en el Código Penal o en alguna norma especial que contemple hechos punibles, cabe la reparación e indemnización por este tipo de daño; lo principal es que se configuren los supuestos y elementos que le dan origen. Se puede dar tanto en el delito de robo, como en los de corrupción, o en los ambientales, o incluso en aquellos hechos en donde se constate una afectación al patrimonio cultural país.

Delitos ambientales

Pese a que la materia ambiental tiene su origen en normas constitucionales, siendo conocidas por el derecho público, no podemos dejar de lado la importancia que han generado las sanciones en la vía penal, por medio de los delitos en contra del ambiente, estos vienen a reforzar su carácter de derecho fundamental y la importancia del bien jurídico constitucionalmente tutelado.

De esta forma, plantear el tema del daño social en los delitos contra el ambiente, resulta fácil de entender, debido la jerarquía que tiene el ambiente sano en el desarrollo de los seres humanos, situación por la cual se cuenta con un gran un gran número de legislación que viene a regular y tutelar este bien jurídico en nuestro ordenamiento. Lo constituye la destrucción de un bosque con ocasión de incendio forestal, ya sea con dolo o culpa³⁰. En este caso no sólo se puede constatar una lesión al ambiente, sino también se configura y agudiza ese daño a la naturaleza cuando se afecta el bienestar social de las personas y poblaciones del entorno.

Asimismo, resulta aún más claro el daño a la colectividad, cuando dicho incendio destruyó el bosque cercano a una naciente de agua, que permitía la captación de la que depende el acueducto que suministra este líquido a toda la población de una comunidad, lo que afecta no sólo, la oferta hídrica, sino también la calidad del agua en el futuro.Por otra parte, cuando se deforestan zonas que tienen la función de configurarse como barreras naturales de protección contra inundaciones, se configura una situación que deja en gran riesgo a la comunidad que se encuentra en las partes bajas de la ladera, o a las poblaciones cercanas a los ríos sobre todo en época lluviosa.

Lo anterior, pone en evidencia que la reparación del daño ambiental, no supone una indemnización para los daños y perjuicios causados a la sociedad, es por ello que la figura

del daño social adquiere relevancia y vigencia cuando se trata del daño a la naturaleza, ya que con este último, se garantiza el restablecer la afectación ocasionada a la colectividad. Lo que es producto de la responsabilidad civil extracontractual que surge con ocasión de estos tipos de hechos punibles.

El daño social en los delitos ambientales, tiene cabida no sólo por lo ya mencionado, sino también cuando analizamos el bien jurídico que se protege, teniendo el medio ambiente como eje principal de análisis, cuyo carácter es de naturaleza colectiva, lo cual supone que es un bien que refiere a la satisfacción de necesidades sociales y económicas.

En términos generales, el delito ambiental se caracteriza por los siguientes elementos: primero se concibe como un delito de peligro, en tanto, sólo basta poner en peligro el bien jurídico para sancionar al sujeto activo, ello porque los bienes tutelados son de interés social y colectivo. Así mismo, como segundo elemento se tiene que son delitos culposos o dolosos, debido al interés jurídico que configura el medio ambiente. Y por último, son delitos de acción pública, lo cual refuerza su origen constitucional y la relevancia que tienen para el establecimiento del bienestar social.

Algunos ejemplos de delitos ambientales, contenidos en las distintas leyes los encontramos en el Código Penal,³¹ la Ley Forestal,³² la Ley de Aguas,³³ Ley de Conservación de Vida Silvestre,³⁴ entre otras.

Delitos tributarios

La naturaleza de los delitos tributarios, ha sido ampliamente discutida a lo largo de su desarrollo y consolidación. La determinación del bien jurídico tutelado por este tipo de delitos, no ha escapado a ello. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que el bien jurídico tutelado es el patrimonio del Estado, el Erario Público y con ello, la Hacienda Pública. Entendida esta última, como el conjunto de haberes, bienes, rentas, impuestos, etc., correspondiente al mismo Estado. Éstos se caracterizan por proteger intereses patrimoniales de carácter supra individual, lo que permite desligarlos del simple delito patrimonial individual.

El delito al Fisco produce no sólo una lesión a la Hacienda Pública, como se indicó, sino también afecta directamente la función del Estado, como aparato garante del bienestar social. Al respecto explica Wittmann, que estos delitos lesionan “(...) *el buen funcionamiento de la intervención del Estado en la economía e impide la consecución de una serie de fines de carácter económico y social, que el Estado persigue con la percepción de los tributos*”.³⁵

A partir de lo anterior, se destaca una característica esencial de este tipo de delitos, y doctrinariamente también se plantea, la cual consiste en su carácter pluriofensivo. Esto supone que afecta a varios bienes jurídicos; en primer lugar el patrimonio del Estado y, en segundo término, la actividad administrativa

encaminada a garantiza el orden económico del Estado. En este sentido, el delito al Fisco produce no sólo una lesión a la Hacienda Pública, como se indicó, sino también afecta directamente la función del Estado, como aparato garante del bienestar social.

Estos se pueden agrupar a partir de cuatro de los elementos que configuran el bien jurídico tutelado, además de que su afectación ocasiona daño social. Estos son:

- La defraudación fiscal, este se compone por el delito de inducción a error a la Autoridad Tributaria (art.92).
- Como segunda clasificación se encuentra la no entrega de los tributos retenidos o percibidos, en esta tipología encontramos el delito con la misma denominación, el cual se regula en el artículo 93. Este numeral refiere a los agentes retenedores o perceptores de tributos,³⁶ y al contribuyente del impuesto general sobre las ventas y del impuesto selectivo de consumo.
- Además, se tienen aquellas acciones en contra de los deberes de la función pública, aquí encontramos los delitos regulados en los artículos 98 y 98 bis, denominados responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión dolosa, y responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión culposa, respectivamente.³⁷

30 Ver: delitos que se encuentran regulados en los artículos 59 y 60 respectivamente de la Ley Forestal.
31 Ver artículos de usurpación agraria (art.225), la usurpación de aguas (art.226), dominio público (art.227), daño agravado (art.229), piratería (art.258), la corrupción de sustancias alimenticias o medicinales (art.261), contaminación de otras sustancias (art.262), explotación indebida de riqueza nacional por extranjeros (art.291), resistencia (art. 305), usurpación de autoridad (art.310) y los referidos a delitos cometidos por funcionarios públicos (art.358).
32 En la Ley Forestal se encuentran desde el artículo 58 hasta el 63.
33 Ver artículo 162 y 163.
34 En la Ley de Conservación de la Vida Silvestre se tiene regulación de los delitos en los artículos 90 y siguientes de dicho cuerpo normativo.

35 Wittmann Stengel, Susana. Delitos Tributarios: aspectos teóricos y prácticos. Corte suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica, 2009. Pág. 32.
36 En el artículo 23 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, se definen estos términos cuando se indica que “son agentes de retención o de percepción, las personas designadas por la ley, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente”.
37 Ver: Wittmann Stengel, Susana, supra nota 35, Pág 32.

- Por último, encontramos los ilícitos informáticos tributarios, clasificación en la que se ubican los delitos de acceso desautorizado a la información (art.94), manejo indebido de programas de cómputo (art.95), facilitación del código y la clave de acceso (art.96) y el referente al préstamo de código y clave de acceso (art.97).

Es claro que con el desarrollo de la puesta en marcha de la conducta típica contenida en los ilícitos tributarios, se incurre en una clara afectación a la colectividad, en tanto se afecta el desarrollo ordinario de un Estado impidiendo el cumplimiento de las tareas que le han sido encomendadas para la satisfacción de los intereses de sus ciudadanos, al impedirse la recaudación tributaria y el buen funcionamiento de la Administración Tributaria. Es por ello, que cualquier lesión a este bien jurídico, puede ocasionar un daño social.

• **Delitos contra de los deberes de la función pública**

Los delitos comprendidos en esta clasificación parten del supuesto de que le corresponde a la Administración Pública servir al interés general, lo que se enmarca en un sistema democrático que se rige por principios como la legalidad constitucional, la seguridad jurídica, la transparencia, en valores como la honradez y responsabilidad; así como la rendición de cuentas. Por su relevancia se han desarrollado un amplio conjunto de normas que vienen a regular y sancionar las conductas que afectan el buen funcionamiento de ésta.

Consecuencia de lo anterior, localizamos en nuestro ordenamiento una serie de conductas que han sido tipificadas con el propósito de

regular las actuaciones que contrarían el buen funcionamiento de la Administración; sobre todo que lesionan los intereses de carácter colectivo con el inadecuado ejercicio de la función pública que se les consigna.

Encontramos estos delitos en el Código Penal desde el artículo 331 hasta el 358 de dicha norma; asimismo tipos penales consignados en los artículos del 45 al 60 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública.

Si bien el ordenamiento jurídico no es la causa ni la solución directa de los problemas que afectan la función pública, es importante tener presente que la adecuación del marco legal a los supuestos de hecho en donde se observan conductas contrarias a esos valores, es un medio por el cual se puede influir en procura de su idónea erradicación. Ya que, la indebida actuación de los funcionarios públicos y por ende de la Administración, es lo que lesiona a la colectividad, produciendo un daño social.

Ejemplo de lo anterior, lo constituye el delito de peculado (art.354 del Código Penal) en el ejercicio de la función pública, que lesiona el régimen democrático de nuestro país; con ello resulta difícil la gobernabilidad y genera la pérdida de credibilidad en la actuación de los funcionarios público. Consecuentemente, la pérdida de bienestar social, lo cual tiene un claro vínculo con los delitos de corrupción que tienen como bien jurídico tutelado lo antes mencionado. Al respecto se establece que estos delitos afectan:

“(…) a los seres humanos en general, es fundamental rescatar los principios y valores fundamentales que dan base al sistema democrático. Valores

*como la tolerancia, la igualdad y la solidaridad, que permitan fortalecer la democracia, orientada a que nuevas actitudes y creencias sirvan de pauta y delimitación de conducta para cada uno de los ciudadanos, y de los políticos”.*³⁸

En un delito como el peculado, al funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Además de ello, abarca las conductas referidas a actividades corruptivas realizadas por funcionarios públicos, con o sin participación de particulares, que ponen en peligro o dañan el patrimonio, los fines formalmente previstos o el funcionamiento del Estado, actuaciones que producen una afectación a los ciudadanos y con ello un daño social.

• **Delitos contra el patrimonio arqueológico nacional**

El patrimonio arqueológico nacional se constituye en nuestro ordenamiento como un bien apreciado socialmente, es por ello que se le brinda resguardo por medio de la Ley de Protección al Patrimonio Arqueológico.

Este patrimonio es un elemento esencial en el establecimiento y definición de la cultura costarricense, y de la configuración de la identidad nacional. Compartir un mismo origen histórico y tener objetos simbólicos que lo muestran, se convierte en un tema de gran relevancia en todo ámbito social. De ahí que

con la afectación de estos objetos, se configure un daño a la colectividad. En suma, un daño social.

Este daño se configura, ya que todo ciudadano tiene el derecho a conocer su cultura, así como los valores y principios que se establecen en un espacio colectivo.³⁹ Por lo anterior, el Estado ha emitido una serie de conductas típicas que sancionan la destrucción de este patrimonio arqueológico, ya que el propósito de la misma normativa, es establecer la responsabilidad de todos los costarricenses de conservarlo y cuidar estos símbolos con fin de garantizar que las futuras generaciones tengan acceso a la historia de las culturas indígenas de nuestro país.

Los artículos 20 y siguientes dicha la ley, penan con prisión conductas que lesionan el bien jurídico tutelado, por ejemplo: se sanciona el no dar cuenta de los hallazgos arqueológicos, el dañar o destruir un monumento, el realizar trabajos materiales o explotación arqueológica sin autorización, el disponer para sí o para otros de los objetos arqueológicos, comerciar los objetos, sacar o pretender sacarlos del país, entre otras conductas.

Es claro que con la comisión de alguno de estos hechos punibles, se está ocasionando un daño social, una afectación a la colectividad que tiene fundamento en la pérdida, destrucción o apoderamiento indebido de los objetos arqueológicos que constituyen propiedad del Estado, pero que definen nuestra identidad nacional.

38 Mata, Sianny. Las acciones represivas de política criminal contra la corrupción del servidor público en Costa Rica y crítica al tratamiento diferenciado del instituto de la prescripción de la acción penal en materia de delitos contra la función pública: análisis de la “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2004. Pág 3.
39 Reglamento de Requisitos y Trámites para Estudios Arqueológicos. Poder Ejecutivo. Decreto N° 28174-Mp-C-Minae-Meic.

• **Delito contra el patrimonio histórico arquitectónico**

Al igual que en la ley antes indicada, en la Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico se buscan la conservación y la preservación del legado cultural e histórico. En este caso, con respecto de aquellas construcciones que tiene un valor histórico-arquitectónico y significado relevante en la configuración de la cultura nacional. Su ámbito de aplicación comprende además de la totalidad de edificaciones, los monumentos, los sitios y centros históricos así declarados.⁴⁰

Constituyéndose en un aspecto central en el rescate de nuestra historia arquitectónica, por lo que cualquier afectación a estos inmuebles puede llegar a configurar una afectación a la colectividad, un daño social. Este dependerá de la gravedad del daño y de las características históricas del inmueble. Daño que pudo cobrarse con el incendio ocasionado a la Casona de Santa Rosa y los objetos que se encontraban dentro de ella, al dañarse un bien de mucha relevancia histórico-cultural del país.

En el artículo 20 de la ley en discusión, se sanciona con pena prisión a quien dañe o destruya un inmueble declarado de interés histórico-arquitectónico. Ello, no es más que una muestra de la relevancia social que estos bienes tienen en la creación y transmisión de la cultura nacional.

• **Delitos contra los derechos de los consumidores**

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, vino a

poner en evidencia un tema central en el desarrollo económico del país, protegiendo a los distintos sectores que componen este complejo ámbito.

Los consumidores dentro de la economía de los países son un pilar esencial, al ser los agentes económicos más importantes en la actividad del mercado, no sólo nacional, sino también internacional. Se conciben como un colectivo que puede ser dañado o lesionado con la dinámica del mercado mismo y con las acciones efectuadas por los comerciantes o empresarios.

En este tema es claro que persiste un interés general, no sólo para los comerciantes en la venta y distribución de sus productos, sino para los consumidores que tienen el derecho de contar con información y calidad en estos. Además del beneficio que sufre la economía del país cuando las relaciones comerciales y el mercado cuenta con acuerdos y estabilidad.

Los derechos de los consumidores nacen como una protección legal, que surge luego de un desarrollo económico, en la cual comerciantes empiezan a producir y comercializar productos en masa. Se estableció como una necesidad de proteger la posición desigual o vulnerable de los consumidores ante una economía capitalista, en donde cada vez es mayor el poder de las empresas.

Por lo anterior, se han establecido distintos mecanismos de protección. Uno de ellos lo configura el penal que sanciona a los autores y coautores de hechos punibles que afectan a los consumidores, y en los cuales cabe el cobro por daño social, por la lesión a sus intereses colectivos, ya que se entienden

a los consumidores como una colectividad, la cual se puede ver afectada por acciones que lesionan sus derechos como grupo. Debido a lo anterior, se establece en el artículo 63⁴¹ de la misma Ley los delitos que perjudican al consumidor.

Los delitos citados en dicho artículo, no deben comprenderse como una lista taxativa, sino como una muestra de los posibles de ilícitos en los que se pueden afectar los derechos de los consumidores, y producir a partir de ellos pueda darse la existencia de un daño social. Otros ejemplos son, los relacionados con la salud, que encuentran regulación en la Ley General de Salud, la Ley de Aguas o en mismo Código Penal con respecto a los delitos relativos a la seguridad común, entre otros.

• **4.2 Según hechos lícitos o ilícitos civiles**

Debido a la regulación expresa del daño social en el Código Procesal Penal, bien puede pensarse que su cobro resulta improcedente en otras materias por no encontrarse de manera expresa regulado. Sin embargo, por su origen y fundamento constitucional consideramos que sí es posible pretender en otras vías su reparación e indemnización, sin que esto sea contrario al ordenamiento jurídico.

Lo anterior, encuentra sentido cuando analizamos que lo que se protege con esta

figura son derechos colectivos, ya consagrados en la Constitución Política. Asimismo, por disposición legal cuando los derechos son contrariados, surge como consecuencia de ello, la garantía del artículo 41 de la misma Constitución, cuando otorga el derecho de ostentar una reparación integral de los daños causados a esa pluralidad de personas. Por tanto, no es el procedimiento utilizado lo que debe garantizar la tutela de estos derechos, sino más bien como ya se indicó, dicha tutela debe ser garantizada por ser un derecho de rango constitucional que comprende el ordenamiento jurídico.

Sostenemos que el cobro por daño social cabe cuando se trata de hechos lícitos o ilícitos civiles, los cuales se pueden conocer en vía civil, o en la administrativa cuando se produce como consecuencia de la actuación de la Administración, en los procesos que tutelan los derechos de los consumidores, o bien en la vía constitucional por medio de un recurso de amparo.

• **Vía civil**

Consecuencia de los cambios sociales, y con ello, la ampliación de la responsabilidad por daños, que supone un ensanchamiento de los daños resarcibles, con el fin de ajustarse a los nuevos derechos y necesidades de tutela de los individuos.

40 Voto N° 0265-2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

41 “(...) las penas de los delitos de ‘usura’, ‘agiotaje’ y ‘propaganda desleal’, indicados en los artículos 236, 238 y 242 del Código Penal, deben duplicarse cuando se cometan en perjuicio de los consumidores, en los términos estipulados en el artículo 2 de esta Ley. Las mismas penas se aplicarán cuando el daño causado exceda el monto equivalente a cincuenta veces el menor de los salarios mínimos mensuales, o cuando el número de productos o servicios transados, en contravención de los citados artículos, exceda de cien. Se reprimirá con la pena prevista en el artículo 216 del Código Penal, tipificado como “estafa”, a quien debiendo entregar un bien o prestar un servicio, ofrecido públicamente en los términos de los artículos 34, 37 y 41 de esta Ley, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de un engaño o cualquier otra acción manipuladora. En esos casos, la Comisión nacional del consumidor debe remitir el expediente a los órganos jurisdiccionales penales, de conformidad con el inciso f) del artículo 53 de la presente Ley”

Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, y toma en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc., imponiendo que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado. Por lo que se comprenden la responsabilidad extracontractual subjetiva y la objetiva a la vez, cuando se trata de indemnizar el daño producido a la sociedad.

De ahí que, por medio de los procedimientos existentes, consideramos que al verse afectados esos intereses de la colectividad, el daño social puede ser cobrado en la vía civil. Esto es producto del proceso de democratización que está experimentando la responsabilidad extracontractual, con el propósito de extender la tutela y garantizar la reparación de cualquier tipo de daño que sea ocasionado.

En esta vía, el daño social, debe comprenderse como un daño más, que debe ser reparado dentro de las posibles afectaciones que se pueden indemnizar, en tanto cumpla con los elementos requeridos para su configuración y existencia.

Lo anterior cabe, cuando se traten de hechos lícitos o bien cuando nos encontramos ante un ilícito civil. Este último se plantea como un comportamiento simplemente dañoso, no tipificado por la ley penal y cuya sanción consiste en imponer al autor la obligación de resarcir o indemnizar el daño. Simplemente son actos dañosos que recaen sobre algún interés de relevancia colectiva.

• **Vía contencioso administrativa**

Proponemos la posibilidad de cobrar en esta vía el daño social, cuando el Estado es el agente productor del mismo, ya sea por comportamiento lícito o simplemente por la producción de hechos dañosos.

Debido al sistema de responsabilidad que aplica en esta rama del Derecho, según se trate de uno u otro régimen de responsabilidad administrativa, ya sea con falta o sin falta. La responsabilidad extracontractual de la Administración, se da cuando los administrados sufren lesiones antijurídicas que no tienen el deber de soportar y, como consecuencia, tienen el derecho de ser indemnizados o resarcidos. Esto por encontrarse dentro de la construcción de una Administración prestacional, en donde el desarrollo industrial y tecnológico han ocasionado un aumento de peligros y riesgos que enfrentan los administrados.

La responsabilidad que tiene el Estado no sólo en administrar de manera eficiente y correcta las temáticas de índole pública, ligadas a sus funciones, sino también, debe responder por los daños ocasionados a la colectividad.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la utilización de sustancias radioactivas en los hospitales, que si bien se realiza la inspección, calibración, medición y el ejercicio del control de calidad de los equipos; no obstante y a pesar de ello, se ocasiona un peligro o daño y este debe ser indemnizado, no sólo a las personas que directamente sufrieron algún perjuicio con las radiaciones, sino también a la colectividad por el mal servicio prestado y por la población que dejó de recibir tratamiento para su enfermedad.

Además, se puede concebir el daño social en temas relacionados con las concesiones o contratación administrativa, que por las dimensiones de las obras y por la relevancia que tiene ciertos temas que caben bajo estas figuras, con cualquier error en la adjudicación o contratación, se podría incurrir en un daño a la colectividad. Cobro que es posible cuando se configuren los elementos requeridos para la constatación del daño mismo.

• **Vía constitucional**

Plantear el tema del daño social en el ámbito constitucional, permite que por este medio se constate la existencia de un daño social, y con ello garantizar su cese. Lo anterior, con el fin de procurar el bienestar de todos y la efectiva tutela de los derechos fundamentales de la colectividad.

En sentido, consideramos que lo dicho es posible a través del recurso de amparo, el cual se regula en los artículos 29 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Este medio busca garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

Recurso que encuentra fundamento al plantearse, desde el ámbito del daño social, con base en el artículo 50 de la Constitución Política, cuando se vulneran los intereses colectivos y difusos. Sobre este tema la misma

Sala Constitucional ha reconocido que con respecto al ambiente esta vía es competente para garantizar su tutela.

Por otra parte, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad que posibilitan la protección de dichos intereses; cuando estos se han visto lesionados por una ley, norma o acto, según la regulación establecida en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Para garantizar una efectiva tutela de los derechos colectivos, en el artículo 75 del mismo cuerpo normativo,⁴² se exonera del requisito de tener el asunto pendiente, ya sea en la vía judicial o en la administrativa, cuando por *“la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto”*.

El recurrir a esta vía podría parecer en principio inapropiado, con motivo de la imposibilidad de obtener una indemnización pecuniaria, ello sin detrimento de poder acudir a la vía correspondiente para su cobro. Sin embargo, lo esencial es la defensa de los derechos que comprenden los intereses difusos y colectivos, y con ello el fundamento mismo del daño social.

42 Dicho artículo indica que “Artículo 75. Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes. En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles”.

5. ALGUNAS REFLEXIONES ENTORNO AL TEMA

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, se han analizado diversas situaciones en las cuales puede surgir un reclamo por daño social y solicitar su reparación en diversas instancias judiciales, este no pretende ser un análisis taxativo, pues el Derecho de Daños es casuístico, admitiéndose la posibilidad de evaluar las particularidades de cada caso en concreto.

Sin duda alguna se trata de una figura que presenta un rango de aplicación muy vasto en razón de su naturaleza colectiva. Este nacerá y será siempre reclamable cuando se vulneren intereses difusos o colectivos, no siendo relevante el tipo de acción con la cual se ocasione; pero sí es tutelable su reparación en alguna de las vías ya mencionadas, según las características del interés vulnerado, y en tanto se cumplan los requisitos para la configuración del mismo daño.

Es entonces de suma importancia observar como propuesta inicial para su mejor aplicación en nuestro sistema, que el daño social no se reduce únicamente al campo del derecho penal, como podría pensarse. Si bien nuestra legislación lo que prevé es su reclamo, cuando es consecuencia de la comisión de un delito, la figura en sí, tiene en un destino práctico más cercano al derecho civil; pues se busca su resguardo por medio de una acción civil resarcitoria.

Así, una las propuestas necesarias para el mejoramiento en su aplicación, radica en que los titulares de los intereses difusos y colectivos dañados se aventuren a emprender su reclamo ante los tribunales. Con su utilización práctica, la figura dejará de ser una mera estipulación

de la ley y en la misma Constitución Política, pasando a ser un mecanismo jurídico con utilidad real para el resguardo de los derechos transindividuales. Igualmente, con su uso en el sistema jurídico, se contará con mayor desarrollo jurisprudencial y se incentivarán las investigaciones doctrinarias respecto al tema.

En la medida que esto se realice, se le otorgará mayor contenido al daño social como opción de resguardo a estos intereses e indirectamente, se contribuirá a la prevención de hechos lícitos o ilícitos con los cuales se les pueda menoscabar, siendo este uno de los fines del Derecho de Daños.

No obstante, tal y como se encuentra la legislación vigente resulta necesario realizar algunas precisiones mejorar e incentivar la utilización práctica de la figura en cuestión. Estas reflexiones se dan en torno a temas que pueden generar cuestionamientos, tales como: su identificación, cuantificación, legitimación para su reclamo, el papel del juez y las partes en relación con este y, finalmente, la necesidad de apertura de nuevos mecanismos judiciales para su reclamo.

5.1. Sobre la identificación del daño social

Es de suma relevancia para que a figura del daño social sea aplicable que éste se encuentre identificado, de tal forma que se configure el elemento de certeza.

La adecuada identificación es necesaria para el posterior nacimiento de la responsabilidad civil del causante. Esta consiste en el reconocimiento del efectivo y persistente menoscabo ocasionado a los intereses de la colectividad, sean difusos o colectivos. Se logra al constatar por medios fehacientes la lesión que ha sufrido el interés

o el bien colectivo tutelado; o al menos, con la existencia de la pérdida de oportunidad para la colectividad, apartándose lo acaecido de lo meramente eventual o hipotético; y además, subsistente a la hora de realizar el reclamo judicial.

Igualmente, dependerá también de la naturaleza del bien y de la constatación de una lesión indivisible, lo que se constata cuando el uso del bien o el interés dañado sea de todos los damnificados y no resulte susceptible de apropiación privada; pues estaríamos ante otro tipo de daño. Lo dicho, es de gran importancia pues en la determinación del bien jurídico tutelado que se ha visto menoscabado radica la clave de la posible aplicación de la figura, pues si no se demuestra la afectación a la colectividad, no podrá configurarse uno de sus elementos esenciales lo cual imposibilitaría su reclamo ante las entidades jurisdiccionales.

5.2. Sobre la cuantificación del daño social

El tema de la cuantificación del daño social guarda estrecha relación con la identificación de éste; pues no será cuantificable sino ha sido correctamente identificado, establecidos sus elementos, el sujeto o sujetos causantes y la colectividad víctima de la lesión, y primordialmente, la naturaleza del bien colectivo o del interés –colectivo o difuso- que ha sido menoscabado.

No obstante su la importancia, este elemento dentro del Derecho de Daños, es uno de los que genera mayor discordia, tanto en la doctrina como en los tribunales, por la

falta de parámetros y sistemas que ayuden a fijar su quantum de forma igualitaria en casos similares ,y en la medida que sea más justa y apegada a la magnitud del daño causado; de manera tal que se propicie una reparación integral, para reparar e indemnizar de forma que semeje que el hecho dañoso para una colectividad nunca acaeció.

Al respecto, es importante señalar que deben observarse los principios de igualdad y equidad, así:

“(...) la cuantificación de daños impone un ejercicio de equidad en sumo grado como modo de reconocer judicialmente sufrimientos concretos, por tanto de nada sirve un discurso teórico progresista de la responsabilidad que, verbigracia, es pródigo con posturas de índole sustantivas (reconocimiento de nuevos daños, recurso a presunciones que mejoren la situación de la tutela sustantiva, etc.) si no se compadece con una valoración real de las circunstancias sufridas”.⁴³

No basta que nuestra ley habilite la posibilidad de cobrar el daño social o que se utilice la figura en las distintas vías judiciales, también es necesaria la participación y colaboración de las partes para ello. Se requiere de la labor de los jueces en calidad de “perito de peritos”, y que las partes con el deber que tienen de probar el daño, analicen y busquen una valoración real del daño social causado. La valoración del daño social, para ser completa, debe limitarse a la afectación causada y las dimensiones que puedan contener, tanto la patrimonial como la extrapatrimonial.

43 Santarelli, Fulvio Germán. Cuatificación del daño. Exposición en el Ciclo de Conferencias sobre “Responsabilidad Civil”, de 30 de mayo de 2005, desarrollada en Buenos Aires, Argentina. En: <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/derechocivil/fulviosantarelli.pdf> Consultada el 10 de mayo de 2010.

En caso de la valoración patrimonial del daño, se deben recurrir a los conceptos clásicos dentro del tema de responsabilidad civil de daño emergente y lucro cesante. Sin embargo, la valoración del daño social extrapatrimonial resulta mucho más compleja. Este sí resulta indemnizable, por la afectación a valores o a intereses intangibles que revisten de importancia para la colectividad a la cual se le han menoscabado.

Se admite entonces la posibilidad una estimación de su valor que permita una recomposición monetaria o bien recurriendo a otro tipo de medidas de reparación. Esto por cuanto los intereses difusos y colectivos, no tienen un valor o precio cierto y por las imposibilidades técnicas, materiales y probatorias que dificultan esta labor.

En la práctica del Derecho, se han desarrollado algunos métodos para la cuantificación de daños de carácter extrapatrimonial. Estos pueden ser de tipo directo, como por ejemplo los que intentan fijar un precio de acuerdo con el valor que se le otorga a la existencia de determinado bien colectivo o interés grupal, o los que buscan determinar un valor a los gastos que se requieren para reemplazar la función que cumple determinado bien o interés para el grupo. O bien, hay de tipo indirecto, como los que buscan el valor que le dan las personas a los intereses difusos y colectivos en general, como por ejemplo, al valor que le otorga la población al patrimonio cultural, a la hacienda pública, a la imagen del Estado, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado u otros. Aunque estas técnicas no son enteramente precisas ni exactas, pueden facilitar la tarea de cuantificación.

Por lo anterior, resulta conveniente, además de usar estos criterios subjetivos de

valoración, el apoyarse de la experticia de peritos en distintas ramas, los cuales pueden realizar una aproximación más cercana al verdadero valor de estos intereses al considerar distintas variables.

Asimismo es de fundamental el papel activo que deben adoptar tanto el juez como las partes al momento de una pretensión por daño social, ya que deben a la hora de ejercer la acción enfocarse en los parámetros vitales en la tarea jurisdiccional para establecer las indemnizaciones en discusión. Debe evaluarse: la magnitud del daño y su posible irreparabilidad, el período durante el cual se desarrolló el hecho dañoso, las características del causante, la comunidad o grupo afectado, la vinculación económica, sentimental o cultural de la sociedad con el interés menoscabado, la previsibilidad del daño, el dolo o la culpa del agente (de ser el caso) y la posibilidad de evitar o atenuar las consecuencias del hecho dañoso, entre otros.

En la medida en que estos parámetros sean alegados por las partes y demostrados, cuando les corresponda por los medios de prueba disponibles, el juez tendrá una visión más amplia para determinar la cuantificación del daño causado a la sociedad.

5.3. Sobre la legitimación activa del daño social en nuestro sistema jurídico

Quizás uno de los temas que despierta mayores interrogantes en el daño social es quién ostenta la legitimación activa para su relamo, por los problemas que puede despertar a nivel procesal. Dicha interrogante no surge solo en nuestro país; sino también en varias jurisdicciones donde se tutela la reparación de daños de incidencia colectiva. Se da por la dificultad para establecer el sujeto o sujetos

determinados para ejercer la acción; pues por el daño resarcible es único y recae sobre el grupo; por tanto, cualquiera de los sujetos que conforman la colectividad, en principio, estaría legitimado para el ejercicio de la acción en pro del bienestar grupal, no propio. Este argumento tiene soporte, al afirmar que:

“(...) el interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento. O es del grupo o no es de nadie. Porque si alguien acapara el daño en su totalidad para sí, deja de ser coparticipado y homogéneo para ser individual o plurindividual”.⁴⁴

Como se indicó, en Costa Rica, actualmente se mantiene un sistema de legitimación restringido, donde se habilita exclusivamente a la Procuraduría General y a las asociaciones o fundaciones cuyo objeto se relacione directamente con el interés menoscabado.

Para accionar un proceso de este tipo, en la vía que sea, no solo habrá que ostentar la titularidad del interés dañado, sino también el que lo pretenda debe tener un interés en accionar, el cual no puede estar orientado al beneficio propio. Debe buscar la reparación del interés dañado, en beneficio del bienestar social, de lo contrario se incurriría en la figura del abuso de derecho.

Así, una de las propuestas más importantes en cuanto a la legitimación, es la apertura de ésta para que sea coincidente con lo estipulado en el artículo 50 de la Constitución, ya que la misma Carta Magna es la que habilita la

legitimación amplia, pero no está siendo correctamente aplicado. Al respecto, señala Armijo, citando al autor Allorio, que:

“(...) el problema de legitimación no es un problema de la teoría, sino que responde a una decisión política del legislador, pues éste, desde el momento en que aprueba la ley, señala a quién le corresponde la tutela y por consiguiente se sobreentiende la presencia del interés en la norma que lo autoriza para interponer la acción”.⁴⁵

Es evidente que el legislador costarricense, con base en lo dispuesto por la Constitución, ha tomado la decisión política de una legitimación amplia a la hora de tutelar los daños que se causen al derecho al ambiente, el cual contiene dentro de su espectro varios intereses difusos y colectivos. No obstante, el problema ha radicado en la aplicación; pues no se ha explotado este mecanismo legal para la tutela efectiva en nuestro país de los intereses transindividuales.

La clave, en cuanto a la legitimación, radica en que cualquier sujeto que se encuentre en las condiciones anteriormente indicadas; es decir, que vea su interés difuso menoscabado por una situación de hecho, la cual a su vez le causa perjuicio junto a la colectividad; o bien, un sujeto parte de algún grupo cuyos intereses colectivos se vean mermados, pueda accionar bajo la vía correspondiente, para pretender su tutela y reclamo del daño social, cuando corresponda.

44 Galdós, Jorge Mario. Daños Colectivos. Convergencia Procesal y Sustancial. En: desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../420/.../Daños_colectivos.pdf. Consultada el 8 de mayo de 2010.

45 Allorio, E. Citado en: Armijo Gilbert. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999. Pág. 51.

La legitimación la puede tener siempre cualquier sujeto, pero los efectos de la sentencia serán extensivos a toda la colectividad, con carácter de cosa juzgada, y se realiza la salvedad que el reclamo del daño social lo hace el individuo en representación de la colectividad afectada, nunca en beneficio personal. Por esto último, torna de gran importancia en estos procesos, el otorgamiento de medidas opcionales de reparación, distintas de una valoración pecuniaria del daño, orientadas a la restitución del bien o interés dañado y en beneficio de la colectividad.

Una postura similar es la que se sostiene, según Artavia, en el Proyecto de Código Procesal General, ya que en este:

“(…) se mantiene el concepto clásico de legitimación, pero eliminando esa conceptualización para el caso de los intereses de grupo, al establecer que ‘salvo los intereses de grupo, en todos los casos deberá mediar un interés directo, inmediato, personal, actual y cierto’ [...]. Se distingue desde el inicio la tutela de los intereses difusos y colectivos o gremiales. Los difusos podrán ser ejercidos indistintamente por cualquiera en interés de la colectividad. Los colectivos pertenecientes a un grupo determinados de personas o referidos a un sector de la sociedad, podrán ser ejercidos por personas, grupos, organizaciones, asociaciones con no menos de 30 personas o instituciones públicas, y que en todo caso tengan por objeto o estén vinculadas de manera directa y actual a esos intereses, que

*además resultaren perjudicadas por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo”.*⁴⁶

Claramente, la legitimación se verá siempre sujeta a una materia tutelable, relacionada con los intereses grupales, tales como la salud, el medio ambiente, la ecología, la prevención de desastres, la conservación de especies, valores históricos, arquitectónicos y arqueológicos, los bienes de uso público, los recursos naturales, los derechos de los consumidores, entre otros.⁴⁷

5.4. Sobre la apertura de nuevos mecanismos para su reclamo

Partiendo del panorama expuesto, necesaria la apertura de nuevos mecanismos judiciales por medio de los cuales pueda reclamarse el daño social junto con su efectiva e integral reparación.

Especialmente, es necesaria cuando de los intereses difusos se trata; en cuanto a los colectivos, siempre existe la posibilidad de que asociaciones, fundaciones u organizaciones legalmente constituidas planteen la acción por tener un objeto relacionado en forma directa el interés menoscabado. Sin embargo, en lo que a los intereses difusos se refiere la necesidad es mayor, por no contar los titulares con una posibilidad similar.

Respecto de los mecanismos para el acceso a la tutela de los intereses difusos, se pueden distinguir dos: uno de ellos es la tutela

46 Artavia B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: GIDI, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Primera Edición. México: Editorial Porrúa México, 2003. Pág 572.

47 Artavia B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Ídem. Pág 573.

pública del interés difuso y el otro, responde a la tutela colectiva de éstos. En cuanto al primero, la tutela de los intereses difusos se confía legalmente a órganos o entes públicos trascendiendo la esfera individual, lo cual no implica que estos sean los titulares del interés menoscabado y jurídicamente tutelable, sino que actúan como representantes de la colectividad ejerciendo la acción. En cambio, la tutela colectiva propugna por una legitimación más abierta para accionar en beneficio de la colectividad y responde de esta forma a nuevas maneas de protección de este tipo de intereses, las cuales se han implementado en otros países, como Estados Unidos, España, México y Brasil.⁴⁸

Justamente, en virtud de esta tutela colectiva se han venido desarrollando otros mecanismos que responden de manera más eficaz a las exigencias y necesidades sociales. Un ejemplo de ello, son las acciones colectivas o de clase, para la tutela de intereses y reclamos de daños de esta naturaleza.

No obstante, en nuestro país, tales figuras no se encuentran contenidas en la legislación, e incluso la Sala Constitucional ha sostenido que no son admisibles. Al respecto, dicha Sala indica, en el contexto del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que:

“(…) no se ha admitido la tesis de que se permite la acción popular en esta materia, entendida como ‘(…) toda posibilidad de accionar en esta vía sin requerimiento del todo la vinculación con el asunto principal’

48 Armijo Gilbert, supra nota 45, Pág. 52 a 61.

49 Voto N° 1634-1990 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver : Voto N° 550-1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, y Voto N°4705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

*y se ha exigido a los accionantes demostrar que se encuentran en alguna de las causales para la acción directa de inconstitucionalidad regladas en los párrafos segundo y tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional”.*⁴⁹

Pese a los criterios jurisprudenciales vigentes en nuestro país, las acciones colectivas o populares son una herramienta de suma relevancia para la tutela colectiva de los intereses difusos y colectivos. Aunque no se encuentran reguladas ni aceptadas jurisprudencialmente, este es un paso que debería darse, no solo para la protección de dichos intereses sino también para el reclamo del daño social.

5.4. Sobre la inclusión de acción colectiva o popular en el ordenamiento jurídico costarricense como medio para el reclamo del daño colectivo

Ante el panorama presentado es evidente que en nuestro país se perfila como necesaria la inclusión de acciones más completas y efectivas para el resguardo de los intereses grupales, ya para el reclamo de reparación por daño social; ya que no existe una sistematización de normas sobre procesos colectivos, aunque si están presentes algunos artículos en diversos cuerpos normativos donde se tutelan los intereses de grupo.

Un mecanismo que puede resultar útil a este fin, como ya ha sido probado en otras jurisdicciones, son las acciones colectivas o

populares, las cuales son el medio procesal para la protección de los derechos o intereses difusos y colectivos. Se pueden definir como aquella:

“(...) acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada). En la acción colectiva los derechos de grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho de grupo”.⁵⁰

La anterior definición engloba las características esenciales de este tipo de acciones y son la realización de un solo litigio, donde el derecho o interés bajo discusión o menoscabado pertenece a un grupo de personas y una sentencia vinculante para todos los integrantes de ese grupo. Es decir,

se da una dimensión colectiva del sujeto, de la causa y del objeto.

Asimismo, dentro de las ventajas de esta acción se pueden mencionar sus características, indivisibilidad del bien jurídico, existencia de un grupo, dificultad para precisar los afectados, dimensión social y unidad de la causa;⁵¹ las cuales colocan a las acciones colectivas como un medio idóneo para interponer una acción por daño social. Son un mecanismo judicial simple, por medio del cual se garantiza el acceso a la justicia, al otorgar una legitimación más amplia para promover los reclamos en pro de la tutela de los intereses y bienes colectivos.

En nuestro país, la inclusión de un mecanismo judicial de esta índole, vendría a llenar un vacío que existe actualmente. Pues, se ajusta a las necesidades propias de un proceso en el cual se tiene por objeto el juzgamiento de la responsabilidad para la obtención del daño social. Sin embargo, por el momento nuestro sistema jurídico deberá conformarse con los mecanismos existentes actualmente para procurar su reparación.

50 Gidi, Antonio. El concepto de acción colectiva. En: Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Primera Edición. México: Editorial Porrúa México, 2003. Pág 15.

51 Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel, y SIGAL, Martín. Las acciones colectivas: Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lexis Nexis, 2005. Pág 170 – 174.