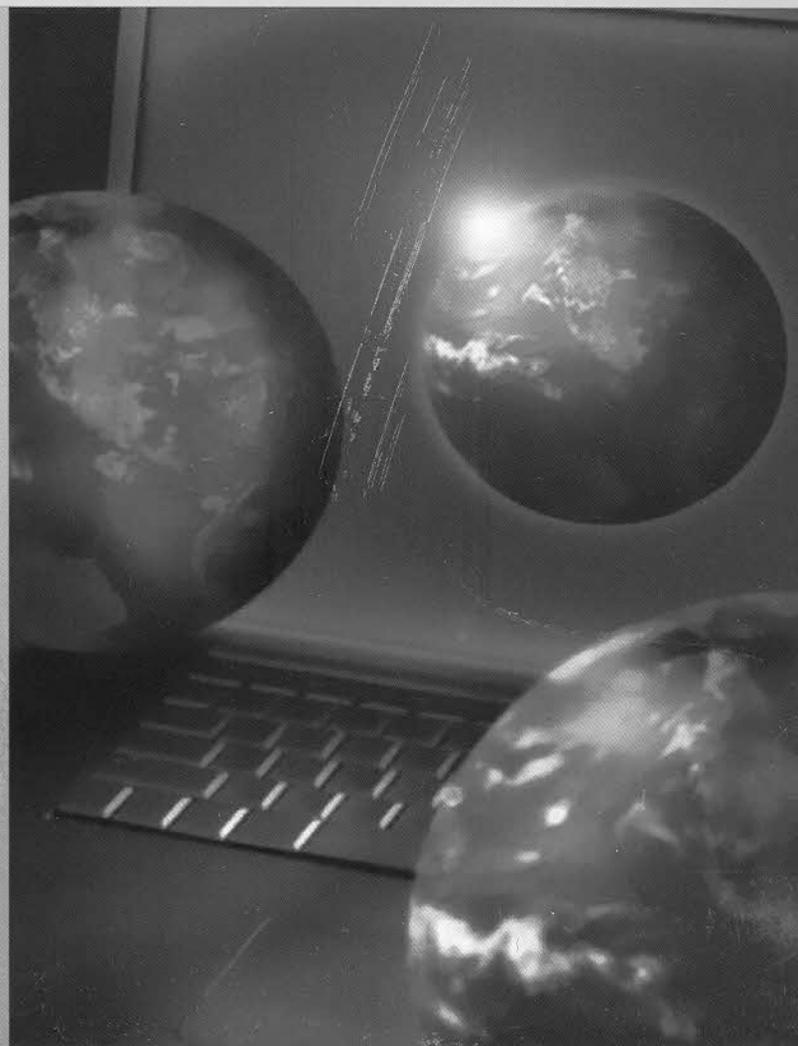
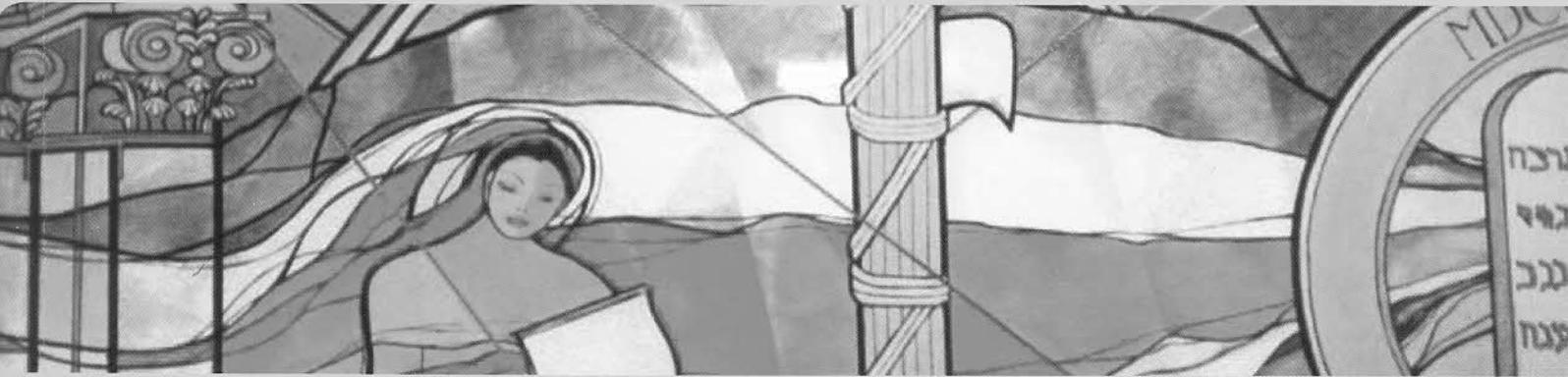


REVISTA EL FORO



COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA • NÚMERO 10 • NOVIEMBRE 2009 • ISSN 1659-1496



REVISTA
EL FORO

Edición No. 10
Revista del Colegio de Abogados
San José, Costa Rica
Noviembre 2009



DIRECTORA

Licda. Stella Santamaría Jiménez

CONSEJO EDITORIAL

Prof. Frank Álvarez Hernández
Lic. Herman Mora Vargas

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados

Impresión

Editorama, S.A.

Colegio de Abogados de Costa Rica
Teléfono 22 02 36 48
www.abogados.or.cr

De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

SUMARIO

- 4 MENSAJE EDITORIAL**
- 5 HISTORIA DE LA PRIMERA JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS**
Lic. Tomás Federico Arias Castro
- 21 EL NUEVO CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO**
Lic. Ignacio Monge Dobles
- 25 ACTUALIZACIÓN MONETARIA EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO**
Lic. Mario Quesada Aguirre
- 32 EL EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACÍA EN COSTA RICA**
Lic. Frank Harbottle Quirós
- 38 INSTITUTOS LEGALES APLICABLES A LA TENDENCIA DE BIENES:
INCONVENIENTES DEL USO DE SOCIEDADES**
Lic. Rolando Brenes Vindas
- 45 INCIDENCIA MEDIÁTICA Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**
Lic. Billy Araya Olmos
- 52 LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS
EN LOS PROCESOS CONCURSALES**
M.Sc. Brenda Caridad Vargas
M.Sc. Alejandra Vargas Montero
- 59 PLAGIO Y DERECHOS DE AUTOR**
Dr. Celin Arce Gómez
- 68 LA IDENTIDAD COMO PRODUCTO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**
Lic. Rolando Soto Castro
- 80 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS
DE LOS SERVICIOS BANCARIOS Y FINANCIEROS**

MENSAJE EDITORIAL



**Licda. Stella
Santamaría Jiménez**
Directora
Revista El Foro

Con 128 años de haber sido fundado, al Colegio de Abogados de Costa Rica no solo le pertenece el orgullo de ser el primer Colegio profesional instaurado en el país, sino también en eruirse como el ente gremial que sin olvidar cuáles fueron sus raíces, asume con entusiasmo los retos actuales y futuros. Desde el punto de vista humano comprometido con la responsabilidad social corporativa; identificado con impulsar un ejercicio profesional apegado a la ética; solidario con el desarrollo integral de los y las abogadas; y dinámico en la búsqueda de soluciones acordes con los tiempos. Claro ejemplo de ello es el recién acuerdo de Junta Directiva, en donde se aprobó la implementación del Sistema de Videoconferencia para el Colegio, que unirá dos importantes filiales con la sede central y que mediante el uso de tecnología de punta permitirá, entre otras actividades de actualización y formación, dar mayor alcance al Programa de Educación Jurídica Continua pues también trae consigo la ampliación del ancho de banda de la plataforma tecnológica del Colegio.

Otro importante aporte al foro jurídico es la ya concluida investigación del proyecto E-abogacía, que determinó los requerimientos de los y las abogadas en las nuevas Tecnologías de la Información y el Conocimiento de toda el área del sector justicia.

Es por todo ello, que desde el Consejo Editorial de la Revista El Foro, apoyamos y aplaudimos este tipo de iniciativas que están dando frutos tanto al gremio forense como a la sociedad civil. Nuestra razón de ser es servir de medio para que juristas tanto nacionales como extranjeros publiquen sus ensayos e investigaciones, y de ese modo enriquezcan la literatura jurídica nacional. En este número, también servimos de medio difusor del documento completo de la “Declaración Universal de Derechos de los Usuarios de Servicios Bancarios y Financieros”, cuya adhesión se dio al finalizar en octubre pasado el Seminario “Nuevos Derechos Financieros del Siglo XXI”, evento de marcada importancia coauspiciado por el Colegio de Abogados, convirtiendo a Costa Rica en el primer país centroamericano en adherirse a la Declaración.

La labor de los miembros del Consejo Editorial se enmarca bajo la premisa de producir conocimiento jurídico, cumpliendo con uno de los objetivos de este Colegio de Abogados, cual es “el progreso de la ciencia del Derecho, el decoro y realce de la profesión de abogado”. Concluyo, por ende, haciendo extensiva la invitación a degustar los artículos de este número y a continuar “creando conocimiento”.

HISTORIA DE LA PRIMERA JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Lic. Tomás Federico Arias Castro*

CONTENIDO

Este artículo de investigación histórica presenta al lector un estudio detallado de los principales hechos y personajes de la historia jurídica costarricense, que propiciaron la creación del Colegio de Abogados de Costa Rica en 1881, así como una serie de biografías acerca de cada uno de los diez ilustres integrantes que conformaron su primera Junta Directiva.

Juristas quienes se desempeñaron en los más destacados y significativos cargos públicos de nuestra nación, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, contribuyendo con sus distinguidos desempeños, en la construcción de la nación costarricense.

Palabras clave:

Historia, Derecho, Colegio de Abogados, Junta Directiva, Abogados.

Abstract:

The main objective of this article of history research, is to show a deep study of the main facts and characters of the Costa Rican juridical history, who encourage the creation in 1881 of the Costa Rican Law School. On the other hand it gives a biography of each one, of the distinguished men that were members of their first main board.

Lawyers that perform the most significant and relevant public charges of our nation, at the end of the XIX century and in the very early XX, helping with their marvelous labor, to the arise of the our nation.

Key words:

History - Law - Law School – Main Board – Lawyers.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de una serie de investigaciones histórico-académicas, realizadas desde el año 2006 por parte del suscriptor autor, sobre la conmemoración del 125 aniversario de la fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica, se ha descubierto como una serie de hechos y acontecimientos concernientes a los primeros años de vida de nuestro ente gremial se han ido difuminando en las inexorables páginas

del tiempo. Fenómeno el cual, lamentablemente, se ha visto complementado por la pérdida de una serie valiosísima de fuentes de consulta e investigación, las cuales, al no haberse custodiado de la manera adecuada o sencillamente por falta de conocimiento acerca de su valor histórico, han desaparecido para siempre.

Es por ello que el presente artículo histórico pretende poner a disposición del lector una serie concatenada de hechos y elementos, que dieron como resultado la conformación del primer colegio profesional de nuestra patria, el 6 de agosto de 1881, cuando nuestra existencia decimonónica hacía imperativa la necesidad de contar con un ente que agrupare a los profesionales en Derecho.

Las consideraciones que a continuación se exponen son un homenaje póstumo al grupo pionero de juristas que en la otrora república costarricense, tuvieron la visión de crear un órgano, que, con el paso de los años, se ha convertido en el más prestigioso de los colegios profesionales del país.

Y cuya insigne huella, ha marcado indefectiblemente, desde hace 128 años, el ilustre derrotero por el que hemos transitado, todos los que estamos inmersos en las distintas vertientes de la carrera jurídica en Costa Rica.

Un gremio en gestación

En una realidad costarricense en la que todavía no se habían cumplido 25 años de los acontecimientos independentistas de 1821 y empezábamos a dar nuestros primeros pasos como Estado, surgió el precedente más antiguo para la conjunción unitaria de los abogados, cuando bajo la primera jefatura de Estado de don José María Alfaro Zamora (1842-1844), su ministro general, el Dr. José María Castro Madriz, organizó y materializó la transformación de la antigua Casa de Enseñanza de Santo Tomás¹, en la Universidad del mismo nombre. Por medio del decreto N° XI del 3 de mayo de 1843.²

La ley orgánica de esta institución establece en el artículo 107 el requisito de que todos aquellos que obtuviesen la condición de egresados de la carrera de Derecho, debían incorporarse como abogados, ante las instancias administrativas de la Corte Suprema de Justicia.³

* Licenciado en Derecho-Historiador. Profesor de Cátedra de Historia del Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresado de Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas (UCR). Académico de Número de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas.

1 GONZÁLEZ FLORES, Luis Felipe, "La Casa de Enseñanza de Santo Tomás", 1941, p. 4.

2 GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, "La Universidad de Santo Tomás", 1989, p. 145.

3 Estatutos de la Universidad de Santo Tomás (1843), 1844, pp. 28 – 29.

Decretándose el 12 de noviembre de 1857, por parte del presidente de la República, don Juan Rafael Mora Porras, y el secretario de Gobernación, don Joaquín Bernardo Calvo Rosales, el decreto N.º LIV, que promulgaba un nuevo *Reglamento de la Corte Suprema de Justicia*⁴. Estableciéndose en el artículo N.º 39 de dicha normativa, la disposición de conformar un ente que temporalmente agrupare a los profesionales en Derecho existentes en el país, pues:

“(…)mientras hay Colegio de Abogados constituido especialmente, todos los profesores que hayan recibido sus licencias del Tribunal, formarán un cuerpo de quién el Regente de la Corte será Decano(…)”⁵

Utilizándose en este articulado el vocablo *profesor*, como sinónimo de *Licenciado en Derecho*, pues dicha terminología se estilaba en esta época, no solo para referirse a todo graduado en la carrera judicial, sino para todo aquel individuo que alcanzase el título de Bachiller o Licenciado, en alguna de las pocas carreras profesionales, que se impartían en el país.

Debiendo señalarse que en cumplimiento de los dos puntos expuestos en la ley de cita, se incorporaron bajo esta modalidad, un total de 121 abogados⁶, y se designó como Decano de dicho cuerpo de juristas, al presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Vicente Herrera Zeledón.⁷

Primer paso formal

A partir de la década de los años setenta del siglo XIX, y en pleno apogeo de los idearios políticos liberales y positivistas, introducidos en nuestra tierra, por las tesis filosóficas del krausismo español⁸, traídas por los pedagogos españoles Valeriano, Juan y Víctor Fernández Ferraz⁹, nació la idea de centralizar y normatizar, todos los acápites referentes a la práctica y ejercicio de la profesión forense.

Pues desde hacía varios lustros, se venía produciendo el fenómeno de una cada vez mayor incidencia de individuos que se dedicaban a labores de tipo jurídico, sin ostentar la condición de abogados. Esto ocasionaba una gran cantidad de inconvenientes, no solo por la falta de conocimiento técnico de dichos sujetos, sino por el perjuicio y detrimento que, en muchos de los casos, se daban respecto de los intereses de las partes, quienes contrataban a estos individuos, creyendo que poseían los atestados para un buen desempeño profesional.

Esta situación propició que, en 1875, el presidente del Poder Judicial, Lic. Vicente Sáenz Llorente, encomendare a dos destacados juriconsultos extranjeros la redacción de un proyecto reglamentario para la conformación formal de un Colegio de Abogados.¹⁰ Tal distinción recayó en las figuras del jurista cubano don José María Céspedes Orellano y en el abogado guatemalteco don Rafael Machado Jáuregui.¹¹

Trabajo que después de varios meses de elaboración e investigación, fue publicado en febrero de 1876¹², en las páginas de la sección científica del periódico *El Costarricense*¹³, bajo el título de “*Proyecto de estatutos para el Colegio de Abogados de Costa Rica*”.

Pero este intento formal de colegiatura no pudo llevarse a buen puerto, al no contar con el apoyo oficial del Poder Ejecutivo, pues surgió una férrea oposición al mismo, por parte del presidente de la República, general. Tomás Guardia Gutiérrez.¹⁴ Dado que una gran cantidad de los principales impulsores y creadores de esta propuesta, militaban en los círculos políticos e intelectuales, que se oponían férreamente a su mandato.

Esta oposición se sustentaba en la suspensión del orden constitucional de nuestra patria, que se había iniciado desde el mes de julio de 1876, cuando los generales Pedro y Pablo Quirós Jiménez (*amigos personales de Guardia*)¹⁵ dieron un golpe de Estado contra la administración del presidente don Aniceto Esquivel Sáenz, y colocaron en el solio presidencial al ya citado Dr. Vicente Herrera Zeledón (*allegado también a Guardia*)¹⁶, finalmente don Tomás asumió, y por segunda ocasión, las riendas del país, a partir de septiembre de 1877.

El Dr. Eusebio Figueroa O. y la creación del Colegio de Abogados

Algunos años más tarde, y ante un empeoramiento paulatino de su salud, el general Guardia Gutiérrez decidió emprender, por recomendaciones médicas, un viaje al continente europeo, entre el 10 de junio de 1881 y el 23 de enero de 1882¹⁷, con el fin de visitar en España a su amigo personal, el rey Alfonso XII. De esta manera, la presidencia interina de

4 ARIAS CASTRO, Tomás Federico “*Ius, Universitas, Collegium*”, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2006, N.º 7, p. 8.

5 Colección de Leyes y Decretos (1856 - 1857), p. 191.

6 DE LA CRUZ L., Vladimir, “*El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*”, 1995, obra inédita, sin numerar.

7 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “*Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*”, 1955, p. 114

8 CHACÓN CÁSERES, Eduardo, “*Influencia de las ideas del Dr. Valeriano Fernández Ferraz en la vida cultural de Costa Rica*”, 1984, pp. 15 - 25.

9 GONZÁLEZ FLORES, Luis Felipe, “*Historia de la influencia extranjera en el desenvolvimiento educacional y científico de Costa Rica*”, 1976, p. 132.

10 VARGAS ARAYA, Armando, “*Aportaciones de un Núcleo Germinal Cespedita a la cultura jurídica de Costa Rica*”, 2004, disertación en mesa redonda “*Influencia cubana en la cultura jurídica costarricense*”, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, www.consulcubacr.com

11 Habiéndose incorporado Céspedes O. como abogado en CR, en 1872 bajo el numeral 83 y Machado J. en 1874 con el numero 88. DE LA CRUZ L., Vladimir, “*El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*”, 1995, obra inédita, sin numerar.

12 Elaborado originalmente el 22 de octubre de 1875, constando de 38 artículos y dos disposiciones transitorias. Periódico “*El Costarricense*”, No. 6, 11 de Febrero de 1876, pp. 2 - 3.

13 BLEN, ADOLFO, “*El periodismo en Costa Rica*”, 1983, p. 190.

14 VARGAS ARAYA, Armando “*El Doctor Zambrana*”, 2006, p. 46.

15 SABEZ CARBONELL, Jorge F., “*Los meses de don Aniceto*”, 2002, pp. 155 - 165.

16 RODRÍGUEZ VEGA, Eugenio, “*Don Tomás Guardia y el Estado Liberal*”, 1989, p. 60.

17 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., “*Los días del presidente Lizano*”, 1997, p. 14.

la República fue asumida durante este período por el segundo designado de su mandato, don Salvador Lara Zamora.¹⁸

Dicha coyuntura fue considerada propicia, por uno de los juristas más destacados y connotados de la época, el Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno, quien, junto con un grupo de distinguidos colegas, decidieron volver a colocar sobre la palestra nacional, el tema de la agremiación.¹⁹

Para ello, retomó entonces algunos articulados de la propuesta de 1876, y le incorporó una serie de nuevos apartados normativos, de lo cual surgió un novedoso y meticuloso proyecto de colegiatura, el cual fue elaborado y redactado en la mayoría de sus acápites, por parte del citado Dr. Figueroa Oreamuno.²⁰

El proyecto de cita, una vez finalizado, fue rubricado por el mandatario interino Lara Zamora y por el secretario de Estado en el Despacho de Gracia y Justicia, Lic. Manuel Argüello Mora. Mediante la emisión del Decreto N.º XXIV del 6 de agosto de 1881,²¹ con el título de *Reglamento del Colegio de Abogados de la República de Costa Rica* ²².

Seis días después, propiamente el viernes 12 de agosto, se procedió a la elección de la primera junta directiva del novel ente gremial.²³ Producto de la cual y en reconocimiento por su encomiable labor y egregio trabajo, en la forja del citado Colegio de Abogados, se eligió como su primer presidente al Dr. Figueroa Oreamuno.²⁴

Los nueve subsecuentes puestos directivos fueron asumidos por varios de los juristas más prominentes con que contaba el país, como lo fueron el Lic. Ángel Anselmo Castro Méndez, el Lic. Andrés Venegas García, el Lic. Benito Serrano Jiménez, el Lic. Ascensión Esquivel Ibarra, el Dr. Salvador Jiménez Blanco, el Lic. Vicente Sáenz Llorente, el Dr. Antonio Zambrana Vázquez, el Lic. José Joaquín Rodríguez Zeledón y el Lic. Alejandro Alvarado García,²⁵ nombramientos que de inmediato fueron comunicados por don Eusebio, conjuntamente con los pormenores e incidencias de dicha elección, al citado secretario Argüello Mora, mediante la siguiente misiva:

*“...Honorable Sr. Srio. de Estado
en el Despacho de Justicia.
San José, agosto 12 de 1881.*

Me hago la honra de participar de US Honorable que en sesión de esta fecha tenida por el Colegio de Abogados de la República, se procedió a la elección de la Junta

de Gobierno, que debe regir en el primer período legal y que obtuvieron la elección, para los diversos puestos designados por la ley...

Recibo US Honorable el homenaje de mi consideración distinguida.

*(firma) Eusebio Figueroa...”*²⁶



**Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno,
primer Presidente de la Junta Directiva
del Colegio de Abogados**

El Dr. Figueroa Oreamuno nació en la ciudad de Cartago, en el mes de octubre de 1827, siendo hijo de don Antonio Figueroa Álvarez y doña Ramona Oreamuno Jiménez.²⁷ En 1840, a los 13 años, sufrió el infausto fallecimiento de su padre, por lo que su familia materna lo envió a Nicaragua para que realizara sus estudios; ingresó en la Universidad Oriental de Granada, en la que cursó la carrera de Jurisprudencia y obtiene la borla doctoral en Derecho civil en 1851. Regresó a nuestro país y se incorpora como abogado, con el N.º 15, el 3 de mayo de 1853.²⁸

Su estadía en Costa Rica fue muy corta, pues el Gobierno nicaragüense, el reconocer la valía de su talento, lo nombró en varios cargos oficiales ²⁹, entre los que se destacó, como asesor jurídico-comercial del Consulado, fiscal general

18 BONILLA, Harold, “Los Presidentes” (Tomo Primero), 1979, p. 141.

19 ARIAS CASTRO, Tomás Federico “Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Primer Presidente del Colegio de Abogados”, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2008, No. 8, p. 28.

20 MOLINA SIVERIO, Julio, “Eusebio Figueroa Oreamuno: Un Artífice de la Democracia Costarricense”, 2003, pp. 68 – 71.

21 Colección de Leyes y Decretos (1881), pp. 175 – 181.

22 Periódico “La Gaceta Oficial”, No. 1037, 7 de agosto de 1881, pp. 1 – 2.

23 Periódico “La Gaceta Oficial”, No. 1044, 17 de agosto de 1881, p. 1.

24 ARIAS CASTRO, Tomás Federico “Jus, Universitas, Collegium”, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2006, No. 7, p. 9.

25 FUMERO VARGAS, Patricia, “Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)”, 2001, p. 107

26 RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA, Manuel E., “Discurso del Presidente del Colegio de Abogados, en ocasión de celebrarse el centenario de Fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica”, Revista de Ciencias Jurídicas, 1981, No. 44, pp. 13-14.

27 Libros Sacramentales, Bautismos de Cartago, Libro 25, Folio 100, Asiento 374, Archivo Histórico Arquidiocesano.

28 DOBLES SEGREDA, Luis, “Índice Bibliográfico de Costa Rica”, 1936, p. 305.

29 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “Doctor Eusebio Figueroa Oreamuno”, Revista Eureka, 1949, No. 7, p. 12.

del ejército, redactor de la *Gaceta Oficial*, diputado de la Cámara de Representantes, secretario de las embajadas nicaragüenses en Guatemala y Francia y Ministro Plenipotenciario ante los gobiernos de Centroamérica.

De vuelta en nuestra nación, don Eusebio Figueroa inició un periplo que lo llevó a desempeñar casi todos los cargos públicos de su época: fue designado ministro plenipotenciario de Costa Rica ante El Salvador (1863), director del diario oficial la *Gaceta* y director de la Imprenta Nacional (1863), catedrático de Educación Política y miembro de la Dirección de Estudios de la Universidad de Santo Tomás (1864), fiscal de la Corte Suprema de Justicia (1864), rector de la Universidad de Santo Tomás (1866), catedrático en Derecho Público de ese recinto académico (1867), magistrado de la Corte Suprema de Justicia (1868), Secretario de Estado en los despachos de Gobernación, Fomento, Justicia, Guerra y Marina (1868), Diputado por Cartago y Vicepresidente de la Asamblea Constituyente (1869), Primer Designado a la Presidencia de la República, de la administración Jiménez Zamora (1869), Presidente Interino de C.R. (mayo-1869), Ministro Plenipotenciario de C.R. en Inglaterra (1869), nuevamente Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (mayo-1876), Presidente de la Sala Segunda de la Corte (1876), Presidente de la Corte Suprema de Justicia (1876-1878), Jurado Propietario del Tribunal de Jurado Común (1879), Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados (1882) y Secretario de Estado en los despachos de Relaciones Exteriores, Instrucción Pública, Culto y Beneficencia (1883).³⁰

Entre sus principales obras se destacan la defenestración que hizo de los generales Lorenzo Salazar Alvarado y Máximo Blanco Rodríguez en 1869³¹, acabando así con la cuasidictadura que ambos elementos castrenses venían ejerciendo en Costa Rica desde 1859 (cuando organizaron el golpe de Estado que se dio contra el gobierno de don Juan R. Mora Porras); la elaboración en gran parte de sus artículos de la Constitución Política de 1869³²; la firma del *Contrato Figueroa-Reilly*, con un grupo de inversores anglosajones, para la construcción de un ferrocarril interoceánico en 1869³³; la afamada expedición que realizó en busca de las legendarios yacimientos acuíferos conocidos como las *Minas de Tisingal*, producto de cuyo periplo, la *Isla del Coco* quedó oficialmente incorporada al territorio costarricense en 1875³⁴; la reinstauración de su autonomía e instalaciones a la Universidad de Santo Tomás en 1883³⁵, que le habían

sido cercenadas paulatinamente desde 1874 (con ocasión de la apertura del llamado *Instituto Nacional*), así como el ya mencionado conjunto de acciones que emprendió para la creación del Colegio de Abogados en agosto de 1881, del cual fue su principal artífice.

Con el Dr. Figueroa Oreamuno falleció prematura y lamentablemente en el más tristemente célebre duelo de honor de nuestra historia patria, cuando se enfrentó en combate armado, con el abogado e historiador León Fernández Bonilla³⁶, en horas de la mañana del sábado 11 de agosto de 1883, en un predio cercano a el llano de la Mata Redonda (*actual parque La Sabana*)³⁷. Episodio que aconteció como producto de la emisión de un documento en el que se plasmaron una serie de epítetos injuriosos e infamatorios contra la honorabilidad de don Eusebio, quien asignó la autoría del citado manifiesto al señor Fernández Bonilla.

Dicho deceso produjo, entre otros aspectos, una serie concatenada de consecuencias a nivel político y social, de las cuales la más destacada es la polémica en cuanto a la procedencia o no de efectuar la sepultura de su cadáver al interior de un camposanto (*en razón de que la muerte por duelo, estaba penada por la normativa canónica*), y que finalmente conllevó dos años después al decreto de “*secularización de los cementerios*”. La muerte del Dr. Figueroa Oreamuno provocó el estado de viudez de su esposa doña María Cristina Espinach Bonilla (con la que había contraído matrimonio en 1863)³⁸, y privó también a la patria de uno de sus más esclarecidos juristas, uno de sus más destacados políticos y uno de sus más preclaros ciudadanos.

Lic. Ángel Anselmo Castro Méndez primer Secretario de la Junta Directiva del Colegio de Abogados

Nació el Lic. Castro Méndez en la ciudad de Alajuela el 2 de agosto de 1854, siendo hijo de don Anselmo Castro Blanco y doña Jacinta Méndez Ramírez.³⁹ Después de cursar los estudios primarios, ingresó en la carrera de Derecho en la Universidad de Santo Tomás, y logra incorporarse como abogado el 24 de abril de 1877.⁴⁰

Paralelo al ejercicio de las actividades jurídicas, don Ángel Anselmo se desempeñó con muy buen suceso en la que él mismo denominaba como su gran pasión: el periodismo. En San José fundó el periódico quincenal *El Estudiante*⁴¹ y ejerció el puesto de editor en jefe desde 1875, se

30 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, “*Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Su derrotero e impronta en la historia decimonónica costarricense*”, 2007, obra inédita, sin numerar.

31 MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos, “*Documentos fundamentales del siglo XIX*”, 1978, pp. 166 y 294.

32 JIMÉNEZ, Mario Alberto “*Desarrollo Constitucional de Costa Rica*”, 1973, p. 134.

33 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “*Dr. Don Eusebio Figueroa Oreamuno*.” *Revista de los Archivos Nacionales*, 1941, No. 9 y 10, p. 510. Véase también: *Colección de Leyes y Decretos (1869)*, pp. 104 – 116.

34 Artículo de revista “*Centroamérica de ayer y de hoy*”, 1967, No. 12, p. 30, en MOLINA SIVERIO, Julio, “*Eusebio Figueroa Oreamuno, Un Artífice de la Democracia Costarricense*”, 2003, pp. 56 – 57.

35 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “*El Dr. Figueroa y nuestra Universidad*”, *Revista de*

los Archivos Nacionales, 1942, No. 11 y 12, p. 580.

36 NÚÑEZ, Francisco María, “*Don León Fernández Bonilla, periodista, historiador y político*”, *Revista de la Academia Costarricense de Historia*, 1956, No. 15 – 16.

37 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “*Hechos militares y políticos*”, 1881, pp. 207 – 208.

38 *Libros Sacramentales, Matrimonios de Cartago, Libro 14, Folio 324, Asiento 32. Archivo Histórico Arquidiocesano.*

39 GRUB LUDWIG, Udo, “*Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)*”, *Obra inédita, tomo segundo*, p. 140.

40 DE LA CRUZ L., Vladimir, “*El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*”, 1995, obra inédita, sin numerar.

41 BLEN, ADOLFO, “*El periodismo en Costa Rica*”, 1983, pp. 190 - 200.

desempeñó también como redactor en 1879, del llamado *Un Periódico Nuevo*.⁴²

Con la creación del Colegio de Abogados, y debido a su reconocido prestigio, fue elegido en el cargo de Secretario de su novel Junta Directiva, volviéndosele a elegir en dicho puesto en 1887, así como quinto vocal en 1886 y 1891, tesorero en 1888 y cuarto vocal en 1892, 1893 y 1894.⁴³

Al año siguiente, el presidente de la República, general Próspero Fernández O., decretó la creación de una comisión especial que se abocase a la redacción de un Código Civil, que sustituyese a la parte del llamado *Código General de Carrillo* de 1841⁴⁴, que trataba sobre esta rama del Derecho. Se estipuló asimismo que los trabajos de elaboración de dicha normativa, fuesen publicitados en un periódico que para el efecto se constituiría.

Dicha publicación tenía como objetivo que el mayor grupo posible de abogados de la época se enterasen de los trabajos normativos que se estaban realizando, con el fin de que coadyuvaran con la presentación de sugerencias o mociones que llevasen a buen término dicho proyecto de ley.

Entonces la Junta Directiva del Colegio de Abogados procedió a elegir al Lic. Castro Méndez como primer director de este nuevo órgano periodístico, al cual se le dio el nombre de: *El Foro: Boletín de Jurisprudencia, órgano del Colegio de Abogados y de la Comisión Codificadora*⁴⁵, manteniéndose en dicho puesto hasta el fenecimiento de dicha publicación el 14 de junio de 1887.⁴⁶ Este boletín es el que algunos lustros después daría origen a la *Revista El Foro del Colegio de Abogados*.

Asimismo, a partir de 1885 y siempre relacionado con su faceta periodística fue cofundador del afamado periódico *El Diario de Costa Rica*⁴⁷, junto al ciudadano español don Juan Fernández Ferraz y don Rafael Montúfar, desempeñándose, concomitantemente, a lo interno del Poder Ejecutivo como Subsecretario de Estado en los despachos de Guerra, Marina, Policía, Fomento, Gracia y Justicia⁴⁸ de la administración Soto Alfaro. Desde 1887 se dedicó a la faceta pedagógica, cuando inició lecciones como profesor del curso de Derecho Público⁴⁹ en la Universidad de Santo Tomás.

Había contraído matrimonio con doña Ramona Gutiérrez Iglesias en 1878, falleció repentina y prematuramente el 7 de noviembre de 1894, como consecuencia de un severo ataque de fiebre amarilla, en la ciudad de Esparza, Puntarenas⁵⁰, la cual había contraído en el ínterin de un viaje que hizo en compañía de varios familiares políticos.



**Lic. Andrés Venegas García,
primer pro Secretario de la Junta
Directiva del Colegio de Abogados**

El Lic. Venegas García nació en la localidad de Puntarenas el 30 de diciembre de 1848⁵¹, siendo sus padres, el ciudadano de origen germano Julius Heydrón y doña Andrea Venegas García (*de quién heredó los dos apellidos*)⁵². Habiendo decidido su familia materna que cursase estudios superiores en el exterior, se trasladó desde muy joven a Guatemala, en donde ingresó a la carrera jurídica en la Universidad de San Carlos Borromeo, en la que obtuvo la licenciatura en leyes. Regresó a nuestro país y se incorporó como abogado, el 5 de mayo de 1877.⁵³

Ese mismo año empezó a ejercer labores judiciales como Juez Civil y de Comercio de la provincia de San José. Así resultó electo en 1880 como diputado constituyente, así como diputado por San José entre 1886 y 1889⁵⁴, cargo del que se separó para desempeñarse como Secretario de Estado en los despachos de Gobernación, Policía y Fomento en 1889⁵⁵, durante la administración del presidente Soto Alfaro.

Al crearse el Colegio de Abogados, fue designado en el puesto de pro Secretario de la Junta Directiva; ejerció los cargos de secretario en 1882, fiscal en 1887, cuarto vocal en 1888, tercer vocal en 1893, 1895 y 1896, segundo vocal en 1903. En 1904⁵⁶ resultó electo como presidente de esta institución.

42 VARGAS ARAYA, Armando, "El Doctor Zambrana", 2006, p.68.

43 FUMERO VARGAS, Patricia, "Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 - 2001)", 2001, pp. 107 - 110. .

44 ARIAS CASTRO, Tomás Federico "Ius, Universitas, Collegium", Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2006, No. 7, p.10.

45 Periódico "El Foro", No. 1, 31 de octubre de 1882, p 1.

46 DE LA CRUZ L., Vladimir, "El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)", 1995, obra inédita, sin numerar.

47 NÚÑEZ, Francisco María, "Periódicos y Periodistas", 1980, p. 59.

48 GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 - 1998)", Obra inédita, tomo segundo, p. 139.

49 GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, "La Universidad de Santo Tomás", 1989, p. 162.

50 CASTRO ECHEVERRÍA, Guillermo, "Familia Rodríguez de Castro" Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, 1983, No. 29, pp. 12 - 14.

51 MALAVASSI V, Guillermo y GUTIERREZ, Pedro R., "Diccionario Biográfico de Costa Rica", 1992. p.234

52 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "Los Cancilleres de Costa Rica", 1986, p. 159

53 DOBLES SEGREDA, Luis, "Índice Bibliográfico de Costa Rica", 1936, p. 311.

54 STONE ZEMURRAY, Samuel, "La Dinastía de los Conquistadores", 1975, p. 557.

55 GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 - 1998)", Obra inédita, tomo segundo, p. 146.

56 FUMERO VARGAS, Patricia, "Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 - 2001)", 2001, pp. 107 - 112.

En la administración presidencial de don Ascensión Esquivel I., el señor Venegas García ocupó el puesto de Secretario de Estado en los despachos de Gobernación, Policía y Fomento entre 1903 y 1904.⁵⁷ Resultó nuevamente electo como diputado en 1906, año en el que asimismo se le designó como Segundo Designado a la Presidencia de la República⁵⁸, bajo la administración presidencial de su amigo personal y colega don Cleto González Víquez. Ocupó concomitantemente, durante dicho mandato, el cargo de Ministro Plenipotenciario de Costa Rica en Guatemala en 1908.

Posteriormente, fue nombrado Conjuez de la Corte Suprema de Justicia entre 1917 y 1920. En septiembre de 1919 se le designó para que ejerciere paralelamente los cargos de Canciller de la República⁵⁹ y Primer Designado a la Presidencia⁶⁰, hasta el mes de mayo de 1920 (*durante la corta administración presidencial del Lic. Francisco Aguilar B.*) Es en la segunda administración del presidente González Víquez en 1928 cuando don Andrés fue llamado a ejercer el cargo de Tercer designado a la Presidencia⁶¹, el cual ocupó hasta el término de dicho gobierno en 1932.

Unido a estas actividades, desempeñó una serie de cargos fuera del ámbito gubernamental, pues ocupó en varias ocasiones el puesto de Directivo de la Junta Nacional de Agricultura, e integró la Junta de Caridad de San José, destacándose además como uno de los más prestigiosos abogados del Banco de la Unión (*actual Banco de Costa Rica*) por varios lustros.⁶²

En 1887 había contraído matrimonio con doña Clementina Figueroa Espinach⁶³, hija del ya mencionado fundador del Colegio de Abogados, Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno. Falleció en la ciudad de San José, el 9 de noviembre de 1939⁶⁴, y fue sepultado en el Cementerio General de dicha provincia.



**Lic. Benito Serrano Jiménez,
primer Tesorero de la Junta Directiva
del Colegio de Abogados**

El Lic. Serrano Jiménez nació en la ciudad de San José, el día 19 de marzo de 1850, en el hogar de don Anastasio Serrano Valdivieso (*de origen panameño*) y doña Juanita Jiménez Cascante.⁶⁵

Después de cursar los estudios básicos, ingresó a la carrera de Derecho en la Universidad de Santo Tomás, mientras cursaba los estudios empezó a laborar como Alcalde de la municipalidad de San José en 1870⁶⁶ y ejerció, asimismo, funciones como profesor de Física en el citado claustro tomasino entre 1874 y 1875⁶⁷ se logró incorporar como abogado el 29 de agosto de 1876, ante la Corte Suprema de Justicia.⁶⁸

Posteriormente, se desempeñó como Sub-efe de la oficina de Correos y Subsecretario de Estado de la administración Soto Alfaro, en los ramos de Hacienda, Comercio e Instrucción Pública en 1888⁶⁹.

57 OBREGÓN LORÍA, Rafael, "Historia del Poder Ejecutivo de Costa Rica", en periódico "La República", septiembre 1953 – agosto 1954.

58 OBREGÓN QUESADA, Clotilde, "El proceso electoral y el Poder Ejecutivo en Costa Rica", 2000, p.232.

59 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "Los Cancilleres de Costa Rica", 1986, pp. 159 – 160.

60 GONZÁLEZ VÍQUEZ, Cleto, "Personal del Poder Ejecutivo de Costa Rica", 1958, p. 30.

61 OBREGÓN QUESADA, Clotilde, "Nuestros Gobernantes", 1999, p. 115.

62 VARGAS ARAYA, Armando, "El Doctor Zambrana", 2006, p 525.

63 FERNÁNDEZ PIZA, Mario, "Genealogía de la noble casa de Espinach" Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, 1978, No. 25, p. 98.

64 Certificación de Acta de Defunción, Libro de Defunciones de la Provincia de San José. Libro # 159, Folio 262, Asiento 524. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

65 GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)", Obra inédita, tomo segundo, p. 149.

66 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, "Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia" (1825 – 1955), 1966, p. 55.

67 GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, "La Universidad de Santo Tomás", 1989, p. 164.

68 DOBLES SEGREDA, Luis, "Índice Bibliográfico de Costa Rica", 1936, p. 311.

69 *Ibid.* GRUB LUDWIG, p. 146.

Mientras que en el ramo judicial inició una extensa y destacada carrera, que lo llevó a laborar como Subpromotor Fiscal de la República, Juez de la materia criminal administrativa, Magistrado de la Sala Primera de Apelaciones desde 1894, Magistrado de la Sala de Casación desde 1912 y Presidente de la Corte Suprema de Justicia entre 1915 y 1916.⁷⁰

Con la fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica y en atención a sus méritos, fue designado por sus colegas en el cargo de Tesorero, puesto que volvió a desempeñar en 1887, para posteriormente ejercer como quinto vocal en 1889 y 1897; cuarto vocal en 1898, 1899 y 1906; y finalmente como tercer vocal en 1907.⁷¹

Un hecho muy interesante en su vida, fue que bajo la administración presidencial del Dr. Rafael A. Calderón Guardia, se emitió, el 28 de octubre de 1941, una nueva Ley Orgánica del Colegio de Abogados; así como un nuevo Reglamento Interior para dicha institución, el 17 de julio de 1942.⁷² Estas normativas establecieron la obligación de que todos aquellos graduados de la carrera de Derecho, al momento de entrar en vigencia estas disposiciones, debían inscribirse en un libro de registros que para tal efecto, llevaría la Secretaría del citado colegio.

Ante estas estipulaciones y por ostentar para ese momento coyuntural la condición del abogado más longevo del país, le correspondió a don Benito Serrano incorporarse el día 13 de agosto de 1942, y recibir el carné N° 173, del actual listado de juristas del Colegio de Abogados.

Habiendo contraído matrimonio con doña Celina Thompson McQuillen en 1886⁷⁴ y después de una vida dedicada al servicio público y el ejercicio incólume de su carrera, su fallecimiento acaeció el día 23 de diciembre de 1945⁷⁵ en San José, cuando contaba con 95 años de edad se sepultó en el Cementerio General en la capital.



**Lic. Ascensión Esquivel Ibarra,
primer Fiscal de la Junta Directiva
del Colegio de Abogados**

Nació el Lic. Esquivel Ibarra el 10 de mayo de 1844, en la localidad nicaragüense de Rivas⁷⁶; se trasladó, en 1854, a vivir con su familia a Liberia, Guanacaste. En 1861 y después de vecindarse en San José, trabajó como escribiente en la Corte Suprema de Justicia e ingresó en 1862 a la Universidad de Santo Tomás, en la que se graduó como Bachiller en Filosofía en 1866.⁷⁷

Habiendo logrando, en 1863, la naturalización como costarricense, la cual quedó sin efecto en 1869, cuando se le declaró costarricense por nacimiento, en virtud de una de las disposiciones emitidas en la Constitución Política de ese año.⁷⁸

En 1869 obtuvo el grado de Bachiller en Derecho, en el citado claustro tomasino; se incorporó como abogado el 27 de agosto de 1874⁷⁹ y se desempeñó como Juez del Crimen de San José desde 1872.

En esta época don Ascensión ingresó a la Masonería costarricense, y se inició en la logia “*Esperanza N° 2*”⁸⁰, ocupó en años posteriores y propiamente desde el 9 de marzo de 1883, el alto cargo de Segundo Vigilante de la logia masónica *Unión Fraternal N° 19*.⁸¹

70 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, “*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*”, 2006, p. 205.

71 FUMERO VARGAS, Patricia, “*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*”, 2001, pp. 107 – 113.

72 ARIAS CASTRO, Tomás Federico “*Ius, Universitas, Collegium*”, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2006, No. 7, p.11.

73 Secretaria del Colegio de Abogados, “*Libro de Registro de Incorporaciones*”, 1942, folio N° 1.

74 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, “*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*”, 2006, p. 205.

75 Certificación de Acta de Defunción, Libro de Defunciones de la Provincia de San José. Libro N° 189, Folio 68, Asiento 135. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

76 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “*Historia del Poder Ejecutivo de Costa Rica*”, en periódico “*La República*”, septiembre 1953 – agosto 1954.

77 QUIRÓS BERROCAL, Ana Cecilia, “*Don Ascensión Esquivel Ibarra: adalid de la libertad dentro del orden*”, 1957, p. 11.

78 Inciso III, Art. 46, Constitución Política de CR. (1869). PERALTA QUIRÓS, Hernán, “*Las Constituciones de Costa Rica*”, 1962, pp. 435 – 436.

79 DE LA CRUZ L., Vladimir, “*El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*”, 1995, obra inédita, sin numerar.

80 OBREGÓN LORÍA, Rafael y FAITH LEÓN, Arturo, “*Álbum conmemorativo (80 aniversario de la fundación de la Francmasonería en Costa Rica)*”, 1945, p. 36.

81 OBREGÓN LORÍA, Rafael y BOWDEN, George., “*La Masonería en Costa Rica (tomo II)*”, 1938, p. 46.

Al fundarse el Colegio de Abogados, fue elegido fiscal de la Junta Directiva; posteriormente se desempeñó vocal en 1882, 1896 y 1897, prosecretario en 1883, tercer vocal en 1884, segundo vocal, y ejerció la presidencia de dicha corporación en 1886, 1889, 1891, 1892, 1893 y 1894.⁸² Participó asimismo como uno de los principales redactores titulares del ya mencionado *Código Civil de 1888*.⁸³

En el campo político, fue nombrado en 1885, como Segundo Designado⁸⁴ del gobierno de don Bernardo Soto A., así como Enviado Plenipotenciario para asuntos limítrofes, de Costa Rica ante Nicaragua. En 1886, se le designó Secretario de Relaciones Exteriores, Justicia, Gracia, Beneficencia y Culto.⁸⁵ Ante el retiro temporal del presidente Soto, ejerció la presidencia de Costa Rica, entre el 1º de mayo y el 10 de agosto de 1889⁸⁶, cuando lanzó oficialmente su candidatura presidencial por el *Partido Liberal Progresista*, y se enfrentó con el Lic. José J. Rodríguez Z., en el primer proceso electoral que enfrentó democráticamente a dos tendencias políticas en nuestra nación. Hecho que produjo el gane electoral de Rodríguez Z., y la posterior defensa de su victoria, en la llamada *Jornada Cívica del 7 de noviembre de 1889*.⁸⁷

Verificada esta elección, viajó a Europa y Cuba, regresando en 1892 a Costa Rica, en donde trabajó como Profesor de la Escuela de Derecho.⁸⁸ Para 1894 se le nombró como Tercer Designado del gobierno de don Rafael Iglesias C., cargo al que renunció en 1898, habiendo suscrito en 1896, como Enviado Plenipotenciario de Costa Rica ante Colombia, el *Tratado Esquivel-Holguin*⁸⁹, que determinó el arbitrio del presidente francés Emile Loubet, por el diferendo fronterizo, entre ambas naciones.

En 1901 presentó por segunda vez su candidatura a la presidencia, por el *Partido Unión Nacional*, la cual obtuvo gracias a la llamada *Transacción de 1901*⁹⁰, entre las fuerzas políticas del país, y que le significó la victoria electoral, para el período 1902-1906.⁹¹

En su mandato, abrió en 1903 un concurso nacional para dotar de letra a la música del Himno Nacional (*ganado por don José M. Billo Zeledón*), eliminó la anacrónica y poco práctica *Ley de Jurado* de 1873, creó los cantones de Jiménez, Turrialba y San Isidro de Heredia y las escuelas de Cartago y Alajuela (*que en agradecimiento a ello, actualmente ostentan su preclaro nombre*), ordenó el traslado del Liceo de Costa Rica a su actual edificación, al sur de la capital, decretó

la colocación de los óleos presidenciales de la República en el dosel del Congreso Nacional (*como lo señalaba un viejo decreto de 1833*) y creó la *Plaza de Carrillo* (*mal llamado hoy en día, Parque de la Merced*).⁹²

Finalizada su presidencia, fue nombrado representante de lujo de Costa Rica en la 3ª. Conferencia Panamericana en 1906, CoJuez en 1912, miembro redactor (*junto a otros ex presidentes de la república*) de la Constitución Política de 1917⁹³ y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, entre 1917 y 1920.⁹⁴

Contrajo matrimonio en tres ocasiones: con doña Herminia Boza Boza en 1879, con la doña Adela Salazar Guardia en 1899 y con doña Cristina Salazar Guardia en 1909.⁹⁵ Falleció el 15 de abril de 1923⁹⁶ en San José, cuando estaba por presentar nuevamente su nombre para el proceso electoral de ese año. Fue sepultado originalmente en el Cementerio General, pero sus restos fueron trasladados al mausoleo presidencial del camposanto Jardines del Recuerdo, en 1984.



**Dr. Salvador Jiménez Blanco,
Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados**

El Lic. Jiménez Blanco nació en la ciudad de Guadalupe el 15 de marzo de 1835⁹⁷, siendo su padre don Dolores

82 FUMERO VARGAS, Patricia, "*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*", 2001, pp. 107 – 111.

83 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "*Magna Lex*", Periódico "*La Prensa Libre*", 23 de octubre de 2007, p. 17.

84 OBREGÓN QUESADA, Clotilde, "*El proceso electoral y el Poder Ejecutivo en Costa Rica*", 2000, p. 196.

85 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "*Los Cancilleres de Costa Rica*", 1986, p. 118.

86 *Colección de Leyes y Decretos (1889)*, pp. 220 – 464.

87 PINAUD, José María, "*La epopeya del Civismo Costarricense. 7 de Noviembre de 1889*", 1989, p. 28-30.

88 VARGAS ARAYA, Armando, "*El Doctor Zambrana*", 2006, pp. 479 – 480.

89 QUIRÓS BERROCAL, Ana Cecilia, "*Don Ascensión Esquivel Ibarra: adalid de la libertad dentro del orden*", 1957, p. 75.

90 Anexo Documental: "*La transacción política de 1901*", Revista de la Academia Costarricense de la Historia, 1960, N.º 30, pp. 19 – 33.

91 BONILLA, Harold, "*Los Presidentes*" (Tomo Primero), 1979, p. 163.

92 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "*El Presidente Esquivel*", Revista Electrónica de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, 2008, N.º 10, pp. 72 – 73.

93 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, "*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*", 2006, p. 211.

94 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, "*Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)*", 1966, p. 60.

95 FERNÁNDEZ A., Joaquín A., SÁENZ C., Jorge F., Muñoz C., María G., "*Las primeras Damas de Costa Rica*", 2001, pp. 469 – 473.

96 Certificación de Acta de Defunción, Libro de Defunciones de la Provincia de San José. Libro # 97, Folio 4, Asiento 7. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

97 GRUB LUDWIG, Udo, "*Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)*", Obra inédita, tomo segundo, p. 114.

Jiménez Guillén y su madre doña Josefa de Jesús Blanco Mora. Después de trasladarse a estudiar a Guatemala, obtuvo la Licenciatura en Derecho en la Universidad de San Carlos Borromeo en 1858.⁹⁸

De regreso a nuestro país, se incorporó como abogado el 24 de enero de 1859.⁹⁹ Inició en la Universidad de Santo Tomás una serie de nuevos estudios, producto de los cuales alcanzó el grado de bachiller en Filosofía y el de Doctor en Derecho Civil¹⁰⁰, en esta casa de estudios superiores.

A partir de 1868, así como en 1870, 1872-1874 y en 1876, fue designado en el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.¹⁰¹ Fue elegido como Diputado Constituyente en 1869, labor que volvió a ejercer en 1870¹⁰², en virtud de la convocatoria a una nueva asamblea, que se originó producto del golpe de Estado del 27 de abril de ese año.

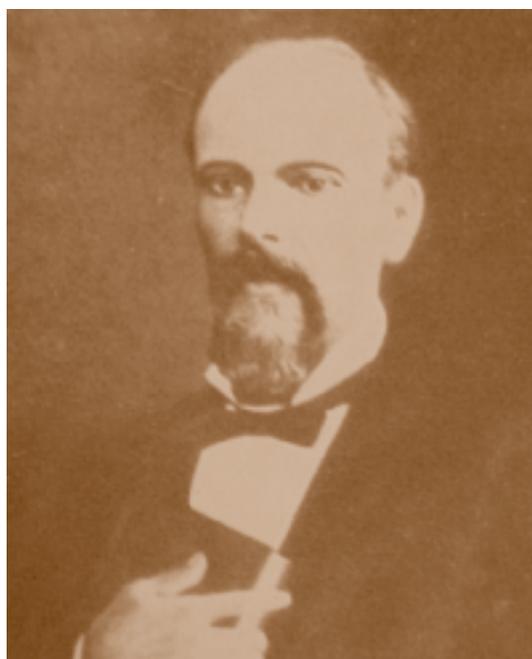
Sufrió el ostracismo político por parte del presidente de la República, general Tomas Guardia, en mayo de 1871¹⁰³, por habersele acusado de estar implicado en un intento de rebelión contra el citado gobernante. Pero regresó al año siguiente, cuando Guardia dictó una amnistía a favor de varios expulsados políticos. Así en 1874 el propio general Guardia lo nombró en el cargo de Secretario de Estado en los Despachos de Relaciones Exteriores, Instrucción Pública, Culto y Beneficencia.¹⁰⁴

Lamentablemente y a raíz de su participación comprobada en 1875¹⁰⁵, en un nuevo intento infructuoso por dar un golpe de Estado contra Guardia Gutiérrez, el señor Jiménez Blanco fue detenido y vejado físicamente¹⁰⁶ y se le expulsó del país. Como producto de las lesiones sufridas perdió la vista en 1877¹⁰⁷, calamidad que no fue óbice, para que en mérito a su reconocida capacidad intelectual y jurídica, fuese elegido como Vocal de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados.¹⁰⁸

Destacó de sobremanera, entre todas su facetas, la insigne labor que desplegó en el campo de la enseñanza jurídica, pues fue uno de los profesores más ilustres que tuvo la Universidad de Santo Tomás, en la que impartió la cátedra de Derecho Civil en 1858, 1862, 1871, 1874 y 1877, la de Derecho de Gentes entre 1870 y 1871, así como la de Derecho Público en 1876.¹⁰⁹

Asimismo, pasó a engalanar las páginas de la historia literaria costarricense, como el primer autor de un texto nacional para la enseñanza del Derecho, con el nombre de *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica*¹¹⁰ (*I tomo-1874; II tomo-1876*). El cual durante muchos años fue una de las principales obras pedagógicas por utilizarse en el aprendizaje jurídico.

En 1862, había contraído matrimonio con doña Adelaida González Arauz¹¹¹, con la que se trasladó a vivir a los EE.UU. en 1882, con la esperanza de que en ese país, pudiese someterse a un tratamiento médico que eventualmente le permitiese recobrar sus facultades. Falleció en la ciudad de Napa, California el 14 de febrero de 1883¹¹²; posteriormente se trajeron sus restos al país, los cuales fueron depositados en el Cementerio general de San José.



Lic. Vicente Sáenz Llorente,
Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados.

Nació el Lic. Sáenz Llorente en la ciudad de Cartago el 3 de febrero de 1832, como hijo de don Francisco Javier Sáenz Ulloa y doña Margarita Llorente y LaFuente.¹¹³

Enviado por sus padres a Guatemala, ingresó en la carrera de Derecho en la Universidad de San Carlos Borromeo, en la que se graduó en 1858. Al volver a nuestra patria, se incorporó como abogado, el 22 de septiembre del mismo año.¹¹⁴

98 ESQUIVEL SALAS, Hernán, "Biografía del Dr. Salvador Jiménez Blanco", *Revista Judicial*, 2003, N.º 81, p. 139.

99 DOBLES SEGREDA, Luis, "Índice Bibliográfico de Costa Rica", 1936, p. 306.

100 OBREGÓN LORÍA, Rafael, "Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica", 1955, p. 43.

101 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, "Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica", 2006, pp. 117, 130, 137, 144 y 146.

102 STONE ZEMURRAY, Samuel, "La Dinastía de los Conquistadores", 1975, p. 538.

103 OBREGÓN LORÍA, Rafael, "Hechos militares y políticos", 1981, p. 168.

104 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "Los Cancilleres de Costa Rica", 1986, p.109.

105 *Ibid.* OBREGÓN LORÍA, p. 175.

106 VARGAS ARAYA, Armando, "El Doctor Zambrana", 2006, p. 490.

107 ESQUIVEL SALAS, Hernán, "Biografía del Dr. Salvador Jiménez Blanco", *Revista Judicial*, 2003, N.º 81, p. 141.

108 ARIAS CASTRO, Tomás Federico "Ius, Universitas, Collegium", *Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica*, 2006, N.º 7, p. 9.

109 GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, "La Universidad de Santo Tomás", 1989, p. 163.

110 BRENES CÓRDOBA, Alberto, "Historia del Derecho", 1913, pp. 328 – 329.

111 GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)", *Obra inédita*, tomo segundo, p. 114.

112 MALAVASSI V, Guillermo y GUTIÉRREZ, Pedro, "Diccionario Biográfico de Costa Rica", 1992, p.127.

113 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, "Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)", 1966, p. 37.

114 DE LA CRUZ L., Vladimir, "El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)", 1995, *obra inédita*, sin numerar.

Inició un extensa carrera judicial, pues se desempeñó sucesivamente como Procurador de Reos, Juez de Primera Instancia Civil y de Comercio de San José y Liberia, Fiscal, Magistrado, Presidente interino de la Corte Suprema de Justicia entre 1873 y 1874, 1887 y 1888, 1889 y 1890, Presidente de este mismo órgano y de la Sala Primera entre 1874 y 1876, y entre los meses de mayo y julio de 1876; ejerció nuevamente la presidencia de la Sala Primera en 1881.¹¹⁵

Precisamente desde su puesto como Presidente de la Sala de Casación en 1890 fue que don Vicente redactó, junto con los magistrados Manuel V. Jiménez Oreamuno, Pedro M. León-Páez Brown, Francisco M. Fuentes Quirós y Máximo Fernández Alvarado, el fallo del caso *Chinchilla vs., Ureña*, que dio origen al Sistema Difuso de Control de Constitucionalidad en nuestro país.¹¹⁶ Marcando con ello una nueva etapa en la historia jurídica de Costa Rica.

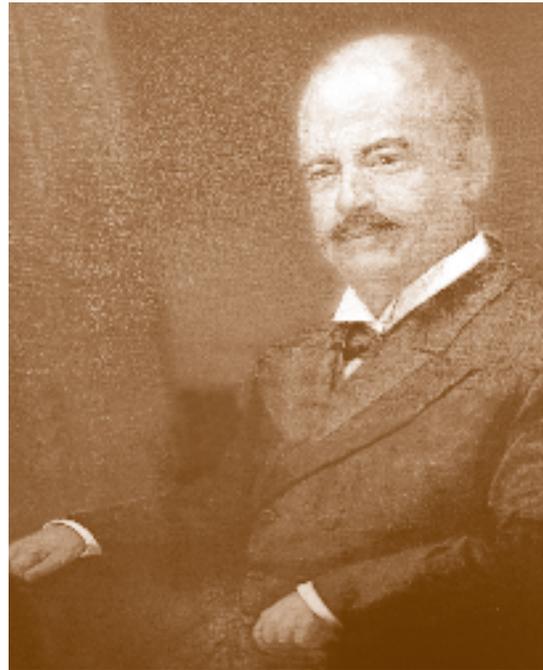
Fuera del estrato judicial, se destacó también como Notario Mayor de la Curia Eclesiástica¹¹⁷ y Diputado Constituyente en las asambleas de 1869 y 1870.¹¹⁸ Resultó electo para el cargo de Vocal de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados en 1881, puesto que nuevamente ocupó en 1882 y 1886.¹¹⁹

También se le nombró como rector y miembro de la Dirección de Estudios de la Universidad de Santo Tomás entre 1882 y 1886¹²⁰; desde ese puesto fundó el llamado Instituto Universitario en 1884¹²¹ corporación que fue ideada con el fin de crear un colegio de segunda enseñanza que preparase a los jóvenes para ingresar a los estudios superiores.

A don Vicente correspondió el honor de haber tomado una de las decisiones más trascendentales para la vida cultural y académica del país, cuando desde sus funciones en la rectoría de la Universidad de Santo Tomás, decidió abrir al público¹²² las puertas de la biblioteca de la citada casa de estudios. Así convirtió la casa de estudio en el primer ente de este tipo en nuestra patria, que con el cierre del claustro tomasino en agosto de 1888¹²³, se transformaría en nuestra afamada Biblioteca Nacional.

Contrajo matrimonio con doña Marcelina Esquivel Fernández en 1859. Falleció el seis de marzo de 1895¹²⁴ y se le sepultó en el Cementerio General de San José, en donde

se le tributaron los honores correspondientes a un General de Brigada.¹²⁵



**Dr. Antonio Zambrana Vázquez,
Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados**

El Dr. Zambrana Vázquez nació el 19 de junio de 1846, en la ciudad de La Habana, capital de Cuba, siendo hijo de don Santiago Zambrana Valdés y doña Melchora Vázquez.¹²⁶

En 1867, a la edad de 21 años, se graduó como abogado en la Real Universidad Literaria de La Habana, alcanzando en 1868 el título de Doctor¹²⁷, año en el que asimismo se enroló en la llamada *Revolución de Yara o Guerra de los 10 años*¹²⁸, que tenía como objeto lograr la emancipación de la nación cubana, respecto de la Corona española. Algún tiempo después, inició un largo periplo por varias naciones del mundo, hasta que en 1876 arribó a Costa Rica¹²⁹, informado del domicilio que múltiples familias cubanas habían establecido en nuestro suelo, como producto del conflicto político que azotaba a la isla caribeña.

A poco de residir en suelo costarricense, revalidó su título de abogado ante la Corte Suprema de Justicia, el 6 de junio de 1876¹³⁰, con el fin de desempeñarse en el ejercicio de su profesión, año en el que también procedió a fundar la

115 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, "*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*", 2006, p. 140.

116 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "*Inicios del control judicial de la constitucionalidad en Costa Rica*", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1999, No. 89, pp. 99 – 102.

117 OBREGÓN LORÍA, Rafael, "*Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*", 1955, p.125.

118 STONE ZEMURRAY, Samuel, "*La Dinastía de los Conquistadores*", 1975, p. 552.

119 FUMERO VARGAS, Patricia, "*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*", 2001, pp. 107 – 108.

120 OBREGÓN LORÍA, 1955, pp.125 – 126.

121 GONZÁLEZ FLORES, Luis Felipe, "*Evolución de la Instrucción Pública en Costa Rica*", 1978, pp. 424 – 430.

122 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, "*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*", 2006, p. 140.

123 *Colección de Leyes y Decretos (1888)*, pp. 477 – 478.

124 Certificación de Acta de Defunción, Libro de Defunciones de la Provincia de San José. Libro # 9, Folio 167, Asiento 11.134. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

125 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, "*Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)*", 1966, p. 38.

126 RODRÍGUEZ MOREJÓN, Gerardo, "*Los Zambrana: Tríptico Biográfico*", 1947, pp.7-8.

127 VARGAS ARAYA, Armando, "*El Doctor Zambrana*", 2006, p. 15.

128 "*Diccionario enciclopédico Larousse*", 1997, p. 1774.

129 MALAVASSI V, Guillermo y GUTIÉRREZ, Pedro, "*Diccionario Biográfico de Costa Rica*", 1992. p.244.

130 DOBLES SEGREDA, Luis, "*Índice Bibliográfico de Costa Rica*", 1936, p. 311.

Academia de Ciencias Sociales (*primera de su género en Costa Rica*).

Dos años después, en 1878, laboró como profesor de Gramática Castellana y Latina¹³¹ en la Universidad de Santo Tomás y a partir de 1879 como docente de Economía Política, Historia Contemporánea e Historia de Costa Rica¹³², en el Instituto Nacional, contratado por el ilustre pedagogo español don Valeriano Fernández F. Fue nombrado en 1880 como primer presidente de la Academia de la Jurisprudencia.¹³³

Producto de su reconocido intelecto, resultó elegido como vocal de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados en 1881¹³⁴, correspondiéndole a don Antonio el honor de emitir uno de los dos discursos inaugurales de dicha corporación, en el cual expuso una serie de manifestaciones de índole político, que llevaron al presidente Guardia Gutiérrez (*en ese instante, de viaje por España*) a expulsarlo del país en enero de 1882¹³⁵, por lo que decidió entonces dirigirse a Nicaragua.

Pero el deceso del citado mandatario costarricense y el advenimiento al solio presidencial del general Próspero Fernández O., se conjugaron para permitir su regreso a Costa Rica en 1883, y se le nombró ministro plenipotenciario de nuestra nación en Nicaragua.¹³⁶

Luego de lo cual volvió a su natal Cuba, en donde fue elegido en 1887 como diputado a las Cortes en España, pero sus credenciales fueron rechazadas en la nación ibérica¹³⁷, al alegarse como pretexto precisamente el desempeño de la misión diplomática antes referida. Regresando a nuestro país en 1891, en donde desempeñó desde 1892 el puesto de profesor de Historia del Derecho¹³⁸ en la Escuela de Derecho, hasta 1911. En 1898¹³⁹ se le otorgó la nacionalidad costarricense.

Para 1901 y con ocasión del intrincado proceso electoral celebrado ese año, conocido en nuestra historia como *La Transacción*¹⁴⁰, el Dr. Zambrana Vázquez se convirtió en su principal impulsor e ideólogo, desde su puesto como director del periódico *La Prensa Libre*.¹⁴¹ Hechos que como se trató en páginas anteriores, finalmente llevaron a ocupar el solio presidencial al jurista Ascensión Esquivel I.

Transcurridos estos sucesos, fue elegido en 1902 como Presidente del Colegio de Abogados.¹⁴² Para posteriormente ser nombrado, en 1904, como magistrado del Tribunal de Casación¹⁴³, y presidente honorario del *Ateneo de Costa Rica*¹⁴⁴ en 1907.

En 1911, el abogado y diputado don Aníbal Santos Aguirre lo acusó, junto con los restantes integrantes de la Sala de Casación, de haber incurrido en un delito de prevaricato. Así, se inició un proceso de investigación legislativa que al final de seis meses de indagaciones, desestimó la referida denuncia, pero sintiendo don Antonio que se había puesto en entredicho su honorabilidad, presentó la renuncia irrevocable a su magistratura, la cual fue rechazada, pero que ante la insistencia de Zambrana Vázquez, finalmente fue aceptada. Ese mismo año tomó la decisión de abandonar nuestro territorio y regresar a Cuba en 1912.¹⁴⁵

Su salida del país, se dio en medio de una serie de homenajes y reconocimientos que se le tributaron por parte de gran cantidad de ex alumnos y colegas, que profesaron por don Antonio una enorme admiración intelectual.

En noviembre de 1921 y a propuesta de un amplio grupo de juristas del Colegio de Abogados, se develó, con ocasión de un acto de honor, su retrato en el salón de sesiones de la Escuela de Derecho.¹⁴⁶

Había contraído matrimonio en Cuba con doña Amalia Betancourt Salgado en 1868. Luego de una penosa y extenuante enfermedad que le aquejaba (*respecto de la cual no aceptó someterse a un tratamiento médico*) finalmente el Dr. Zambrana falleció en La Habana el 27 de marzo de 1922; se le sepultó en el Cementerio de Colón.¹⁴⁷

131 GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, “*La Universidad de Santo Tomás*”, 1989, p. 164.

132 GONZÁLEZ FLORES, Luis Felipe, “*Evolución de la Instrucción Pública en Costa Rica*”, 1978, p. 413.

133 VARGAS ARAYA, Armando, “*El Doctor Zambrana*”, 2006, p. 91.

134 FUMERO VARGAS, Patricia, “*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*”, 2001, p. 107.

135 JIMÉNEZ ROJAS, Alfonso, “*Del Colegio de Abogados*”, en RAMOS, Lillia “*Jubilo y pena del recuerdo*”, 1965, p. 77.

136 GONZÁLEZ FLORES, Luis Felipe, “*Historia de la influencia extranjera en el desenvolvimiento educacional y científico de Costa Rica*”, 1976, p. 114.

137 RODRÍGUEZ MOREJÓN, Gerardo, “*Los Zambrana: Tríptico Biográfico*”, 1947, p. 82.

138 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., “*Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*”, 2008, p. 623.

139 *Ibid.* VARGAS ARAYA, p. 298.

140 Anexo Documental: “*La transacción política de 1901*”, *Revista de la Academia Costarricense de la Historia*, 1960, No. 30, pp. 19 – 33.

141 OCONTRILLO GARCÍA, Eduardo, “*Un siglo de política costarricense*”, 1981, p. 35.

142 FUMERO VARGAS, Patricia, “*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*”, 2001, p. 112.

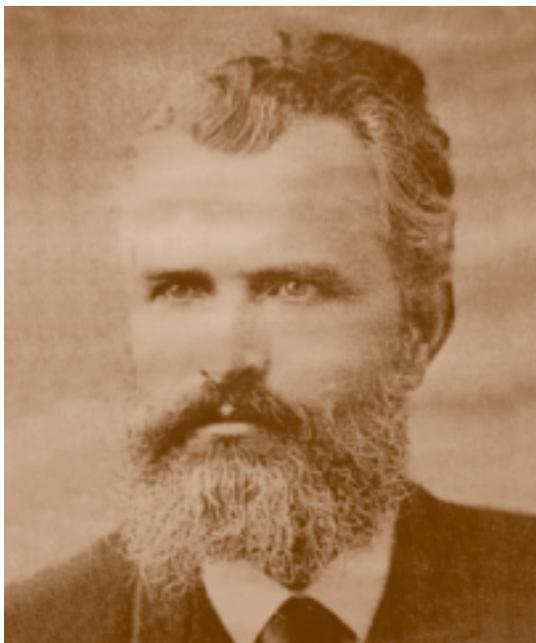
143 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, “*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*”, 2006, p. 194.

144 GONZÁLEZ FLORES, Luis Felipe, “*Historia de la influencia extranjera en el desenvolvimiento educacional y científico de Costa Rica*”, 1976, p. 114.

145 VARGAS ARAYA, Armando, “*El Doctor Zambrana*”, 2006, pp. 401 – 404.

146 Óleo elaborado en 1905 por el pintor Enrique Echandi y que actualmente se conserva en el salón de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

147 RODRÍGUEZ MOREJÓN, Gerardo, “*Los Zambrana: Tríptico Biográfico*”, 1947, p. 100.



**Lic. José Joaquín Rodríguez Zeledón,
Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados**

El Lic. Rodríguez Zeledón nació en San José el 6 de enero de 1838, hijo de don Sebastián Rodríguez Mora y doña Francisca Zeledón Aguilar.¹⁴⁸ A los pocos años y habiendo fallecido su padre, su progenitora contrajo nupcias por segunda ocasión, con don Miguel Pérez Mora; matrimonio del cual nació su hermano el futuro y destacado jurista, Lic. Pedro Pérez Zeledón.¹⁴⁹

Dicho deceso también le significó al joven Rodríguez Zeledón, la circunstancia de verse compelido a volver al país, pues se había trasladado a Guatemala a iniciar estudios en Derecho en la Universidad de San Carlos Borromeo. Reinició su carrera jurídica en la Universidad de Santo Tomás, en la cual se graduó, y se incorporó como abogado el 8 de junio de 1868.¹⁵⁰

A partir de 1863 fue elegido Diputado suplente por San José, Registrador General de Hipotecas en 1869¹⁵¹, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia entre 1872 y 1874,

Diputado Constituyente en 1880¹⁵², Secretario de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores en 1886 durante el gobierno del presidente Soto Alfaro¹⁵³, Presidente del Poder Judicial y de la Sala de Casación entre 1888 y 1889, y entre 1898 y 1902.¹⁵⁴

148 FERNÁNDEZ RIVERA, Luis Felipe, "Pinacoteca del Poder Legislativo Costarricense", 1997, p. 132.

149 GUEVARA DE PÉREZ, Raquel, "Pedro Pérez Zeledón", 1971, pp. 15 – 16.

150 DOBLES SEGREDA, Luis, "Índice Bibliográfico de Costa Rica", 1936, p. 309.

151 VARGAS ARAYA, Armando, "El Doctor Zambrana", 2006, p. 515.

152 STONE ZEMURRAY, Samuel, "La Dinastía de los Conquistadores", 1975, p. 550.

153 GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)", Obra inédita, tomo segundo, p. 145.

154 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, "Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)", 1966, pp. 47 – 48.

Le correspondió a don José Joaquín, precisamente en 1888 y como presidente de la mencionada Sala de Segunda Instancia, conocer acerca del primer Recurso de Casación, que se interpuso en los estrados judiciales de nuestra patria. Cuando, junto con sus colegas magistrados Alejandro Alvarado García, Ezequiel Gutiérrez Iglesias, Manuel V. Jiménez Oreamuno y Juan J. Ulloa Solares, se pronunciaron respecto del recurso del litigio *Zamora vs. Villalobos*, el 13 de abril de ese mismo año.¹⁵⁵

Asimismo, conformó, junto con un destacado grupo de juristas, la Comisión redactora que emitió al afamado *Código Civil de 1888*¹⁵⁶, ejerció el puesto de Notario Mayor de la Curia Eclesiástica, e integró la Junta de Caridad de San José.¹⁵⁷ Fue elegido Vocal de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados en 1881, y se desempeñó posteriormente el cargo de presidente en 1882, 1888 y 1905, así como primer vocal en 1885.¹⁵⁸

En 1889 postuló su nombre para el proceso electoral de ese año, bajo la bandera del *Partido Constitucional Democrático*¹⁵⁹, y se enfrentó al Lic. Ascensión Esquivel Ibarra. Campaña en la que, como se señaló anteriormente, se enfrentaron por vez primera dos tendencias formalmente constituidas en partidos políticos. Tal jornada tuvo como epílogo los hechos de la *Jornada Cívica del 7 de noviembre de 1889*, que finalmente devinieron en que don Joaquín resultase electo como presidente de la República para el período 1890 -1894.¹⁶⁰

Su gobierno se destacó por el inicio de las obras de construcción del Teatro Nacional¹⁶¹; la inauguración del egregio monumento al héroe de la Campaña Nacional, Juan Santamaría, en la ciudad de Alajuela en 1891¹⁶² y la creación de los cantones de Goicoechea en 1891 y Limón en 1892.¹⁶³

Un hecho tristemente celebre se produjo durante su mandato, cuando en 1892 y a raíz de la negativa del presidente Rodríguez Zeledón de acatar una directriz legislativa (*en el marco de una investigación seguida en cuanto a su ejercicio del poder*), el Congreso procedió a emitir un voto de censura en su contra. Por lo que el mandatario ordenó la disolución del Congreso y la suspensión del orden constitucional en agosto de ese año¹⁶⁴ restituyó poco meses después las garantías individuales, pero decidió gobernar hasta el final de su período, sin la existencia del mencionado Poder Legislativo.

155 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "La primera sentencia de Casación", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2001, No. 96, pp 113 – 116.

156 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Magna Lex", *Periódico "La Prensa Libre"*, 23 de octubre de 2007, p. 17.

157 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., "Los Cancilleres de Costa Rica", 1986, p. 121.

158 FUMERO VARGAS, Patricia, "Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)", 2001, pp. 107 – 113.

159 OCONITRILLO GARCÍA, Eduardo, "Un siglo de política costarricense", 1981, p. 256.

160 BONILLA, Harold, "Los Presidentes" (Tomo Primero), 1979, pp. 171 – 172.

161 ULLOA ZAMORA, Alfonso, "El Teatro Nacional", 1972, p. 61.

162 LEMISTRE PUJOL, Annie, "Dos bronce conmemorativos y una gesta histórica", 1988, p. 47.

163 AZOFEIFA CASCANTE, Eduardo, "Toponimia Cantonal de Costa Rica", 1986, pp. 38 y 121.

164 OBREGÓN LORÍA, Rafael, "Hechos militares y políticos", 1981, p. 235.

De cara al proceso electoral que se avecinaba, don José Joaquín apoyó abiertamente la candidatura de su yerno, don Rafael Iglesias Castro, quien postuló su nombre por el llamado *Partido Civil*.¹⁶⁵ Este apoyo lo llevó hasta el extremo inaudito de encarcelar al principal candidato opositor, don José Gregorio Trejos del *Partido Unión Católica del Clero*.¹⁶⁶

Este hecho junto con otros de naturaleza similar, devinieron en la elección del señor Iglesias Castro para el período presidencial de 1894 – 1898 cuatrienio mismo en el que el expresidente Rodríguez Zeledón se desempeñó como Primer Designado a la presidencia de la República.¹⁶⁷

Con ocasión de la convocatoria que le cursó la administración Tinoco Granados en 1917, para que integrase una comisión de expresidentes que redactasen una nueva Constitución Política¹⁶⁸, don José Joaquín se excusó de participar de ella, aduciendo lo avanzado de su edad.

En 1870, había contraído matrimonio con doña Luisa Alvarado Carillo¹⁶⁹. Falleció en la ciudad de San José, el 30 de noviembre de 1917¹⁷⁰, y fue sepultado en el Cementerio General capitalino.



**Lic. Alejandro Alvarado García,
Vocal de la Junta Directiva del Colegio de Abogados**

Nació el Lic. Alvarado García en la ciudad de León, Nicaragua, el 9 de enero de 1839, hijo de Pedro Pablo Alva-

rado Solano y Ana María García Matus.¹⁷¹ Inició los estudios en la carrera de Derecho, de la Universidad de San Carlos Borromeo en Guatemala, los cuales finalizó en 1867, año en que se trasladó a vivir a Costa Rica, y se incorporó como abogado el 28 de octubre de ese mismo año.¹⁷²

Al poco tiempo, inició una amplia carrera pública que lo llevó al desempeño de los puestos de Juez de las ciudades de Alajuela y Puntarenas en 1869¹⁷³, Magistrado entre 1870 y 1880, Diputado en 1871¹⁷⁴, Magistrado integrante de la Primera Sala de Casación de nuestra historia patria en 1888¹⁷⁵, Secretario de Estado en los Despachos de Gobernación, Policía y Fomento entre 1889 y 1890¹⁷⁶ (*durante la corta administración del Dr. Carlos Durán C.*) y Presidente de la Corte Suprema de Justicia por más de una década entre 1904 y 1915¹⁷⁷, cuando motivos de salud lo obligaron al abandono de dicho cargo.

Formó parte de la Masonería costarricense desde los años setenta decimonónicos, cuando fue integrante de la *Logia Fe N.º 3*, la *Logia Unión Fraternal N.º 19* y la *Logia Hermes N.º 7*, siendo también miembro del órgano masónico llamado *Supremo Consejo Centroamericano*.¹⁷⁸

La faceta pedagógica, fue uno de los campos en los que más se distinguió don Alejandro, tanto desde su cátedra como profesor de Derecho Civil de la Universidad de Santo Tomás en 1887¹⁷⁹, como en su labor docente, de la misma materia en la Escuela de Derecho, entre 1891 y 1915¹⁸⁰, considerándosele como uno de los profesores más insignes de este claustro de la enseñanza superior, en lo que ocupó en años anteriores, el honroso cargo de Rector de la citada Universidad de Santo Tomás en 1886.¹⁸¹

Con la creación del Colegio de Abogados, el señor Alvarado García fue elegido en el cargo de Vocal de su primera Junta Directiva, designándosele como primer vocal en 1883, cuarto vocal en 1884 y Presidente del referido Colegio en 1887 y 1903.¹⁸² Un nutrido grupo de colegas, efectuó el 31 de marzo de 1917¹⁸³, un homenaje a su preclara figura cuando

171 GRUB LUDWIG, Udo, “*Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821-1998)*”, Obra inédita, tomo segundo, p. 147.

172 DE LA CRUZ L., Vladimir, “*El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*”, 1995, obra inédita, sin numerar.

173 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, “*Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)*”, 1966, p. 53.

174 STONE ZEMURRAY, Samuel, “*La Dinastía de los Conquistadores*”, 1975, p. 521.

175 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., “*La primera sentencia de Casación*”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2001, No. 96, pp 113 – 116.

176 MALAVASSI V, Guillermo y GUTIÉRREZ, Pedro R., “*Diccionario Biográfico de Costa Rica*”, 1992. p.16.

177 SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, “*Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*”, 2006, pp. 193 – 204.

178 OBREGÓN LORÍA, Rafael y BOWDEN, George., “*La Masonería en Costa Rica (tomo II)*”, 1938, pp. 18 y 46, (tomo III), 1940, p. 44, (tomo IV), 1950, p. 309.

179 GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, “*La Universidad de Santo Tomás*”, 1989, p. 162.

180 SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, “*Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)*”, 1966, p. 54.

181 OBREGÓN LORÍA, Rafael, “*Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*”, 1955, p. 36

182 FUMERO VARGAS, Patricia, “*Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*”, 2001, pp. 107 – 112.

183 OBREGÓN LORÍA, Rafael y BOWDEN, George F.A., “*La Masonería en Costa Rica*”, 1950, p. 130.

165 PERALTA QUIRÓS, Hernán, “*Don Rafael Iglesias*”, 1968, p. 39.

166 DI LUCA, Clara, “*El Partido la Unión Católica, primer partido ideológico de CR*”, 1973, p.131.

167 GONZÁLEZ VÍQUEZ, Cleto, “*Personal del Poder Ejecutivo de Costa Rica*”, 1958, p. 29.

168 CHACÓN CHAVERRI, Tranquilino, “*Proceso Histórico*”, 1920, p. 35.

169 FERNÁNDEZ A., Joaquín A., SÁENZ C., Jorge F., Muñoz C., María G., “*Las primeras Damas de Costa Rica*”, 2001, pp. 447 – 460.

170 Certificación de Acta de Defunción, Libro de Defunciones de la Provincia de San José. Libro # 76, Folio 380, Asiento 78.783. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

se le confirió el título de Presidente Honorario del Colegio de Abogados.

Ese mismo año de 1917 y en el cargo de Secretario¹⁸⁴, fue integrante de la Comisión Constituyente de ex presidentes de la República, que a instancias del poder ejecutivo fue integrante del Poder Ejecutivo, redactó una nueva Constitución Política.

Contrajo nupcias en 1871 con doña Carolina Quirós Morales¹⁸⁵. Falleció en la ciudad de San José, el 11 de septiembre de 1922¹⁸⁶, y se le sepultó en el Cementerio General.

II. CONCLUSIÓN

La investigación histórica aquí presentada permite colegir por qué la carrera de Derecho en general (*con 184 años de fundada*) y el Colegio de Abogados en particular (*con 128 años de vida*), se yerguen, respectivamente, como la profesión y el ente colegiado más prestigioso de Costa Rica.

No en vano en el siglo decimonónico la mayoría de los más destacados y preclaros ciudadanos que nacieron en nuestra tierra, optaron por desempeñarse en el ejercicio de la profesión forense, posibilitando ello que en 1881 y en torno a las ideas y acciones del Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno, se congregasen algunos de los más insignes abogados de la época, a quienes por sus innegables capacidades y dotes intelectuales, les correspondió el honor de conformar la primera junta directiva del Colegio de Abogados.

La impronta marcada por nuestro gremio en los más variados campos de la historia, la política y la sociedad nacionales, ha sido inconmensurable, de manera, que no es fortuito el hecho de que 20 de los 43 ciudadanos que han ocupado la silla *presidencial* (8 de ellos *Beneméritos de la Patria*) hayan ejercido la profesión del Derecho y que incontable sea el dato de aquellos profesionales en derecho, que han estado involucrados en los más diversos cargos de administración y dirección en Costa Rica.

Esperamos que este artículo sirva de estímulo e invitación para que generaciones posteriores de colegas investiguen, analicen y profundicen en las amplísimas páginas de nuestra historia, que todavía no han sido estudiadas y que encierran una enorme variedad de respuestas y datos, que permitirán comprender el maravilloso mundo de la historia del Derecho costarricense.

III. BIBLIOGRAFÍA

• I) Libros

- AZOFEIFA CASCANTE, Eduardo, *Toponimia Cantonal de Costa Rica (Aproximaciones)*, San José, Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, 1986.
- BLEN, Adolfo, *Historia del periodismo en Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1983.
- BONILLA, Harold, *Los Presidentes*, San José, Editorial Costa Rica y Editorial Universidad Estatal a Distancia, Tomo I, 1979.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Historia del Derecho*, San José, Tipografía Lehmann, 1913.
- CHACÓN CÁCERES, Eduardo, *Influencia de las ideas del Dr. Valeriano Fernández Ferraz en la vida cultural de Costa Rica*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1984.
- CHACÓN CHAVERRI, Tranquilino, *Proceso Histórico*, San José, Imprenta y Librería Falcó Borrásé, 1920.
- DI LUCA, Clara, *El Partido la Unión Católica, Primer partido ideológico de CR (Tesis de Grado)*, San José, Universidad de Costa Rica, 1973.
- DOBLES SEGREDA, Luis, *Índice Bibliográfico de Costa Rica*, San José, Imprenta Lehmann, Tomo VIII, 1936.
- FERNÁNDEZ A., Joaquín, SÁENZ CARBONELL, JORGE F. y MUÑOZ CASTRO, María G., *Las primeras damas de Costa Rica*, San José, Instituto Costarricense de Electricidad, 2001.
- FERNÁNDEZ RIVERA, Luis F., *Pinacoteca del Poder Legislativo Costarricense*, San José, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1997.
- FUMERO VARGAS, Patricia, *Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881 – 2001)*, San José, Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas del Colegio de Abogados de Costa Rica, 2001.
- GONZÁLEZ FLORES, Luis F., *La Casa de Enseñanza de Santo Tomás*, San José, Imprenta Nacional, 1941.
- _____. *Historia de la influencia extranjera en el desenvolvimiento educacional y científico de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1976.
- _____. *Evolución de la Instrucción Pública en Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1978.
- GONZÁLEZ VILLALOBOS, Paulino, *La Universidad de Santo Tomás*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1989.
- GONZÁLEZ VÍQUEZ, Cleto, *Personal del Poder Ejecutivo de Costa Rica*, San José, 1958.
- JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Desarrollo Constitucional de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1973.
- JIMÉNEZ ROJAS, Alfonso, *Del Colegio de Abogados*, en RAMOS, Lillia, *Jubilo y pena del recuerdo*, San José, Editorial Costa Rica, 1965.
- LEMISTRE PUJOL, Annie, *Dos bronce conmemorativos y una gesta histórica*, Alajuela, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, 1988.

184 CHACÓN CHAVERRI, Tranquilino, "Proceso Histórico", 1920, p. 35.

185 GRUB LUDWIG, Udo, "Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)", Obra inédita, tomo segundo, p. 147.

186 Certificación de Acta de Defunción, Libro de Defunciones de la Provincia de San José. Libro # 95, Folio 119, Asiento 237. Oficialía Mayor Civil, Registro Civil, Tribunal Supremo de Elecciones.

- MALAVASSI VARGAS, Guillermo y GUTIÉRREZ, Pedro R., *Diccionario Biográfico de Costa Rica*, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1992.
- MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos, *Documentos fundamentales del siglo XIX*, San José, Editorial Costa Rica, 1978.
- MOLINA SIVERIO, Julio, *Eusebio Figueroa Oreamuno, Un Artífice de la Democracia Costarricense*, Cartago, 2003.
- NÚÑEZ, Francisco María, *Periódicos y Periodistas*, San José, Editorial Costa Rica, 1980.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael, *La Masonería en Costa Rica*, San José, Imprenta Tormo, tomo II: 1938, tomo III: 1940 y tomo IV: 1950.
- _____. *Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*, San José, Editorial Universitaria, 1955.
- _____. *Hechos militares y políticos*, Alajuela, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, 1981.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael y FAITH LEÓN, Arturo, *Álbum conmemorativo (80 aniversario de la fundación de la Francmasonería en Costa Rica)*, San José, 1945.
- OBREGÓN QUESADA, Clotilde, *Nuestros Gobernantes*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1999.
- _____. *El Proceso Electoral y el Poder Ejecutivo en Costa Rica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2000.
- OCONITRILLO GARCÍA, Eduardo, *Un siglo de Política Costarricense*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1981.
- PERALTA QUIRÓS, Hernán G., *Las Constituciones de Costa Rica, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1962*.
- PINAUD, JOSÉ MARÍA, *La epopeya del Civismo Costarricense. 7 de Noviembre de 1889*, San José, Comisión Nacional del Centenario de la Democracia Costarricense, 1989.
- RODRÍGUEZ MOREJÓN, Gerardo, *Los Zambrana: Tríptico Biográfico*, La Habana, Editorial La Escuela Nueva, 1947.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge F., *Los días del presidente Lizano*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1997.
- _____. *Los meses de Don Aniceto*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge F., WOODBRIDGE GONZÁLEZ, Ronald y SÁENZ BIOLLEY, Melvin, *Los Cancilleres de Costa Rica*, San José, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1986.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge F. y MASÍS PINTO, Mauricio, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, San José, Editorama S. A., 2006.
- SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo, *Ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825 – 1955)*, San José, 1966.
- STONE ZEMURRAY, Samuel, *La Dinastía de los Conquistadores*, San José, Editorial Universitaria Centroamericana, 1975.
- VARGAS ARAYA, Armando, *El Doctor Zambrana*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2006.
- *II) Artículos y Ensayos de Revistas y Periódicos.*
- ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Ius, Universitas, Collegium*, Revista El Foro, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, No. 7, 2006.
- ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Magna Lex*, Periódico La Prensa Libre, San José, 23 de octubre de 2007.
- ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Primer presidente del Colegio de Abogados*, Revista El Foro, Colegio de Abogados, San José, No. 8, 2008.
- ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *De la Universidad de Santo Tomás a la Universidad de Costa Rica (165 años de Historia de la Facultad de Derecho)*, Revista Ius Doctrina, Facultad de Derecho UCR, San José, N.º 2, 2008.
- CASTRO ECHEVERRÍA, Guillermo, *Familia Rodríguez de Castro*, Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, San José, N.º 29, 1983.
- ESQUIVEL SALAS, Hernán, *Biografía del Dr. Salvador Jiménez Blanco*, Revista Judicial, San José, No. 8, 2003.
- FERNÁNDEZ PIZA, Mario, *Genealogía de la Noble Casa de Espinach*, Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, San José, N.º 25, 1978.
- NÚÑEZ, Francisco María, *Don León Fernández Bonilla, periodista, historiador y político*, Revista de la Academia Costarricense de Historia, San José, N.º 15 – 16, 1956.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael, *Dr. Don Eusebio Figueroa Oreamuno*, Revista de los Archivos Nacionales, San José, N.º 9 y 10, 1941.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael, *El Dr. Figueroa y nuestra antigua Universidad*, Revista de los Archivos Nacionales, San José, N.º 11 y 12, 1942.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael, *Doctor Eusebio Figueroa Oreamuno*, Revista Eureka, San José, N.º 7, 1949.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael, *Historia del Poder Ejecutivo de Costa Rica*, Periódico La República, septiembre 1953 – agosto 1954.
- REVISTA DE LA ACADEMIA COSTARRICENSE DE LA HISTORIA, *La transacción política de 1901*, San José, N.º 30, 1960 (*Anexo documental*).
- RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA, Manuel E., *Discurso del Presidente del Colegio de Abogados, en ocasión de celebrarse el centenario de Fundación del Colegio de Abogados de Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N.º 44, 1981.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge F., *Inicios del control judicial de la constitucionalidad en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N.º 89, 1999.

SÁENZ CARBONELL, Jorge F., *La primera sentencia de Casación*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 96, 2001.

• **III) Documentos del Archivo Histórico Arquidiocesano.**
Serie: **Fondos Antiguos.**

- 1) Libro Sacramental de Bautismos de Cartago, N° 25.
- 2) Libros Sacramental de Matrimonios de Cartago, N° 14.

• **IV) Documentos del Tribunal Supremos de Elecciones.**

Certificaciones de *Actas de Defunción*, Libro de Defunciones de la Provincia de San José, Oficialía Mayor Civil, Registro Civil:

1. Libro N° 159, Folio 262, Asiento 524;
2. Libro N° 189, Folio 68, Asiento 135;
3. Libro N° 97, Folio 4, Asiento 7;
4. Libro N° 9, Folio 167, Asiento 11.134;
5. Libro N° 76, Folio 380, Asiento 78.783;
6. Libro N° 95, Folio 119, Asiento 237.

• **V) Periódicos.**

La Gaceta Oficial, 1881 (N° 1037, 1044)

El Costarricense, 11 de febrero de 1876.

El Foro, 31 de octubre de 1882.

• **VI) Leyes.**

Colección de Leyes, Decretos y Ordenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en 1856 y 1857. San José, Imprenta de la Paz, tomo XIV, 1871.

Colección de Leyes y Decretos del año 1869. San José, Imprenta Nacional.

Colección de las Leyes y Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1881. San José, Imprenta Nacional.

Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en 1888. San José, Imprenta Nacional, tomo I.

Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en 1889. San José, Imprenta Nacional, tomo I.

Estatutos de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica. San José, Ministerio General del Supremo Gobierno de Costa Rica.

• **VII) Obras inéditas.**

ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno: Su derrotero e impronta en la historia decimonónica costarricense*, obra inédita, 2007.

DE LA CRUZ L., Vladimir, *El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*, obra inédita, sin numerar, 1995.

GRUB LUDWIG, Udo, *Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821 – 1998)*, obra inédita, tomo segundo.

• **VIII) Referencias en Internet.**

ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *El Presidente Esquivel*, Revista Electrónica de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, 2008, No. 10., <http://www.genealogia.or.cr>

ARIAS CASTRO, Tomás Federico, *Análisis histórico de las Lápidas Presidenciales Costarricenses*, Revista Electrónica de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas, 2008, No. 12. <http://www.genealogia.or.cr>

VARGAS ARAYA, Armando, *Aportaciones de un Núcleo Germinal Cespedita a la cultura jurídica de Costa Rica*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004, www.consulcubacr.com

• **IX) Otros.**

Secretaría del Colegio de Abogados, *Libro de Registro de Incorporaciones*, 1942, folio N° 1.

EL NUEVO CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

Lic. Ignacio Monge Dobles

Resumen en Español:

El presente ensayo analiza el alcance del principio de equivalencia funcional desde una óptica doctrinaria y legislativa, así como la importancia de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos de la República de Costa Rica, necesario para el desarrollo comercial global actual.

Resumen en Inglés:

This essay analyzes the reach of the functional equivalence principle from the doctrine and legislative optics, as well as the importance of the Certificates, Digital Signature and E-Documents Law of the Republic of Costa Rica, necessary for the global commercial development nowadays.

Palabras Claves:

Contratos Electrónicos; Electronic Contracts
Comercio Electrónico; Electronic Commerce
Firma Digital; Digital Signature

I. INTRODUCCIÓN

En un principio, el procedimiento para procesar datos fue muy rudimentario, al utilizar las manos y almacenar toda la información posible en la memoria del ser humano. Las personas, para contar, estaban limitadas al número de sus dedos y a su razón. Posteriormente, se inventaron los sistemas numéricos tales como el ábaco, las tablas de logaritmos, la regla de cálculo, la máquina de Pascal y de Babbage, hasta llegar a las computadoras con las que contamos y de las cuales dependemos hoy en día. La informática es una herramienta que ha contribuido enormemente a la globalización mundial de los países en un solo bloque: el denominado bloque cibernético.

Con ello no hago referencia a un solo bloque comercial, constituido mediante la compraventa de productos y servicios por medio de Internet y del comercio electrónico en general, sino, también, de una unificación de filosofías, gustos, políticas, costumbres e idiosincrasias entre los cibernautas. Hoy, el ilimitado y creciente avance tecnológico ha traído consigo un mayor acceso a la información, fomentando en muchos la investigación y el conocimiento de una manera mucho más sencilla. Estamos con esto ante la nueva era digital, compuesta por un nuevo modelo social curioso y sediento de conocimiento.

Claro está, la tecnología ha traído también problemas, que inclusive atentan contra los derechos fundamentales de

las personas. El nuevo derecho de la informática contempla la protección de los derechos fundamentales y garantías de los ciudadanos en esta nueva era digital, protegiendo así la intimidad y la confidencialidad, la seguridad del trabajo, la propiedad intelectual, la propiedad privada, el patrimonio, etc. El derecho, como un instrumento útil para la obtención real de la justicia, debe encarar los nuevos problemas que trae consigo la era digital actual.

En la actualidad, nuestro país ha dado buen ejemplo mundial por su interés en regular la materia. Contamos con una Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos y su Reglamento debidamente aprobados, en los cuales se reconoce el principio de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica. Es decir, tanto los documentos físicos como las firmas ológrafas son equivalentes a los documentos electrónicos y las firmas digitales debidamente certificadas. Además, tenemos en camino un Proyecto de Ley de Comercio Electrónico y un capítulo catorce en el TLC.

El futuro está signado por la era digital. Con el gobierno digital, la infraestructura y las iniciativas están ya establecidas acertadamente por esta Administración. Ahora, hay que aprovecharlo y ponerlo en práctica para obtener su máxima eficacia. Es un hecho que estamos inmersos en una revolución mundial, para bien o para mal; solo el tiempo lo dirá. Pero cada año son millones de personas las que se integran, especialmente las nuevas generaciones.

II. EQUIVALENCIA FUNCIONAL

La definición de firma digital, en palabras sencillas, es “aquel mecanismo criptográfico que garantice la integridad, autenticidad, confidencialidad e identidad de una persona con respecto a un documento electrónico mediante el cual indudablemente plasma su consentimiento digitalmente”.

Cuando se le quiere dar a un documento el reconocimiento de las funciones atribuidas a una firma consagrada en papel, es necesario contar con otra herramienta, otro equivalente funcional que permita determinar las características mínimas de un mensaje de datos, de manera que este pueda reemplazar a una firma manuscrita o documento físico.

Algunas de las funciones de la firma son las de identificar a una persona, dar certeza de su participación en el documento y asociar a la persona con el contenido del documento como autor de una obra. Con respecto a cualquier método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y adicionalmente indique que el contenido cuenta con su apro-

bación, solamente hay que verificar que ese método sea tanto confiable como apropiado para el propósito específico.

Las firmas digitales tienen características propias, incluso a mi parecer más seguras que las que puede tener una firma manuscrita.

Según el autor Agustín Madrid, “la firma digital debe ser única a la persona que la usa, ser susceptible de ser verificada, estar bajo el control exclusivo de la persona que la utiliza, y estar ligada al mensaje, de tal manera que si estos son cambiados la firma es invalidada.

*“Una persona tendrá tantas firmas digitales como documentos firme, pero todos los números deben referenciar (SIC) a una sola persona. Esto implica que la firma digital es más segura que la firma manuscrita, dado que cuando se firma un documento en papel, no se tiene la garantía de que éste no se modifique, y es demostrado que los mensajes de datos firmados digitalmente garantizan en general la integridad o no alteración del documento”.*¹

La función de la firma electrónica es la de mostrar la autoría y acreditar la integridad de la declaración contenida en el documento electrónico. No se equipara así el documento sobre papel al documento electrónico, sino que se equipara la función de la firma manuscrita en el documento sobre papel a la función de la firma digital en el documento electrónico. Es la denominada regla de la equivalencia funcional de las firmas, donde la función de las firmas y de los documentos es fundamentalmente probatoria, y buscando aplicar una pauta de no discriminación entre los documentos y firmas manuscritas con los documentos y firmas digitales, siguiendo ciertos parámetros técnicos y jurídicos.

III. BREVE ANÁLISIS DE LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL A LA LUZ DE LA LEY DE CERTIFICADOS, FIRMAS DIGITALES Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

En el año 2005, los diputados aprobaron, por unanimidad, en segundo debate, la ahora Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, número ocho mil cuatrocientos cincuenta y cuatro, publicada en el diario oficial *La Gaceta*, número ciento noventa y siete, el día trece de octubre de dos mil cinco.

La ley tiene por objeto regular el uso y el reconocimiento jurídico de la Firma Digital, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad, así como el autorizar al Estado para su utilización.

Se creó además la Dirección de Certificadores de Firma Electrónica, órgano adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que será la entidad rectora de esta materia. Allí, deberán inscribirse los certificadores jurídicos públicos o privados, nacionales o extranjeros, que emitan los certificados electrónicos. La Firma Digital Avanzada estará basada en un certificado digital debidamente certificado.

Los certificados digitales se vinculan a una persona que confirman su identidad, y deberán contener cuando menos los datos que identifiquen individualmente al firmante; los datos que identifiquen la entidad de certificación; el número de serie del certificado; la fecha de emisión y plazo de vigencia, y los demás que el reglamento establezca. Los certificados de Firma Digital que sean emitidos por entidades no establecidas en Costa Rica serán equivalentes a los otorgados por prestadores establecidos en el país cuando hayan sido homologados. Las empresas que emitan certificados de Firma Digital deberán someterse al proceso de acreditación que se defina al respecto para estar debidamente acreditados.

Ante lo anterior, la Comisión pretendió un texto mucho más simple, cuyo principal propósito era reconocer o insertar dentro del sistema jurídico nacional los documentos electrónicos o digitales así como las firmas y certificados dentro de un sistema auto regulado, sin la intervención de una autoridad oficial. No obstante, el Ministerio de Ciencia y Tecnología hizo ver a los firmantes el riesgo e inconveniencia de un sistema auto regulado y la necesidad de una mayor participación de la autoridad pública en la acreditación, regulación y sanción de las entidades certificadoras.

Se elaboró, de esta forma, con la colaboración de dicho Ministerio, de la Asociación Cámara de Tecnologías de Información y Comunicación y del Poder Judicial, un texto que incluyera un sistema oficial de acreditación y control simplificado, que constituye una regulación de amplias perspectivas, dada la pluralidad de intereses en juego y el ultradinamismo de la materia.

La ley pretende una regulación mínima, admitiendo la utilización, incluso por el Estado y sus instituciones en sus relaciones con los particulares (G2C), de la amplia gama de tecnologías disponibles.

Parece ser que la ley es muy amplia, inclusive más que otras legislaciones; esta va más allá de las simples firmas digitales, regulando, además, documentos electrónicos, contratos electrónicos, comercio electrónico, notariado digital, autenticaciones y certificaciones digitales, y gobierno digital.

A continuación, se entrará a analizar y comentar algunos de los artículos de dicha ley que regulan la temática analizada en este ensayo.²

El artículo tercero de dicha ley plasma el principio de equivalencia funcional de documentos físicos y documentos electrónicos, estipulando que “cualquier manifestación con

¹ *Homenaje a Fernando Hinestroza. El contrato por medios electrónicos.* Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.

² *Diario Oficial La Gaceta número ciento noventa y siete. Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.* San José, 2005.

carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular”.³

Queda reconocido legalmente, entonces, el principio de equivalencia funcional, el cual resulta de magna importancia en el derecho informático costarricense.

Si un documento electrónico garantiza funcionalmente lo mismo o inclusive más que el documento físico, debe dársele plena validez jurídica y probatoria.

En otras palabras, si dicho documento electrónico no lo garantiza, funcionalmente hablando, tal vez se podría hablar de una validez jurídica equivalente, pero no como plena prueba en el derecho procesal probatorio si así es probado a quien le compete la carga probatoria. Para tal efecto, deberá estar firmado y certificado digitalmente por una autoridad certificadora competente, nacional o extranjera con las particularidades de la ley.

El artículo quinto del mismo cuerpo legal establece, en lo conducente que “en particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para:

- a) La formación, formalización y ejecución de los contratos.
- b) El señalamiento para notificaciones conforme a la Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales.
- c) La tramitación, gestión y conservación de expedientes judiciales y administrativos; asimismo, la recepción, práctica y conservación de prueba, incluida la recibida, mediante archivos y medios electrónicos. De igual manera, los órganos jurisdiccionales que requieran la actualización de certificaciones y, en general, de otras piezas, podrán proceder sobre simples impresiones de los documentos en línea efectuadas por el despacho o aceptar las impresiones de dichos documentos en línea, aportadas por la parte interesada y certificadas notarialmente.
- d) La emisión de certificaciones, constancias y otros documentos.
- e) La presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional.
- f) La gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma de las partes...”⁴

Queda reconocida entonces, legalmente y con plena validez jurídica, la realización de la contratación electrónica; las notificaciones electrónicas; los expedientes electrónicos; y el notariado digital con la necesaria ayuda e implementación del gobierno electrónico en Costa Rica.

En cuanto a la equivalencia funcional de las firmas manuscritas y las digitales, el artículo noveno de la ley analizada dispone que “los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita.

”Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada”.⁵

A partir de esta ley, cualquier norma en el ordenamiento jurídico que mencione las palabras “documento físico” o “firma manuscrita”, se considerarán, inclusive en ciertos casos tácitamente incorporadas en función de la no discriminación y equivalencia funcional mencionados, tanto como documentos electrónicos o firmas digitales respectivamente.

Finalmente, el artículo décimo del mismo cuerpo de leyes en mención estipula que “todo documento, mensaje electrónico o archivo digital asociado a una firma digital certificada se presumirá, salvo prueba en contrario, de la autoría y responsabilidad del titular del correspondiente certificado digital, vigente al momento de su emisión.

No obstante, esta presunción no dispensa el cumplimiento de las formalidades adicionales de autenticación, certificación o registro que, desde el punto de vista jurídico, exija la ley para un acto o negocio determinado”.⁶

De tal manera, estamos en presencia de una presunción *iuris tantum*, al admitir en cualquier caso prueba en contrario. Claro está, la carga probatoria le corresponde a quien alega la invalidez del documento y/o de la firma digital y no de la persona que la incorpora eventualmente como prueba procesal, en virtud de la equivalencia funcional mencionada, la cual todo juez debe aplicar como contralor de la legalidad.

Esta Ley es moderna, integral y sumamente sencilla. Con la globalización actual y el pleno desarrollo del comercio electrónico por medio de los contratos electrónicos necesarios en el *e-commerce*, esta resulta de suma importancia, e indudablemente acarrea consigo una seguridad jurídica inherente, para el ordenamiento jurídico costarricense y para una sociedad globalizada, deseosa de seguir adelante de manera competitiva.

En el nuevo derecho informático, y en atención además del principio de neutralidad tecnológica, nuestro sistema jurídico ha resultado dinámico, práctico y real, propiciando siempre el incentivo comercial nacional e internacional de nuestra sociedad actual mediante medios electrónicos seguros.

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

IV. CONCLUSIONES

El derecho emana de la vida social, de su comportamiento y exigencias, las cuales tiende a regular. La cibernética ha tenido gran influencia respecto al fenómeno social jurídico, en el cual dicha interrelación se da por medio de las comunicaciones.

En el ámbito de la contratación electrónica, la determinación de la identidad de las partes se obtiene mediante la firma digital con el correspondiente certificado electrónico debidamente expedido.

Se ha logrado establecer la importancia, seguridad y efectividad de la contratación electrónica bien utilizada desde luego con firma digital certificada, logrando así establecer en nuestro país su debida implementación legal, que resulta ser sumamente seguro y confiable para la sociedad globalizada actual, mediante una utilización responsable y al margen de los parámetros de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica establecidos por la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos de la República de Costa Rica .

V. BIBLIOGRAFÍA

- Carlino, Bernardo. **Firma Digital y Derecho Societario Electrónico**. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Delpiazzo, Carlos. **Introducción a la Informática Jurídica y Derecho Informático**. Ediciones Jurídicas Amalia M. Fernández, Montevideo, 1984.
- Diario Oficial La Gaceta número ciento noventa y siete. **Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos**. San José, 2005.
- Homenaje a Fernando Hinestrosa. **El contrato por medios electrónicos**. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
- Illescas Ortiz, Rafael. **Derecho de la Contratación Electrónica**. Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- Monge Dobles, Ignacio. **Contratos Electrónicos Modernos: El Consentimiento Digital**. Trabajo de Investigación del curso doctoral “Procesos en Contratos Civiles, Mercantiles y Responsabilidad Extracontractual”, Universidad Escuela Libre de Derecho, San José, 2008.
- Téllez Valdez, Julio. **Derecho Informático**. Editorial McGraw Hill, Segunda Edición, México, 1996

ACTUALIZACIÓN MONETARIA EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Lic. Mario Quesada Aguirre

Licenciado en Derecho, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Asesor Legal, M.O.P.T.

Resumen:

Dentro del ámbito de los contratos administrativos, el respeto a los principios fundamentales de intangibilidad patrimonial y equilibrio económico financiero contractual, resulta esencial. Y la figura de la actualización monetaria se presenta como un medio esencial para el pleno e íntegro respecto de tales principios. Pese a ello, esta figura jurídica no es de conocimiento general y debido uso en nuestro medio, por lo que es necesario definir su procedencia y forma de concreción en las relaciones contractuales administrativas. Una visión práctica de tal aspecto particular es la que se procura brindar por este artículo.

Palabras clave:

Contrato, equilibrio, actualización monetaria, mora, intereses, dolarización.

Abstract:

Within the scope of Administrative Contracts, the respect to the Fundamental Principles of Patrimonial Intangibility and Contractual Financial Economic Balance are essential. And the figure of the Monetary Update appears like essential means for the plenary session and complete respect to such principles. In spite of it, this legal figure is not of general knowledge and which had use in our means. Being necessary define its origin and form of concretion in the administrative contractual relations. A practical vision of such particular aspect is the one that is tried to offer by this article.

Key words:

Contract, Balance, Monetary Actualization, Tardy, Interests, Dollarization.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, nos desenvolvemos en un medio en el que las disputas por la falta de reconocimiento oportuno de derechos u obligaciones contractuales, particularmente en el ámbito de la Administración se traducen al final en diferencias de orden económico, sobre todo que la dilación en el reconocimiento y pago de derechos y obligaciones en numerario en íntegro se ha constituido en una situación generalizada. En este

sentido, es evidente que la falta de pago dentro de una relación contractual administrativa (y de cualquier orden), en cualquier evento que se genere y en tanto no medien causas imputables al contratista, viene a afectar el debido “equilibrio económico contractual” y, per se, implica una infracción al Principio Fundamental de Intangibilidad de Patrimonio, debiéndose, al respecto, aplicar medios jurídico/económicos a efecto de indexar lo pertinente y venir a procurar un pago lo más justo y debido posible, y así determinar la operancia de los derechos de intangibilidad de patrimonio, racionalidad, proporcionalidad y justicia.

Como un medio y figura de aplicación en algunos de los casos de falta de reconocimiento y pago oportuno y debido, aplicable en las situaciones particulares que se verán en este artículo, surge la institución de la “actualización monetaria”, a la cual es de nuestro interés referir por este medio. Siendo claro que aunque es de obligación estatal cancelar sus obligaciones de forma indexada y actual (a valor real), tal no es la tónica que opera normalmente, situación que lleva a los interesados a estar atentos a tal vejamen y a procurar su resarcimiento meritorio.

Siendo de rigor el ilustrar por este medio y cuando menos en lo básico sobre el tema en cuestión, el cual refleja uno de los medios para la obtención de un pago meritorio ante la Administración Pública, el cual es desconocido por muchos o confundido por otros con la figura del reconocimiento de los intereses de mora o de ley.

Es tal la relevancia del punto de análisis y ante ello, en forma condesada es que pasamos a referir a los principales aspectos relativos a este.

II. MORA ADMINISTRATIVA E INTANGIBILIDAD PATRIMONIAL

La falta de reconocimiento íntegro y/o de cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales no es, lamentablemente y como se dijo antes, algo inusual en el proceder ordinario de la Administración Pública (centralizada o descentralizada).

Como bien es sabido, la Administración Pública presenta –en general– la obligación o deber de pronunciarse expresamente (manifestación expresa de la voluntad), cuando se le ha presentado un reclamo, consulta, petición, queja, recurso o requerimiento de pago por parte de un administrado

(particular) o, por qué no, en razón de las relaciones internas que determinan su correcto y debido actuar. Siendo esto lo regular, lo ordinario y debido¹.

No obstante el deber de respuesta enunciado, tal regla no siempre se cumple. “Más bien, es bastante frecuente que por exceso de trabajo en algunos casos, desidia en otros, y cálculo en otros, la Administración Pública omite resolver en forma expresa, en un plazo determinado, lo que hace aparecer la morosidad administrativa y, en forma consiguiente la omisión de una obligación.”²

Tratándose de obligaciones pecuniarias no reconocidas en tiempo y forma, es que se viene a suscitar la importancia del tema de desarrollo en este artículo. Toda vez que la mora en el pago o reconocimiento de una obligación administrativa de pago entraña *–indefectiblemente–* un daño/perjuicio al interesado o contratista que espera recibir dicho pago como medio de recuperación de la inversión realizada, como expresión de su utilidad esperada y para satisfacer sus arcas y su flujo de caja con recursos necesarios y frescos para seguir subsistiendo. Por ende, la cuestión de la mora en el pago de una obligación numeraria entraña una afectación al patrimonio del contratista particular y, per se, provoca un impacto negativo y una infracción al Principio Fundamental de Intangibilidad de Patrimonio, el cual ha sido bien definido por nuestra Sala Constitucional, al indicar:

“(…)9.- de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato)...” (**Voto N.º 0998-98 de la Sala Constitucional**).

Así las cosas, es menester que surjan medios o figuras jurídicas que vengán a procurar, cuando menos, paliar los impactos nocivos derivados de tales situaciones de mora administrativa en el reconocimiento y/o pago de sus obligaciones (particularmente contractuales). Siendo la figura de la actualización monetaria uno de los medios efectivos a tales efectos, el cual *–como se verá infra–* ha sido reconocido en nuestro medio por la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional y ha sido insertado *–inclusive–* en el ámbito de los contratos civiles, por lo fallado por la Sala Primera de nuestra Corte Suprema de Justicia.

III. PAGO DE INTERESES DE MORA

En materia de Contratación Administrativa, el reconocimiento de “Intereses de Mora” es un medio que también se ha dado para paliar en alguna medida los impactos producidos por la dilación o mora de la Administración (sentido laxo) en el pago efectivo de sus obligaciones.

Antes de la Ley N.º 7494 o “Ley de Contratación Administrativa” no existía una norma clara que definiera la posibilidad directa y expresa del pago o reconocimiento de los intereses de mora, pero por jurisprudencia administrativa se fijó que sí procedía el reconocimiento de tales intereses, siempre y cuando se tratara de sumas “líquidas y exigibles”; es decir de sumas absolutamente determinadas y pagables, disponiéndose en aquellos momentos el pago de los denominados “intereses de mora de ley”, fijados por la legislación comercial (artículos 497 y concordantes del Código de Comercio).

Con la promulgación de la Ley expresada y hasta hoy, se insertaron disposiciones expresas en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales mandan el pago de los intereses de mora, tanto en obligaciones pactadas en moneda nacional, como en obligaciones en moneda extranjera, manteniendo que su pago procede cuando se trate de sumas líquidas y exigibles y luego de un tiempo o período de trámite o gracia definido.

El tema del reconocimiento de tales intereses ha tenido todo una evolución importante en nuestro medio, pero tal no es el tema objeto de este documento³. Siéndonos lo de interés referir a esta cuestión en cuanto a su distinción con la figura jurídica-económica que nos interesa.

Nótese que los intereses de mora se fijan para reconocer *–particularmente–* los perjuicios que se irrogan por el pago atrasado de una obligación pecuniaria de una suma líquida (ya fijada) y exigible (con derecho constituido y declarado). Pero, paralelamente, surgen situaciones jurídicas contractuales en las que la Administración y sus contratistas deben llevar discusiones y procedimientos administrativos (muchas veces muy dilatados) y a veces hasta llegar a procesos judiciales, a efectos de poder definir (reconocer y declarar) el reconocimiento de una suma u obligación dentro de la relación que los une. Así las cosas, es normal que luego de períodos de disputa se venga a definir que la razón asistía al contratista y que en su momento le correspondía que se le pagara aquello que pidió le fuera reconocido. En ese sentido, es evidente que tal declaración administrativa o judicial vino a determinar la procedencia del pago de una obligación pecuniaria de una suma que correspondía reconocer desde antes y que de venir a pagarse hoy en sentido literal, evidentemente no conllevaría la integridad debida del pago. Es en este punto cuando surge la figura de la “actualización monetaria” como medio para resarcir (al menos en una proporción) los daños y perjuicios causados por aquella obligación no reconocida o no pagada en tiempo.

Aquí la liquidez y exigibilidad de la cantidad que debió pagarse se definen en lo actual, pero su reconocimiento *–claramente–* debía haberse dado desde mucho antes; de

manera que su reconocimiento y/o declaración de postergó. Constituyendo —como se ha dicho— la actualización monetaria un medio debido de justicia, racionalidad y proporcionalidad para dar remedio al costo que entraña la espera por el reconocimiento y pago debidos del numerario adeudado.

IV. ACTUALIZACIÓN MONETARIA

La actualización monetaria es una figura de restitución y pago íntegro. Importa la aplicación de un medio económico-financiero a efectos de dar valor presente a una deuda u obligación que debió ser reconocida tiempo atrás, pero que en razón de alguna diferencia entre la Administración obligada y quien se constituye como el receptor de los beneficios de tal obligación, esta no se reconoció y pagó en tiempo⁴.

La actualización monetaria importa el reconocimiento “íntegro” de la suma que se viene a definir, desde el momento en que debió de saldarse y hasta el actual.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional establece que es lógico deducir que si a un contratista le corresponde el pago de un principal (el cual debió reconocerse desde antes), también le corresponderá el derecho a la actualización, pues no se puede omitir el reconocimiento de los derechos que se derivan de aquel. Esa derivación surge de lo que la Sala plasma y reconoce por **ACTUALIZACIÓN MONETARIA**, a saber:

“(…) no se trata de una potestad discrecional del Estado de pagar voluntariamente una especie de indemnización, sino que, se trata de **una obligación**, que tiene como fin restituir al contratista el valor real de la obligación original, para que de esa forma se mantenga el equilibrio en las contraprestaciones acordadas en el contrato. Es por eso que la actualización económica, en este caso, no debe considerarse como un derecho independiente y separado del ya reconocido por la administración, sino que, debe verse como un derecho adherido derivado de aquel, y como tal, debe correr la misma suerte del principal; si se ha dicho que es claro que el principal se encuentra dentro de lo establecido por esta Sala como **derecho adquirido**, el derecho a la actualización económica debe correr la misma suerte de aquel, y considerarse también, como **un derecho adquirido**. Si no fuera así, se estaría infringiendo el derecho que tiene todo contratista a recibir el pago íntegro de la obra realizada.” (Distinción propia) (Véase Considerando III del Voto No. 02797-98 de la Sala Constitucional).

Conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la actualización económica tiene como fin restituir al contratista el “valor real” de la obligación original como mecanismo para restablecer el equilibrio económico de las contraprestaciones acordadas en el contrato (Voto N.º 2797-98 de la Sala Constitucional). Más específicamente, se trata de “reconocer la depreciación que sufre el dinero,

o lo que es igual, mantener el poder adquisitivo de la suma debida. Es lo que la doctrina del Derecho analiza cuando, dadas ciertas situaciones en las que se altera el valor de la moneda (devaluación), se debe escoger entre pagar el valor nominal del dinero debido (...) o si se debe entregar, por el contrario, el valor efectivo que corresponde al poder adquisitivo comercial” (Resolución N.º 4451-94 de la Sala Constitucional).

Sobre este mismo tema, pero desde la perspectiva civil, la Sala Primera de nuestra Corte Suprema de Justicia indica:

(...) “**VIII.-** Señala la recurrente que los daños y perjuicios traducidos en el pago del derecho de llave y del lucro cesante son obligaciones de valor, y que por tanto, deben indexarse. Es por ello que echa de menos en la sentencia del Tribunal, la caracterización del lucro cesante como una de esas obligaciones, susceptibles en consecuencia, de actualización plena. Para la definición del anterior agravio se hace necesario, antes que cualquier otra cosa, el análisis pertinente sobre la procedencia o no de la indexación en el Ordenamiento Jurídico. Ante ello es preciso recordar que en varios antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, por unanimidad en unos, por mayoría en otros, se ha declarado la improcedente indexación extra-convencional en virtud de la inexistencia de una norma legal que así lo disponga. Se ha dicho que “*la indexación es viable siempre que sea convencional, es decir, cuando medie acuerdo expreso, no así ante la ausencia de pacto entre las partes, porque no existe norma legal que lo autorice*” (Sentencias N.º 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989, 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992, 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995, 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000, 518 de las 11 horas del veintiocho de agosto del 2003). Empero, luego de una profunda y concienzuda reflexión, se llega al convencimiento de que el referido instituto (indexación no convencional), sí cabe en determinados supuestos obligacionales en que la parte con derecho así lo requiera, todo ello por aplicación directa de la Constitución Política. En efecto, no se requiere de norma legal alguna para el reconocimiento de una pretensión indexatoria, cuando por principio general de Derecho y por Constitución, se establece la obligada y plena reparación de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado. Si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es claro que existe asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago. Lo contrario, implica infracción al fin último de la juricidad, representado, ni más ni menos, que por la Justicia. En este sentido, es preciso retomar

el ajustado análisis e interpretación de la norma fundamental cuando expresamente establece que “*Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*” (artículo 41). Habrá de observarse que se dispone la reparación debida de los daños, mandato que va más allá de la simple indemnización de aquéllos. Reparar implica restituir, reponer en lo posible el estado de cosas lesionado a su situación anterior dentro del contexto y valor presente. De esta manera, no se repara sino se repone la suma o el bien debido que corresponde conforme a su valor actual y real establecido a su fecha de pago. La negativa a ello implica cohonestar el pago en cantidad insuficiente, con enriquecimiento injusto y abuso del derecho de quien figura como deudor. Su reconocimiento deriva de la simple y adecuada proyección del derecho constitucional a una justicia **cumplida y sin denegación**, que el mismo precepto declara con absoluta energía y claridad. No hay justicia cumplida y efectiva sin restitución plena de lo debido. De modo que, si la Constitución obliga al acreedor o lesionado a recurrir a los mecanismos que el propio Ordenamiento Jurídico establece para obtener lo que corresponda (así ha interpretado la propia Sala Constitucional la expresión “ocurriendo a las leyes”. Sentencias 1979-96 y 5224-94), deberá procurarse que tales instrumentos (administrativos y jurisdiccionales) así lo dispongan. Es por ello, que la Constitución Política por virtud de los artículos 41 y 49, contempla como derecho fundamental, **la tutela judicial efectiva**, según lo ha pregonado la unívoca y diáfana jurisprudencia de la Sala Constitucional. Y si esto es así, como en efecto lo es, no cabe más que afirmar la infracción flagrante de tan elemental principio cuando no se protege o tutela de manera efectiva, eficaz y completa a quien con derecho reclama. El reconocimiento de la indexación extra-convencional viene además exigido por el derecho de igualdad, en tanto se reconoce este extremo, aún de manera oficiosa, para ciertos ámbitos de la Administración Pública. Su reconocimiento privilegiado para ciertas facetas del quehacer público, con exclusión de otras, infringiría, sin duda, el numeral 33 de la Constitución Política. Ante una misma situación, la misma solución.”... (Sentencia 0001016-F-2004, de las 09:30 horas del 26 de Noviembre del 2004, Expediente No. 95-000223-181-CI)

V. MÉTODOS DE ACTUALIZACIÓN

En el ámbito costarricense, son tres los métodos principales de cálculo que se han definido para aplicar la indexación que importa la “Actualización Monetaria”.

- a. El primer esquema de cálculo es dado por el reconocimiento de “Intereses”. Ahora bien, en lo general, los intereses que se reconocen son los de Mora de Ley, determinados por el numeral 497 del Código de Comercio (...) “Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual a tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para operaciones en moneda nacional y a la tasa *prime rate* para operaciones en dólares americanos”) y, en caso de obligaciones contractuales administrativas, los fijados por los numerales de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 34 de su actual Reglamento (...“Una vez transcurrido ese plazo, la Administración, se constituirá en mora automática y el interesado podrá reclamar el pago de intereses sobre el monto adeudado en colones, los cuales serán cancelados aplicando el interés según la tasa básica pasiva del Banco Central a seis meses plazo. Para operaciones en dólares de los Estados Unidos de América los intereses serán cancelados aplicando la tasa de interés internacional referenciado por el Banco Central de Costa Rica [*prime rate*]”). Este es el medio que consideramos idóneo a los efectos de la labor de actualización y su operancia plena se deriva –en mucho– de la práctica y jurisprudencia generalizada de nuestros Tribunales de Justicia. Al respecto es significativo lo considerado por el mismo Banco Central de Costa Rica, mediante oficio No. DM-570, de fecha 18 de noviembre de 1997, en el cual se explica acertadamente que, por su conformación, la tasa básica pasiva del Banco Central conlleva la doble constitución de operar como reconocedora de los daños (restitución del valor monetario) y de los perjuicios o lucro cesante (lo dejado de percibir) y que, per se, se constituye en el mejor esquema a efectos de actualizar una deuda u obligación contractual de la Administración Pública. Cabe agregar que por su conformación, la tasa básica pasiva del Banco Central incluye, en sí, el doble resarcimiento de los daños por actualización monetaria o revalorización de la suma adeudada y de los perjuicios o lucro cesante (de lo dejado de percibir por no contar con la suma adeudada y poder invertirla).
- b. No obstante nuestra posición proclive a que la actualización opere mediante el esquema de reconocimiento de intereses, existe un método particular puesto en boga por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a partir del año 1999, al emitir su directriz N° 521, de las 12:00 horas del día 17 de marzo del referido año, la cual determina un esquema de actualización monetaria mediante la dolarización de las obligaciones y una relación comparativa en el tiempo. Dicha directriz expresa, en lo conducente:

“(…) CONSIDERANDO:

- I. Que de acuerdo con la Sala Constitucional, la actualización económica tiene como fin restituir

al contratista el “valor real” de la obligación original, como mecanismo para restablecer el equilibrio económico de las contraprestaciones acordadas en el contrato (Res. N° 2797-98). Más específicamente, se trata de “reconocer la depreciación que sufre el dinero, o lo que es igual, mantener el poder adquisitivo de la suma debida. Es lo que la doctrina del Derecho analiza cuando, dadas ciertas situaciones en las que se altera el valor de la moneda (devaluación), se debe escoger entre pagar el valor nominal del dinero debido (...) o si se debe entregar, por el contrario, el valor efectivo que corresponde al poder adquisitivo comercial” (Res. N° 4451-94).

- II. Que la obligación de la Administración tiene su origen en el reconocimiento de costos fijos (al 100%) y de administración (en el 0,15 sin incluir utilidades), pero fundamentalmente de costos fijos, dentro de los que tienen especial preponderancia la provisión de productos terminados importados. Sobre esta base, la Comisión Interinstitucional integrada recomendó que la actualización se realice sobre la base de la variación operada en el tipo de cambio del dólar, que es la principal divisa utilizada para esas importaciones; criterio que comparte este Despacho.
- III. Que el método indicado se ajusta a los principios de generalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

**POR TANTO
EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS
Y TRANSPORTES**

RESUELVE:

Adicionar la Resolución de este Despacho N° 000464 de las 16:00 horas del 26 de Enero de 1999, con el propósito de establecer el régimen de actualización monetaria de los reajustes de precios que se reconocen a los contratistas, con fundamento en las disposiciones transitorias de la referida resolución. La actualización monetaria se regirá por las siguientes reglas:

1. Para actualizar los precios pactados en las contrataciones que realice el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y sus órganos adscritos, se establece como base la variación operada en el tipo de cambio del dólar estadounidense...”

El procedimiento comentado —a nuestro criterio— debe ser objeto de revisión, toda vez que ante el cambio de políticas cambiarias en nuestro medio, el tipo de cambio se ha estatificado y, por ende, se ha inmovilizado y hasta ha tendido a la baja, lo cual redundaría en que una “actualización monetaria” por tal vía se torne en insubsistente y hasta

negativa, además de que este procedimiento solamente viene a reconocer “daños” (actualización de la suma adeudada y no los perjuicios o lucro cesante).

- c. Por último y en lo más actual, nos hemos encontrado con la Sentencia N° 0001016-F-2004, de las 09:30 horas, del 26 de noviembre del 2004, de la Sala Primera de nuestra Corte Suprema de Justicia, la cual remite al uso del índice de precios al Consumidor (IPC) como medio de actualización monetaria, que dicta:

“(…)IX.- Ahora bien, dejando por sentada la procedencia de la indexación extra-convencional, es pertinente establecer la naturaleza jurídica de las obligaciones ya declaradas en la sentencia que se recurre, determinando, después de ello, la susceptible aplicabilidad del mecanismo indexatorio sobre éstas. Conviene por tanto señalar que la indemnización concedida en lo relativo al derecho de llave, constituye en efecto una típica obligación de valor, tal y como lo dispuso el Juzgado de instancia, criterio que debe entenderse ratificado por el Tribunal de alzada en cuanto confirmó el fallo emitido por dicha autoridad. E igual ocurre con el lucro cesante, que deviene como efecto ocasionado por la actividad dañosa, y cuya compensación indemnizatoria no hace más que **valorar** económicamente aquello que se dejó de recibir. Ambos extremos escapan por tanto a los límites de una estimación pecuniaria establecida en el libelo de demanda, y ambas quedan, por mayoría de razón, sujetas a la reparación patrimonial actualizada. Dicho en otros términos, este tipo de obligaciones (de valor) tienen un contenido intrínsecamente ajustable a precio o valor presente, pues esencialmente buscan la equiparación económica de un bien que no puede ser restituido *in natura*. Esa es precisamente la razón por la que esta misma Sala ha concedido intereses moratorios para ellas, tan sólo a partir de la sentencia firme (a modo de ejemplo pueden verse las sentencias de esta misma Sala N° 49 de 9:00 hrs. del 21 de junio de 1995; la N° 136-F-98 del 18 de diciembre de 1998 y N° 623-F-00 a las 12 hrs. 20 minutos del 25 de agosto del 2000). Siendo esto así, es difícil hablar de indexación frente a obligaciones de valor, pues ha de reiterarse, que la condena indemnizatoria establecida en ellas lo será (en principio) a valor presente. Esto permite sostener que la indexación como tal, cobra sentido esencialmente respecto de las obligaciones dinerarias, sobre las que no existe duda en su procedencia, sin exclusión, claro está, de los perjuicios correspondientes, pues ha de quedar claro que se trata de extremos diferentes e independientes. No obstante lo dicho, hay que reconocer que la fijación del monto indemnizatorio y la firmeza de la sentencia condenatoria, aún en las obligaciones de valor, suelen tener entre sí considerables espacios temporales, que automáticamente desactualizan

el monto concedido oportunamente. Bajo estas circunstancias, debe puntualizarse que en ejecución del fallo (siempre y cuando la sentencia principal lo haya establecido, por expresa solicitud de parte), podría efectuarse la operación indexatoria, que cubriría el período comprendido entre el establecimiento del monto otorgado a título de condena y la firmeza de la sentencia. Ello sería posible en virtud de que aquella que originariamente fue de valor, es, después de fijado el monto indemnizatorio concreto, una obligación dineraria más. **Así estará afectada a la regla general indicada, bajo parámetros de concreción de muy diversa índole, dentro de los cuales el más conveniente y razonable, está representado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), criterio que además de ajustable de acuerdo con diversos factores de la realidad, es establecido por la más importante entidad estatal rectora en materia financiera**... (el destacado es nuestro).

En sentido concordante se consigna el numeral 123, punto 2), del Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual dispone:

(...) “2) Para la actualización del poder adquisitivo, la autoridad judicial correspondiente tomará como parámetro el índice de precios al consumidor, emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos para las obligaciones en colones, y la tasa *prime rate* establecida para los bancos internacionales de primer orden, para las obligaciones en moneda extranjera, vigente desde la exigibilidad de la obligación hasta su pago efectivo(...)”

De nuestra parte, cabe agregar que ante la manipulación y falta de realidad que se refleja en la determinación del IPC, no consideramos que se trate de un medio efectivo, real y, sobre todo, justo para la actualización monetaria. En ese sentido, no se comparte el criterio esbozado por la Sala Primera en el sentido apuntado, ni la actual regulación introducida por el Código Procesal Civil. Por año, el Poder Judicial ha actualizado, por la vía del reconocimiento de intereses de mora, no aplicando tal vez la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica, pero sí la metodología mejor de actualizar vía reconocimiento de “intereses”. Además, al igual que ocurre con la actualización, vía “dolarización”, este procedimiento solamente viene a reconocer “daños” (actualización de la suma adeudada y no los perjuicios o lucro cesante).

VI. CONCLUSIÓN GENERAL

Se plasman en las anteriores líneas los aspectos esenciales (razón de ser, definición básica general y medio de operancia) de una figura jurídico/económica, la cual resulta ser el medio idóneo para el resarcimiento en íntegro de las obligaciones estatales (particularmente las contractuales) y

de las obligaciones y compromisos en lo general. Se cumple con ello el cometido de ilustrar a todos aquellos que se correlacionan con la Administración Pública (*sentido laxo*) y la Administración misma, a efectos de que puedan ponderar el debido cumplimiento de la obligación de pago estatal y de la observancia de los Principio y Derecho Fundamental de Intangibilidad Patrimonial.

Realmente, el tema presenta una riqueza significativa a efectos de su desarrollo. Con las anteriores líneas lo que hemos procurado es dejar plasmadas las principales cuestiones que en torno a este tema se han generado y que deberán perfilarse y responderse en el corto plazo.

Con un enfoque práctico, se busca colaborar en la gestión de aquellos que se vean inmersos en la atención de cuestiones relativas a los reajustes o revisiones de precios en contrataciones administrativas. Y esperamos que el contenido de este artículo les sirva de debida guía. Nuestras conclusiones temáticas ya se han dado en el transcurso del texto.

Agradecemos a Dios el permitirnos elaborar este documento. Rogando cumpla un debido cometido en todos y cualquiera de sus lectores.

VII. CITAS DE PIE DE PÁGINA

- ¹ DROMI, José R.; **El Procedimiento Administrativo**.
- ² CALVO MURILLO, Virgilio: **El Silencio Positivo de la Administración Pública. Aspectos Doctrinales - Jurisprudenciales y Legales**
- ³ Sobre el tema de los Intereses de Mora, véanse los oficios N°s 9353 (FOE-OP-308) del 12 de Agosto, 9650 (FOE-OP-328) del 21 de Agosto, 11500 (FOE-OP-393) del 26 de Setiembre, 11717 (FOE-OP-403) del 30 de Setiembre, y 15729 (DAGJ-2044-2002) del 11 de diciembre del 2002, todos de la Contraloría General de la República.
- ⁴ Hoy el mismo Estado costarricense aplica la figura en cuanto al pago de obligaciones a su favor, como viene a ocurrir en el caso del artículo 22 del Decreto Ejecutivo N° 33080-MTSS-H, publicado en *La Gaceta* N° 98 del 23 de Mayo del 2006, el cual dispone:

“Artículo 22.—**De la Liquidación Actuarial.** Podrá el interesado solicitar que las cuotas que haya cubierto para cualquier régimen de pensiones del Estado, incluyendo invalidez, vejez y muerte, diferente de aquél en que se pensione, le sean computadas o trasladadas según sea el caso para estos efectos. No obstante, siempre quedará obligado a cubrir cualquier diferencia resultante.

En relación con las cuotas que no hayan sido cubiertas y las diferencias a que se refiere el párrafo anterior, la Dirección Nacional de Pensiones realizará una liquidación actuarial sobre las cuotas no percibidas, que contendrá los siguientes elementos:

- a) Nombre y número de cédula del cotizante.
- b) Períodos tomados en cuenta para la liquidación.

- c) Salarios totales anuales y montos cotizados durante el período laborado.
- d) Tasa de actualización aplicada: Se tomará como tasa de actualización el rendimiento promedio anual obtenido por las reservas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, incluida la deuda del Estado.
- e) Total a traspasar al Régimen por el que va a obtener el derecho a pensionarse.

Para la determinación del monto, la tasa de actualización se aplicará anualmente tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se realizaron las aportaciones a otro(s) régimen(es) de pensión(es) distintos de aquél por el que se va a pensionar y la fecha de presentación de la solicitud de pensión ante la Dirección Nacional de Pensiones. Al efecto se utilizará la siguiente fórmula para considerar el valor actualizado del monto no cotizado (diferencia) en cada año:

$$VF_n = MC_n * (1 + i_n)^1 * (1 + i_n + 1)^2 * (1 + i_n + 2)^3 * \dots * (1 + i_n * t)$$

Donde:

VF_n = Valor actualizado de la diferencia en el aporte correspondiente al año n.

MC_n = Monto de la diferencia en los aportes realizados en el año n.

i = Tasa promedio anual de rendimiento obtenido en el régimen de IVM de la Caja Costarricense de Seguro Social desde el primer año en que debió haberse cotizado(n) hasta el año en que se adquiere el derecho a la pensión (n+t).

e) Total a traspasar al régimen por el que va a obtener el derecho a pensionarse, resultante de sumar las cantidades correspondientes a cada año según la aplicación de la fórmula anterior.

Al menos el cincuenta por ciento (50%) del monto total adeudado por parte del cotizante deberá cancelarse inmediatamente y el porcentaje restante se cancelará por medio de deducciones mensuales practicadas al monto que recibirá por concepto de pensión, cuyo monto se fijará en forma tal, que la deuda sea cancelada en su totalidad en un plazo máximo de cinco años.

Igual metodología se utilizará para determinar las sumas que deberá cancelar el perceptor de las cotizaciones realizadas a otro régimen, en cuyo caso la Dirección Nacional

de Pensiones comunicará el monto determinado a la Tesorería Nacional y a la Contabilidad Nacional para los efectos del cobro y registro correspondiente.

Las sumas que se perciban en virtud de este artículo, ingresarán a la Caja Única del Estado, y corresponderá a la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo deberá velar porque se cumpla con lo dispuesto en este artículo.

^{5.} Esta Directriz fue ratificada y reforzada mediante las disposiciones de las Directrices No. 1550, de las 15:00 horas del 18 de Mayo del 2000 y No. 2001, de las 17:00 horas del 27 de Junio del año 2000, ambas del mismo Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DROMI, José R.; **El Procedimiento Administrativo.**

CALVO MURILLO, Virgilio: **El Silencio Positivo de la Administración Pública. Aspectos Doctrinales - Jurisprudenciales y Legales.**

Varios Autores, **Contratos Administrativos, Régimen de Pago y Actualización,** Editorial Astrea, Tomo I.

Artículo 22, Decreto Ejecutivo N° 33080-MTSS-H, publicado en *La Gaceta* N° 98 del 23 de Mayo del 2006.

Numeral 123, punto 2), del Código Procesal Contencioso Administrativo vigente.

Voto de la Sala Constitucional N° 6432-98, de las 10:30 horas del 4 de Setiembre de 1998 (Expediente N° 96-007390-007-CO-E).

Voto de la Sala Constitucional N° 0998-98, de las 11:30 horas del 16 de Febrero de 1998 (Expediente N° 5237-E-95).

Sentencia N° 0001016-F-2004, de las 09:30 horas del 26 de noviembre del 2004, de la Sala Primera de nuestra Corte Suprema de Justicia

Directrices N° 521, de las 12:00 horas del día 17 de Marzo de 1999; N° 1550, de las 15:00 horas del 18 de Mayo del 2000 y N° 2001, de las 17:00 horas del 27 de Junio del año 2000, todas del mismo Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Oficios N° 9353 (FOE-OP-308) del 12 de agosto; N° 9650 (FOE-OP-328) del 21 de Agosto; N° 11500 (FOE-OP-393) del 26 de setiembre; N° 11717 (FOE-OP-403) del 30 de Setiembre; y N° 15729 (DAGJ-2044-2002) del 11 de diciembre del 2002, todos de la Contraloría General de la República.

Demás normas legales referidas en el texto de este artículo.

EL EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACÍA EN COSTA RICA

Lic. Frank Harbottle Quirós
Graduado de la Universidad de Costa Rica
Funcionario del Poder Judicial

Resumen:

En Costa Rica, el ejercicio ilegal de una profesión y de forma específica de la abogacía, mantiene vigencia. La jurisprudencia nacional, así como la doctrina no tienen un criterio uniforme en cuanto a si la conducta descrita en el tipo penal debe llevarse a cabo de manera habitual. Existen diferentes posiciones en cuanto al bien jurídico tutelado en este delito. El tema concursal con el delito de estafa ha generado resoluciones judiciales con criterios muy diversos.

Abstract:

In Costa Rica, the illegal practice of a profession and specifically the legal profession remains valid. The national jurisprudence and the doctrine do not have a uniform criterion regarding if the behaviour described in the penal type has to carry out of habitual way. Exist different positions regarding the legally protected right in this crime. The subject concursal with the crime of swindling has generated judicial resolutions with criteria very diverse.

Palabras claves:

Abogacía, Abogado, Autorización, Bien Jurídico Tutelado, Código Penal, Colegiatura Obligatoria, Colegio Profesional, Concurso de Delitos, Delito, Dolo, Ejercicio, Estafa, Habilitación, Habitual, Ilegal, Incorporación, Ley Orgánica, Pena, Profesión, Prohibición, Proyecto de Ley, Reconocimiento, Sentencia, Suspensión, Tipo, Título, Universidad.

Keys words:

Advocacy, Lawyer, Authorization, Legally Protected Right, Penal Code, Colegiatura Compulsory, Professional School, Joinder of Crimes, Crime, Malice, Exercise, Swindling, Habilitation, Habitual, Illegal, Incorporation, Organic Law, Penalty, Profession, Prohibition, Project of Law, Recognition, Sentence, Suspension, Type, Title, University.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a la gran cantidad de profesionales que se gradúan en las universidades costarricenses, siguen existiendo personas que ejercen ilegalmente una profesión. La abogacía no escapa a

esta realidad. El Código Penal costarricense sanciona como delito el ejercicio ilegal de una profesión.

En la primera parte de este artículo se establece un análisis del tipo penal (a nivel objetivo y subjetivo) del delito de ejercicio ilegal de una profesión, enfocado de forma específica a la abogacía. Posteriormente, se establece un apartado sobre el tema del bien jurídico que se tutela en dicha figura penal, mostrándose diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales. Finalmente, se analiza la relación concursal existente entre el delito de ejercicio ilegal de una profesión con la estafa.

1. EL TIPO PENAL EN EL DELITO DE EJERCICIO ILEGAL DE UNA PROFESIÓN. EL CASO DE LA ABOGACÍA.

El Código Penal vigente de Costa Rica (Ley N° 4573 del 4 de marzo de 1970) regula el ejercicio ilegal de una profesión en el artículo 315 con la siguiente redacción:

*“Ejercicio ilegal de una profesión. Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente”.*¹

Partiendo de la regulación de este delito en el Código Penal costarricense se procederá a realizar un análisis de tipo aplicado de forma concreta a la profesión de abogacía con el

¹ En marzo de 1994 ingresó a la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica el “Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal”. Inicialmente, este proyecto no contempló dicho delito. En 1997 se tomó la decisión de incorporarlo dentro del Título VIII, Capítulo II denominado “Delitos contra la Confianza Pública”. En 1998, por medio de un texto sustitutivo se estableció la necesidad de que en el texto de dicho artículo se incluyese que la conducta debía realizarse con engaño. Posteriormente, se aprobó la moción de eliminar este delito (artículo 262 del proyecto del Código Penal), de modo que la conducta quedó despenalizada para ese momento. El asunto inquietó a los colegios profesionales, los cuales mostraron su inconformidad ante dicha decisión y esto conllevó a que en la sesión ordinaria número 27 del 16 de setiembre del año 2003, celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos se optara por incluir nuevamente la figura, adicionando en el tipo penal el elemento del engaño. De esta forma, actualmente está contemplado en el Proyecto de Código Penal (aún no ha pasado a ser ley de la república) en el artículo 275. *Expediente del Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal de la Asamblea Legislativa*, N° 11871, 12 de abril de 1994, T.VI, folios 1891-1892, 2023; T.XIX, folios 5717-5722; T.XXI, folios 6137-6198, 6339-6340, 6368-6379; T.XXII, folio 6525; T.XXIV, folios 7113-7115; T.XXV, folios 7256 -7259, 7458.

fin de determinar ante cuáles supuestos una persona se podría encontrar ejerciendo ilegalmente esta profesión.

A) El tipo objetivo

Está compuesto por el verbo, el sujeto activo, el objeto material de la acción y los elementos normativos.

a.1 Verbo

El verbo contenido en el artículo 315 del Código Penal es “ejerciere”. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española el infinitivo *ejercer* significa practicar los actos propios de un oficio, facultad, etc.² Implica una conducta activa.

Es importante destacar que a nivel jurisprudencial existen dos posiciones en cuanto al verbo regulado en dicho tipo penal. La primera posición establece que se podría ejercer ilegalmente la profesión con un solo acto. La segunda posición exige la habitualidad.

La primera posición ha sido asumida en las sentencias 301-1989 de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, sentencia utilizada por el Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José en el voto 93-F-96, en el que se establece:

*“No es el ilícito de Ejercicio Ilegítimo de la Profesión necesariamente plurisubsistente como lo entiende el interesado, pues para su integración podría bastar un solo acto, como en forma certera lo hace ver el a-quo, apoyado en la jurisprudencia de la Sala Tercera (Voto N.º 301 de 9:25 hrs. del 26 de diciembre de 1989). No exige el tipo penal la habitualidad...La opinión jurisprudencial tradicional se apoyaba, por analogía, en la derogada norma 269 del Código Penal (que pasó, variando su contenido, al 370 de la Ley General de Salud), que exigía la habitualidad como condición objetiva del tipo en el Ejercicio Ilegal de la Medicina...Desde luego que tales circunstancias normativas no son las mismas de las previstas en el artículo 313 ibídem³, que únicamente prescribe el ejercicio ilegal de una profesión que necesita de una habilitación especial y sin la autorización respectiva”.*⁴

La posición que ha establecido la necesidad de que la conducta se lleve a cabo con habitualidad ha sido sostenida en los votos 2006-258 y 2006-1149 del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José.

El voto 2006-258 se refiere a un caso en que se acusó ejercicio ilegal del notariado. En esta sentencia se estableció que no se configuró el delito de Ejercicio Ilegal

de la Profesión por cuanto fue un acto aislado y no una acción habitual, reiterada o con cierta permanencia.⁵ En la sentencia 2006-1149 referente a un caso de ejercicio ilegal de la psicología se dijo que para que exista el delito de ejercicio ilegal de una profesión se requiere de la habitualidad, es decir de continuidad y esta se presenta por medio de la reiteración de actos en un plano objetivo.⁶

Resulta interesante el hecho de que en estos dos últimos votos el Tribunal de Casación Penal se basó en lo indicado en el voto 395-F-91 de la Sala Tercera referente a un caso de ejercicio ilegal de la medicina⁷.

De esta manera, se deja evidenciado que no existe un criterio uniforme a nivel jurisprudencial en cuanto a la necesidad de la habitualidad en la acción para que se configure el delito, generándose inseguridad jurídica, por cuanto la confirmación de una sentencia condenatoria o absolutoria por ejercicio ilegal de una profesión, llámese abogacía u otra, va a depender del órgano de casación que conozca el caso.

Cabe destacar que el delito en estudio es sancionado de forma muy similar por el párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de España (se denomina *intrusismo*) y por el párrafo primero del artículo 247 del Código Penal de Argentina (se denomina usurpación de grados, títulos y honores). Se sanciona el ejercer actos propios de una profesión no la mera atribución de decirse profesional. La Jurisprudencia costarricense ha indicado que para la realización del delito no basta hacerse llamar profesional en un campo, sino que deben realizarse los actos materiales que solamente pueden ser ejecutados por quien tiene autorización para ello.⁸

El contestar la interrogante de ¿qué significa ejercer la abogacía? no es una tarea fácil debido a que no se puede elaborar una lista taxativa con supuestos que indiquen cuándo se ejerce la abogacía. La doctrina y jurisprudencia brindan una pequeña aproximación.

Para autores como DONNA, ejercer la abogacía implica efectuar pedidos ante el tribunal, asistir a audiencias, presentar recursos, entre otros⁹.

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha considerado que al abogado o abogada le corresponden labores como el estudio de las leyes para la defensa en juicio, por escrito o de palabra, así como el dar dictámenes sobre las cuestiones

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, tomo II, 1992, p.794.

³ Actualmente, regulado en el numeral 315 del Código Penal.

⁴ *Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José*, Sentencia 93-F-96 de las nueve horas veinticuatro minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y seis.

⁵ *Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José*, Sentencia 2006-258 de las ocho horas treinta y cinco minutos del veintitrés de marzo de dos mil seis.

⁶ *Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José*, Sentencia 2006-1149 de las nueve horas con treinta minutos del veintisiete de octubre de dos mil seis.

⁷ Para el momento de emitirse la resolución de 1991 se tenía que tomar como base el tipo penal de ejercicio ilegal de la medicina contemplado en el artículo 370 de la Ley General de Salud (vigente) y no el contemplado en el Código Penal numerado para ese momento como 269 (actual 271) y derogado desde 1973 por la Ley General de Salud, por cuanto este último, a diferencia de la redacción actual, establecía expresamente en el tipo penal que la conducta debía ejercerse con habitualidad.

⁸ *Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José*, Sentencia 2007-859, de las quince horas cuarenta minutos del ocho de agosto del dos mil siete.

⁹ DONNA (Edgardo Alberto). *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial. Rubinzal-Culzoni, 2002, p.157.

o puntos legales que se le consultan¹⁰. Esta misma Sala ha indicado¹¹, tomando como base el artículo 4 de la Ley de Consultorios Jurídicos N.º 4775 de 21 del junio de 1971 y sus reformas, que los estudiantes de derecho de las universidades públicas o privadas que estén realizando los Consultorios Jurídicos con la autorización del Director respectivo pueden comparecer a las diligencias de prueba y debates de los juicios realizando una función consultiva y de asesoría jurídica en cualquier clase de procesos; no obstante se hace la excepción en causas penales por delito, infracciones de tránsito o contravenciones¹², en los que cuales no pueden brindar dicha asesoría por ser una función exclusiva de quienes ejercen la abogacía como profesión.

a.2 Sujeto Activo

El sujeto activo en el tipo penal objeto de estudio es indeterminado, el delito lo puede cometer cualquier persona que cumpla con las condiciones del tipo penal, es decir, quien sin ser profesional y ejerce como si lo fuese. Es un *delicta communia*.

No obstante lo anterior, cabe aclarar que hay quienes consideran que pueden ser autores del delito los profesionales que se encuentren suspendidos por el Colegio profesional (por causas disciplinarias, por morosidad o por un acto voluntario) y ejercen la profesión durante el plazo de la suspensión. El Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José en el año 2007 analizó un caso en el que el imputado era abogado; sin embargo, fue suspendido por un año en el ejercicio de sus funciones mediante un proceso disciplinario y durante el plazo de la suspensión ejerció como abogado; considerando que sí ejerció ilegalmente la profesión y por tanto no se trató del supuesto de una tentativa inidónea.¹³

a.3 Objeto material

El objeto material lo constituye la profesión para la que se requiere habilitación especial.¹⁴

a.4 Elementos normativos

El artículo 315 del Código Penal de Costa Rica es una norma penal en blanco. Dicha norma contiene dos términos

que constituyen elementos normativos jurídicos. Estos son: “habilitación especial” y “autorización correspondiente”.

Es necesario recurrir a normativa extrapenal que determine cuándo se da la habilitación especial y la autorización correspondiente. En el caso de la abogacía es necesario recurrir a la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, a su Reglamento Interior, a acuerdos de Junta Directiva, entre otros.

Para ejercer una profesión, es necesario que la persona cumpla una serie de condiciones o requisitos que exige el ordenamiento jurídico. La Sala Constitucional, en la sentencia 2001-10527, estableció que para ser profesional se requiere el cumplimiento de un primer nivel cual es el graduarse de la universidad. En el caso de que sea una universidad privada, es necesario pasar por un segundo nivel de control (el graduado de una universidad estatal no debe pasar por este nivel), consistente en la obligación de cumplir con los requisitos establecidos por el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada (CONESUP), para que este refrende el título respectivo. El siguiente nivel debe ser pasado por las personas graduadas tanto de universidad pública como privada y consiste en la incorporación al Colegio Profesional respectivo.¹⁵ En el caso de un extranjero que ejerce determinada profesión en su país y que desea ejercer esa misma profesión en Costa Rica, deberá cumplir con una serie de requisitos para obtener el reconocimiento y equiparación de grados y títulos, labor que llevan a cabo tanto la Oficina como la Comisión de Reconocimiento y Equiparación del Consejo Nacional de Rectores.

La incorporación al Colegio profesional constituye el paso final para lograr ser abogado en nuestro país. De conformidad con los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados N.º 13 de 28 de octubre de 1941, solamente tienen el carácter de abogados los que estén inscritos en el Colegio. En ese sentido la Sala Constitucional se ha manifestado estableciendo la colegiatura obligatoria para quienes quieran ejercer la abogacía en Costa Rica.¹⁶

Como nota curiosa desde un punto de vista histórico, cabe resaltar que en la actualidad quienes se desempeñan como defensores públicos, fiscales o jueces necesariamente deben ser abogados¹⁷; sin embargo, hace varios años, por motivos de inopia, la Ley Orgánica del Poder Judicial autorizaba ejercer estos puestos a egresados de la carrera de derecho.

Un tema que no puede dejarse de lado es el referente a la abogacía en relación con el notariado. Basta decir que para ejercer el notariado, es indispensable estar legalmente habilitado en el campo de la abogacía, lo cual no ocurre al contrario.

10 *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2305-93 de las quince horas veinticuatro minutos del primero de junio de mil novecientos noventa y tres.*

11 *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias 2001-5420 de las quince horas con dieciséis minutos del veinte de junio de dos mil uno y 2005-9803 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del veintisiete de julio de dos mil cinco.*

12 *Al respecto, véase sentencia 2007-1351 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José de las trece horas cincuenta y dos minutos del veinticuatro de octubre de dos mil siete en la que se confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio por cuanto el acusado participó activamente en un juicio contravencional, haciéndose pasar por abogado de una de las partes en el conflicto, utilizando el carné del Colegio de Abogados de su padre, que sí es abogado.*

13 *Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2007-1356 de las catorce horas trece minutos del veinticuatro de octubre de dos mil siete.*

14 *En Costa Rica cada Colegio Profesional tiene una Ley Orgánica en la que se establecen los requisitos para poder incorporarse al Colegio Profesional respectivo.*

15 *Al respecto, véase la Sentencia 789-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas veintisiete minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, la cual establece la colegiatura obligatoria a fin de ejercer la profesión respectiva.*

16 *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 493-93 de las nueve horas con cuarenta y ocho minutos del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres.*

17 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2000-246 de las nueve horas con cincuenta minutos del tres de marzo del dos mil.*

B) El tipo subjetivo

El artículo 315 del Código Penal costarricense exige que la conducta sea dolosa. Podría estarse en presencia de dolo directo o dolo eventual.

II. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Con respecto al bien jurídico protegido en el delito objeto del presente artículo existen diferentes criterios.

La doctrina española ha desarrollado ampliamente el tema del bien jurídico tutelado en el tipo penal regulado en ese país (análogo al costarricense). Para autores como Serrano Gómez, se protegen bienes jurídicos como el derecho de la Administración de expedir títulos que garantizan la competencia profesional, los intereses de los ciudadanos de ser atendidos por profesionales capacitados y los intereses de los colegios profesionales siendo un delito pluriofensivo.¹⁸ Para Bustos Ramírez, lo que se protege es la competencia limpia.¹⁹ Otros autores como Rodríguez Mourullo han planteado la posibilidad de que desde el punto de vista sancionatorio más que una respuesta penal, se recurra a la sanción administrativa.²⁰

En Costa Rica debe resaltarse la posición asumida en el año 2002 por el Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, con respecto a la tesis de la antijuricidad material, disponiendo:

“(...)el ejercicio ilegal de una profesión tutela otros bienes jurídicos adicionales a la autoridad, que varían según la carrera de que se trate. Así, p.ej., el ejercicio ilegal del derecho pone en juego la libertad, el patrimonio, la personalidad, la familia, la economía, etc.; el ejercicio ilegal de la ingeniería civil pone en juego la vida y salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc.; y el ejercicio ilegal de la agronomía arriesga la salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc.” (...) *“(...) el Tribunal de Casación Penal no deja de reconocer como ilícito, el ejercicio de cualquier profesión que requiera licencia del colegio profesional respectivo; pero en tanto no lesione o haga peligrar otros bienes jurídicos superiores a la mera autoridad de la corporación profesional (salud, patrimonio, libertad, economía, etc.), el hecho no llega a constituir delito; es decir, el ejercer sin autorización es ilegal, si además genera daños a las personas se convierte en delito(...)”*²¹

18 SERRANO GÓMEZ, (Alfonso). *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Dykinson. Madrid, España, 1998, p.703.

19 BUSTOS RAMÍREZ (Juan). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 2da. Edición, 1991, p.352.

20 RODRÍGUEZ MOURULLO (Gonzalo). *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. SIGLO. Algunas Consideraciones sobre el Delito de Intrusismo*, Madrid, Editorial TECNOS, 2002, p. 1484.

21 *Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2002-1021, de las once horas del diecinueve de diciembre de dos mil dos.*

III. EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACÍA. PERSPECTIVA CONCURSAL

En nuestro país, existen básicamente cuatro resoluciones judiciales que analizan la relación concursal del delito de ejercicio ilegal de una profesión (específicamente de la abogacía) con la estafa. En cada caso, los órganos de casación resolvieron de una forma muy diferente. Dos de esas sentencias fueron redactadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (primera y tercera) y las otras dos por el Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial (segunda y cuarta).

A continuación se expone brevemente lo dispuesto en dichas sentencias en lo que respecta al tema de los concursos.

1. Concurso material entre el delito de ejercicio ilegal de una profesión y estafa.

En este caso, la Sala III consideró que se estaba en presencia de un concurso material entre ambos delitos. Al respecto, indicó:

*“(...)El a quo consideró correctamente que si el imputado(...) se presentó haciéndose pasar como abogado, tal circunstancia fue precisamente la que indujo a error a la víctima quien al confiar en que se trataba de un profesional le giró una suma de dinero para la realización de un trámite. Se estima que fingir una calidad o profesión que no se tiene en la forma que se hizo en el presente caso, sí es capaz de inducir a error, puesto que a partir de la relación que se estableció entre la víctima y el encartado se generó un estado de confianza que fue de lo que aquel se aprovechó para solicitar por adelantado una suma de dinero por servicios que obviamente no podía realizar por sí mismo, como en efecto no lo hizo, con lo cual dolosamente determinó una disposición patrimonial ilícita(...)”*²².

La Sala Tercera consideró en este caso que se estaba en presencia de dos delitos independientes (inexistencia de unidad de acción), dándose un concurso material entre los delitos de estafa y ejercicio ilegal de la profesión.

2. Ejercicio ilegal de una profesión. Inexistencia de estafa

En esta oportunidad, el Tribunal de Casación Penal consideró que no se estaba en presencia de un delito de estafa en concurso ideal con el de ejercicio ilegal de la profesión de abogacía, sino que más bien se estaba en presencia únicamente del delito de ejercicio ilegal de una profesión. Como fundamento de esta decisión, estableció:

22 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 488-97 de las diez horas con diez minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete.*

“(…)Precisamente el oficio que ejercía, aunque en forma ilegal, era el de abogado. Su intención al contratar con el ofendido no fue el de causarle un perjuicio patrimonial, sino el de obtener remuneración por el trabajo que realizaría, el que tenía como medio de ganarse la vida. El dinero que recibió lo fue como adelanto de pago al trabajo que ejecutaría, trabajo que en parte hizo, según se consignó en la sentencia”.²³

3. Concurso aparente entre el delito de ejercicio ilegal de una profesión y estafa.

En el caso que se muestra, la Sala III consideró que el ejercicio de la función de abogado sin estar debidamente autorizado, fue parte del ardid para la comisión del delito de estafa. Al respecto, afirmó:

“(…)Esa conducta, en consecuencia, no se encuentra en concurso ideal con la estafa, sino que se está ante un concurso aparente de normas: hay una relación de medio a fin entre el ejercicio ilegal de la profesión de abogado y cada una de las estafas, siendo que el hecho medio es menos importante (en razón de la pena, de tres meses a dos años de prisión según el artículo 315 del Código Penal) que los hechos finales (prisión de seis meses a diez años según el artículo 216 *ibídem*); por esta razón el delito de ejercicio ilegal de la profesión (*lex consumptae*) es consumido por cada una de las estafas (*lex consumens*) (...)”²⁴.

4. Estafa. Inexistencia del delito de ejercicio ilegal de una profesión

En la presente causa el Tribunal Penal había condenado considerando que se había dado un concurso material entre el delito de ejercicio ilegal de una profesión y estafa; no obstante, el Tribunal de Casación estableció:

“(…)se recalifican los hechos y se tiene al sentenciado únicamente como autor del delito de estafa y se mantiene la pena de un año impuesta(...)”²⁵.

Debe indicarse que en casos de abogacía, aún no se ha sumido la tesis de la existencia de un concurso ideal entre estafa y ejercicio ilegal de esta profesión, lo cual sí ha ocurrido en casos de profesiones como la psicología²⁶ y la ingeniería²⁷.

23 *Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Sentencia 55-F-98 de las catorce horas veinte minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y ocho.*

24 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2003-820 de las once horas veinticinco minutos del dieciocho de setiembre de dos mil tres.*

25 *Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Sentencia 2004-1094, de las catorce horas con diez minutos del veintiuno de octubre de dos mil cuatro.*

26 *Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Sentencia 2006-1149 de las nueve horas con treinta minutos del veintisiete de octubre de dos mil seis.*

27 *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2008-962 de las ocho horas cincuenta minutos del diez de setiembre de dos mil ocho.*

Los anteriores casos nos permiten concluir que en cuanto al tema de los concursos en relación con el ejercicio ilegal de una profesión y de forma específica de la abogacía, se evidencia la inexistencia de un criterio uniforme por parte de los (las) administradores(as) de justicia. Si bien es cierto todos los casos son diferentes, por seguridad jurídica debe existir una línea más definida en la jurisprudencia.

IV. CONCLUSIONES

El ejercicio ilegal de una profesión en general, así como de la abogacía en específico, es un tema muy poco investigado en Costa Rica. Esta situación se ve reflejada en las resoluciones judiciales de los órganos de casación en materia penal al tratar aspectos como la necesidad o no de que la conducta deba llevarse a cabo de forma habitual, así como el tema de los concursos en los que se evidencia una falta de uniformidad de criterio.

El tipo penal que se ha analizado necesariamente remite a otra normativa extrapenal para determinar cuándo se da la habilitación especial y la autorización correspondiente.

Con respecto al bien jurídico tutelado en el delito objeto del presente artículo, se ha evidenciado que en la doctrina existen diversas posiciones.

La jurisprudencia costarricense ha sido vacilante en cuanto a la relación existente entre la estafa y el ejercicio ilegal de la abogacía, por cuanto ha llegado a considerar en algunos casos la existencia de concursos material y aparente; en otros ha concluido que ha existido solamente estafa (sin relación concursal con ejercicio ilegal habiéndose acusado), mientras que en otros ha establecido que solamente se ha configurado el delito de ejercicio ilegal (sin relación concursal con la estafa).

La relación existente entre el delito de ejercicio ilegal de la profesión y la estafa resulta interesante. Nótese que se regula en el artículo 216 inciso 1) el delito de estafa menor cuyo extremo mayor de la pena es de tres años de prisión, mientras que en el ejercicio ilegal de una profesión es de dos años de prisión; a su vez, el extremo menor en el delito de estafa menor es de dos meses, mientras que en el ejercicio ilegal de una profesión es de tres meses. Si en determinado caso, de acuerdo con los hechos acusados o querellados se considerara que existe únicamente un ejercicio ilegal de una profesión con una cuantía que excediere diez veces el salario base, podría conllevar a que se sancionase con una pena máxima de dos años de prisión, mientras que si se considerase que es una estafa mayor, podría llegarse a sancionar con una pena máxima de diez años de prisión.

Todos estos aspectos deben ser tomados en cuenta por los (las) defensores(as), fiscales y querellantes, a efectos de elaborar su estrategia de la forma en que más favorezca a los intereses de las partes que representan. Por su parte, los jueces y las juezas deben tener un mayor conocimiento en este tema con el objetivo de asegurar a la población seguridad jurídica por medio de las resoluciones que dictan.

V. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BUSTOS RAMÍREZ (Juan). Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 2da. Edición. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1991.
- DONNA (Edgardo Alberto). Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial. Rubinzal-Culzoni, 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, tomo II, 1992.
- RODRÍGUEZ MOURULLO (Gonzalo). La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. SIGLO. Algunas consideraciones sobre el delito de intrusismo, Madrid, Editorial TECNOS, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, (Alfonso). Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Dykinson. Madrid, España, 1998.

Legislación

- Código Penal. Ley N° 4573 de 4 de marzo de 1970. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A., 2008.
- Expediente del Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal de la Asamblea Legislativa, N° 11871, 12 de abril de 1994, T.VI, folios 1891-1892, 2023; T.XIX, folios 5717-5722; T.XXI, folios 6137-6198, 6339-6340, 6368-6379; T.XXII, folio 6525; T.XXIV, folios 7113-7115; T.XXV, folios 7256 -7259, 7458.

Resoluciones Judiciales

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
- Sentencia 493-93 de las nueve horas con cuarenta y ocho minutos del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres.
- Sentencia 2305-93 de las quince horas veinticuatro minutos del primero de junio de mil novecientos noventa y tres.
- Sentencia 789-94 de las quince horas veintisiete minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sentencia 2001-5420 de las quince horas con dieciséis minutos del veinte de junio de dos mil uno.

- Sentencia 2001-10527 de las catorce horas con cuarenta minutos del diecisiete de octubre del dos mil uno
- Sentencia 2005-9803 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del veintisiete de julio de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

- Sentencia 301-1989, de las nueve horas y veinticinco minutos del veintiséis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.
- Sentencia 395-F-91 de las quince horas del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno.
- Sentencia 488-97 de las diez horas con diez minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete.
- Sentencia 2000-246 de las nueve horas con cincuenta minutos del tres de marzo del dos mil.
- Sentencia 2003-820 de las once horas veinticinco minutos del dieciocho de setiembre de dos mil tres.
- Sentencia 2008-962 de las ocho horas cincuenta minutos del diez de setiembre de dos mil ocho.
- Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:
- Sentencia 93-F-96 de las nueve horas veinticuatro minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y seis.
- Sentencia 055-F-98 de las catorce horas veinte minutos del dos de febrero de mil novecientos noventa y ocho.
- Sentencia 2002-1021 de las once horas del diecinueve de diciembre de dos mil dos.
- Sentencia 2004-1094 de las catorce horas con diez minutos del veintiuno de octubre de dos mil cuatro.
- Sentencia 2006-258 de las ocho horas treinta y cinco minutos del veintitrés de marzo de dos mil seis.
- Sentencia 2006-1149 de las nueve horas con treinta minutos del veintisiete de octubre de dos mil seis.
- Sentencia 2007-859 de las quince horas cuarenta minutos del ocho de agosto del dos mil siete.
- Sentencia 2007-1351 de las trece horas cincuenta y dos minutos del veinticuatro de octubre de dos mil siete.
- Sentencia 2007-1356 de las catorce horas trece minutos del veinticuatro de octubre de dos mil siete.

INSTITUTOS LEGALES APLICABLES A LA TENENCIA DE BIENES: INCONVENIENTES DEL USO DE SOCIEDADES

Lic. Rolando Brenes Vindas

Abogado y notario público. rbrenesv@abogados.or.cr

Resumen:

Crítica al uso de sociedades mercantiles o civiles como medios para la posesión de bienes, ya fuere como forma de distraer bienes, o de traspasarlos a eventuales herederos legales, donde los accionistas son los verdaderos propietarios directos. Se comparará el régimen legal aplicable a personas físicas y a personas jurídicas, respecto de ciertos bienes. Corporation, personal property, real property.

Abstract:

Use of corporations to own shareholders' real and personal property do not prevent legal actions against them, despite lost of protection provided by law for home property, estate and personal business.

Palabras clave:

sociedad mercantil, sociedad civil, propiedad.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades civiles o mercantiles, de libre constitución, son aptas para la explotación de actividades industriales o comerciales que involucran cierto riesgo, y por tanto la decisión conjunta de los socios justifica la separación de sus bienes de aquellos destinados a la actividad ejercida, a más de que la sociedad realmente pasa a formar un ente separado, y no una extensión del actuar de sus constituyentes.

Por razones que no serán explicadas de forma satisfactoria por las partes interesadas, en la sociedad costarricense se ha procedido a la creación de personas jurídicas que no responden a los fines buscados, y que no serán ciertamente los declarados en el pacto social. A esto ha contribuido la creencia, tanto de los particulares como de los profesionales en notariado, de que las sociedades son una panacea, concepto mismo que les impide siquiera proceder a sopesar sus inconvenientes; en segundo lugar, en la realidad existirá una confusión de bienes sociales con los propios de los socios, y la Administración Pública contribuye poco en impedirlo, al no delimitar los dos ámbitos básicos de actuación, cuya comprensión sería consecuencia inmediata de la normativa vigente.

Esta hipótesis se comprobaría si se contara con datos estadísticos que permitan comparar el número de sociedades inscritas como inactivas en la Dirección General de la Tribu-

tación Directa, con las que estando en esa situación tributaria mantienen bienes inscritos en el Registro Inmobiliario, el Registro de Bienes Muebles, incluso los restantes registros públicos existentes, como también inversiones en dinero en el sistema financiero. No contándose con esa valiosa herramienta, se podrá comparar el régimen jurídico especial que ostentan las personas físicas al relacionarse con sus bienes, con el aplicable a las personas jurídicas, y así podría determinarse que la situación del particular desmejora ostensiblemente, pese a que buscaba lo contrario.

II. RÉGIMEN LEGAL DIFERENCIADO PARA LA CASA DE HABITACIÓN [DE PERSONAS FÍSICAS]

La casa de habitación es el bien primero que resulta involucrado e impulsa la inadecuada decisión de optar por una sociedad anónima, o de otro tipo. Sin embargo, no es recomendable que la casa de habitación, manteniendo ese mismo fin, pase a ser del dominio de una sociedad. Las principales consecuencias adversas son de carácter tributario, quedando excluidos al tiempo los beneficios acordados por diversas leyes para la protección del bien inmueble en el cual se habita.

Perteneciendo el inmueble con estas características a una persona física, y de ser su único bien inmueble, podrá pedir la exención en el pago del impuesto de bienes inmuebles, ya sea total o parcial; de esta forma, si el valor de la propiedad supera los ₡12.141.000,00¹, el impuesto será pagado únicamente arriba del sobreprecio, si cada mitad, *v.gr.*, del bien pertenece a un cónyuge o copropietario, el monto exento del bien será por el doble, puesto que cada derecho permite exoneración independiente². Así también las exenciones acordadas al momento de adquirir y construir (si el valor del bien no sobrepasa los ₡27.160.000,00³), aunque en este úl-

1 Artículo 4.e de la Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles, artículo 2 de la Ley que crea concepto salario base para Delitos Especiales del Código Penal.

2 La ley no prohíbe la copropiedad, puesto que más bien la regula. En consecuencia no es legal cualquier intento de las municipalidades de desconocer esta realidad, impidiendo la declaración separada de los diferentes derechos sobre la propiedad completa (o del usufructo, sobre el cual recae el pago de las cargas ordinarias, artículo 355 del Código civil).

3 Artículo 150 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del BANHVI. Artículo 123 del Reglamento de Operaciones del Sistema Financiero Nacional para Vivienda. Acuerdo que fija tope de vivienda de interés social del Banco Hipotecario de la Vivienda.

timo caso se requiere declaratoria de interés social emitida por una entidad autorizada del BANHVI. Estas exenciones no pueden ser solicitadas por una sociedad.

Si el inmueble destinado a casa de habitación está a nombre de una persona física, podrá afectarse la propiedad con el régimen de protección de la habitación familiar⁴, a favor del otro cónyuge –o conviviente– y aunque existan capitulaciones matrimoniales (rige hasta la defunción del beneficiario, la separación judicial, la liquidación anticipada de bienes, o el divorcio), a favor de los hijos hasta que cumplan 18 años, o de los padres hasta su fallecimiento. La normativa que dispone los casos de cesación⁵ no contempla como causal la muerte del dueño del inmueble, respecto de beneficiarios aun con derecho (hijos menores, la viuda o los padres), pero es condición resolutoria. Si cada cónyuge es dueño de la mitad del inmueble, cada medio puede afectarse a favor del otro. Procede la constitución de este régimen aunque se tengan otras propiedades. Es posible proteger un inmueble urbano hasta los mil metros cuadrados, o uno rural de hasta diez mil metros cuadrados. La afectación por habitación familiar implica que la propiedad es inembargable respecto de deudas contraídas por el dueño después de la inscripción de la habitación familiar, a menos que el beneficiario de la afectación sea también deudor. Adicionalmente, la propiedad no puede ser vendida o gravada por el dueño sin el consentimiento del beneficiario. Las sociedades no pueden hacer uso de este régimen.

Si fuere el caso de una persona sola, tenga familia o no, puede desmembrar la propiedad e inscribir por separado y a su mismo nombre el «uso y la habitación»⁶ sobre algún inmueble, derecho que es inembargable de forma indefinida⁷, no puede ser traspasado, alquilado, o gravado, y se pierde por no ejercer el derecho durante un plazo de diez años⁸. Una sociedad no puede tener un derecho de habitación.

La inscripción de propiedades muebles e inmuebles (ambos inscribibles) de cierto valor, a nombre de sociedades, y que están destinadas al uso y vivienda de los mismos socios-representantes, busca evitar el pago del impuesto de traspaso⁹ en los casos de mayoría, donde se requiere financiamiento para la compra. El adquirente paga por la cesión de las acciones de la entidad propietaria del bien, y no recibe el bien directamente; entonces, la confianza es la divisa, puesto que

se procede a efectuar toda una serie de declaraciones sobre la inexistencia de deudas, compromisos, obligaciones legales, que siempre quedarán en el papel de resultar contrarios a la verdad, puesto que raramente quedan establecidas cláusulas penales y garantías efectivas de cumplimiento. El traspaso de las acciones resulta asentado en documentos de carácter privado, quedando la propiedad expuesta a los acreedores del cedente, porque no existe documento de fecha cierta que proteja a los nuevos accionistas o cuotistas. El “nuevo propietario del inmueble” pierde la garantía de firmeza del suelo y estructural que durante cinco años manda el Código Civil¹⁰ para las obras nuevas, ni podrá reclamarse la existencia de vicios ocultos en caso de obras viejas, puesto que para efectos legales el propietario continúa siendo el mismo, la sociedad.

III. PROTECCIÓN LEGAL ESPECÍFICA DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA DE PERSONAS FÍSICAS

Si los bienes inscritos a nombre de una sociedad tienen algún tipo de producción agrícola, generan rentas, o proveen otros ingresos, deben tributar como personas jurídicas o como pequeñas empresas (también constituidas como sociedades), con lo cual todos los ingresos gravables deben pagar impuesto sobre la renta a una tasa fija que para el primer caso es del 30%, y para el segundo del 10% o del 20%, sin exención de ningún tipo. Una vez que se distribuyan los dividendos, el dueño o dueños de las acciones de la sociedad deberán tributar nuevamente a tasas que van del 10% al 25% conforme aumenten los ingresos (siempre que las entradas totales excedan la exención que se aplica para el primer escalafón, que es otorgado únicamente para las personas físicas)¹¹. El pago de servicios contables será doble, uno de ellos en razón de la sociedad y el segundo para la persona física.

Lo expuesto en el párrafo anterior «es obviado» en algunos casos «logrando que la sociedad se quede sin ingresos», puesto que todas las probables ganancias son absorbidas por pagos en sueldos para los personeros de la sociedad. Sin embargo, en tales casos debe cumplirse con las disposiciones legales estatuidas respecto del Instituto Nacional de Seguros (INS) y de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). El Código de Trabajo obliga a mantener con la primera entidad el seguro de riesgos del trabajo¹²; pero si la actividad ejercida lo es personal o familiar –fuera de los términos de una sociedad– no debe pagarse este seguro¹³. La CCSS es acreedora del seguro obligatorio¹⁴ a cargo del patrono, mientras que los miembros de la familia que laboren sin percibir un salario no están comprendidos dentro de la obligatoriedad¹⁵, lo cual únicamente es posible fuera de un esquema societario. Al colocarse el socio en una posición de trabajador asalariado, implicará el nacimiento de una amplia gama de obligaciones con

4 Artículos 42 a 47 del Código de Familia.

5 Artículo 47 del Código de Familia.

6 Artículos 366 a 369, 410.5, 459.2, y 984.7, del Código Civil.

7 Debe advertirse que la nuda propiedad es plenamente embargable, pertenezca al usuario y habitante del inmueble o a otra persona. El término «nuda propiedad» es usual en presencia de usufructo, no siendo un término utilizado normalmente para referirse a la propiedad sin el uso y la habitación, aunque tienen igual régimen y por tanto la denominación es, en realidad, común.

8 Artículos 358.2, 366 y 868 del Código Civil. Comparativamente, la habitación familiar caduca desde el momento mismo en que deja de ser ejercida por los beneficiarios, artículo 47 del Código de familia: «La afectación cesará: »[...] »d) Cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario».

9 Del 2,5% para vehículos, aeronaves y embarcaciones (artículo 13 de la Ley de Reajuste Tributario y Resolución 18^o Consejo Arancelario y Aduanero CA), y del 1,5% para inmuebles (artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre Traspasos de Bienes Inmuebles).

10 Artículo 1185, del Código civil.

11 Artículo 15 de la Ley del impuesto sobre la renta.

12 Artículo 193 del Código de Trabajo.

13 Artículo 194 ídem.

14 Artículo 3 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

15 Artículo 4.a ídem.

dichas instituciones, cuyos incumplimientos son sancionados con normas penales (retención indebida¹⁶), contravencionales (multas muy altas), administrativas (cierre de negocios¹⁷, principalmente) y civiles (cobro judicial y embargo). Si la sociedad se encuentra morosa con la CCSS, el Registro de personas jurídicas no inscribirá ningún documento referente a la entidad¹⁸ (protocolizaciones de acuerdos ante cambios en los estatutos o nombramientos).

Otra forma utilizada para no pagar los tributos dispuestos para las empresas constituidas como una persona jurídica –solución ilegal subsecuente a la decisión ilógica de optar por una sociedad para los casos en comentario–, está en inscribirla como inactiva ante la Dirección General de Tributación Directa, y el producto de sus bienes es sometido a las reglas de contabilidad y tributación correspondientes a los accionistas (ya fueren personas físicas o jurídicas), mas ello constituye una infracción¹⁹ o delito²⁰ tributario según el monto de lo defraudado. Casos en los cuales ni siquiera existe un contrato de arrendamiento o aparcería que justifique el traslado de fondos, porque para el primer caso obligaría a un pago periódico fijo y para el segundo a un reintegro del cincuenta por ciento de las ganancias, que implicará ingresos sociales que precisamente no se desean someter a la imposición tributaria. Es decir, la sociedad inscrita como inactiva tiene a su vez inmuebles con producción, por ejemplo, agrícola, y los dueños de las acciones de esa sociedad toman los ingresos provenientes de aquellos inmuebles como propios, lo cual –según se dijo– constituye un ilícito tributario.

El Gobierno ha intentado²¹ la creación de un impuesto a las sociedades, con un monto anual que va desde los \$100,00 hasta los \$225,00 dólares estadounidenses, según sea el capital social, alegando costos en el mantenimiento de los asientos de inscripción. Debe tenerse presente la posibilidad de que algún proyecto con este contenido se transforme en ley.

El menaje de casa, libros, máquinas, herramientas y similares, necesarios para ejercer el trabajo y el diario vivir del núcleo familiar –que normalmente se sitúan en la casa de habitación, o en el negocio poseído en forma personal–, son inembargables²², siempre que pertenezcan a personas físicas. Es embargable todo aquello que supere lo considerado como necesario, quedando su determinación a criterio del perito ejecutor. Si los bienes dichos pertenecen a una sociedad son objeto de embargo, inclusive los sitios en la casa de habita-

ción, a menos que se cuente con un título para que la familia haga uso de un bien societario, como lo será un contrato de arrendamiento o de comodato, lo cual nunca ocurre si los dueños de las acciones de la sociedad son quienes habitan el inmueble.

IV. SUCESIÓN DE CUOTAS O ACCIONES

Traspasar bienes a una sociedad no evita un proceso sucesorio. El previo titular de los bienes será el dueño de las acciones²³, de modo que al fallecer debe abrirse mortual para adjudicar esos títulos accionarios, que serán valorados según el importe que arrojen los bienes que posea la entidad social, pagándose los mismos impuestos, honorarios de peritos y de abogado.

Una consecuencia negativa de gran relevancia está en que los herederos de dichas acciones quedan dentro de una indivisión forzosa, puesto que si no existe acuerdo unánime algunos herederos nunca lograrán, *v.gr.*, porción alguna de tierra; normalmente, habrá uno o varios herederos que obtendrán más provecho mediante la administración, y que se opondrán a la disolución de la sociedad (o a la distribución de los bienes de la sociedad). Contrariamente, si los herederos reciben una propiedad sin intermedio de una sociedad, de no existir acuerdo para la división, cualquiera de ellos puede pedirle a un juez que la divida²⁴, y si por su reducido tamaño es indivisible, que la venda en remate, distribuyéndose el producto entre los herederos; lo recién dicho no es aplicable para los bienes que estén a nombre de una sociedad y desde el punto de vista de los accionistas. Para los accionistas minoritarios (que podrá ser uno de los herederos), es, en la práctica, imposible ejercer un control sobre las ganancias de la sociedad, puesto que se requiere que confluyan una serie de condiciones²⁵ para poder solicitar revisión de las cuentas en asamblea o fuera de ella²⁶, y la ley otorga un año de plazo para la impugnación de acuerdos no acordes con la ley que rige de forma directa las sociedades comerciales²⁷, y para el reclamo de responsabilidad de los administradores²⁸; y estatuye un plazo aún menor, de un mes, para reclamar en contra de acuerdos contrarios a otras leyes o los estatutos²⁹.

Al recibir los herederos un conjunto de acciones o cuotas sociales sobre una sociedad que es la titular de tierras

16 Las leyes costarricenses, respecto de este punto, recurren a una ficción legal para lograr la persecución del delito: aunque se logre demostrar que nunca se retuvo dinero del trabajador, esto será prueba para que contravencionalmente se imponga una altísima multa por no haber, entonces, efectuada la retención; es decir, por implicaciones económicas posteriores, el acusado no podrá defenderse.

17 El artículo 150, inciso 6, de la Ley General de la Administración Pública establece que solo podrá aplicarse un medio coercitivo a la vez; sin embargo, esto no es observado por la CCSS.

18 Artículo 74, párrafo 3, inciso 2, de la Ley Constitutiva de la CCSS. Circular N.º D.R.P.J.-020-2008 del Registro de Personas Jurídicas.

19 Artículo 81 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

20 Artículo 92 *idem*.

21 Artículo 1 del proyecto de ley N.º 14.826, Ley de emergencia fiscal.

22 Artículo 984 del Código Civil.

23 Las acciones no serán traspasadas a eventuales herederos por razones muy prácticas: los nuevos accionistas podrán tomar acuerdos que impliquen el desalojo del anterior titular; aunque este se mantenga como representante extrajudicial podrá ser removido en el momento que los accionistas así lo dispongan. Aun cuando el propietario de los bienes traspasados a una sociedad, de conformidad con el artículo 95, párrafo 2º, y el 139 bis, párrafo 2, del Código de Comercio, se reserve el usufructo de las acciones –y traspase la nuda propiedad a los eventuales y futuros herederos–, únicamente le corresponde el voto en asuntos de administración y en asambleas ordinarias –respectivamente a las normas dichas–, siendo posible que los nudopropietarios de las acciones tomen acuerdos que impliquen disposición de bienes.

24 Artículo 272 del Código Civil; artículo 420.13 del Código Procesal Civil.

25 Artículos 159 y 160 del Código de Comercio.

26 Artículo 26 del Código de Comercio.

27 En las sociedades civiles, no existiendo norma específica en el título que las regule, se aplicaría el plazo general de diez años para la prescripción, menos tratándose de la repartición de ganancias y pérdidas, donde el plazo es de tres meses (artículo 1202).

28 Artículos 176 y 984.a del Código de Comercio.

29 Artículo 178 del Código de Comercio.

u otros bienes valiosos o productivos, la administración del haber social queda sometida al buen criterio, o a la ausencia de buenos manejos, del representante social, principiando la posibilidad de que bienes en definitiva del interés exclusivo de los accionistas o cuotistas sean comprometidos. De esta forma, el personero con representación podrá suscribir todo tipo de obligaciones (como podrán ser letras de cambio, pagarés, facturas a crédito, cheques sin fondos o hipotecas) sin respaldo en libros; es decir, sin que esos dineros ingresen efectivamente a la sociedad, con lo que resultan esta obligada ante los compromisos civiles asumidos y ante las consecuencias civiles de estafas, defraudaciones y falsificaciones³⁰, y en general de cualquier delito³¹ cometido por sus personeros al hacer uso del nombre de la entidad social. Las asambleas de accionistas y de cuotistas tienen en la práctica un poder muy limitado ante las facultades de administración que a los representantes les otorga la ley y que en la mayoría de los casos no son o no pueden ser modificados por los estatutos. Aun cuando existe normativa penal que sanciona determinados actos, ello no disuade al eventual infractor; la mayoría de las denuncias por supuestos delitos no son perseguidos por el Ministerio Público; el ejercicio de una querrela no cuenta con respaldo investigativo ante prueba de muy difícil obtención, y aun cuando se logre una condenatoria, ello no es garantía de obtener la reparación civil buscada. En definitiva, si de una sociedad no se obtiene una multiplicación de las ganancias que supere con creces lo obtenido de forma individual —criterio que debe formarse antes de, y basado en la experiencia particular—, debe evitarse enfrentar una organización de este tipo, especialmente si el único objeto (irrelevantes son los fines sociales indicados en la escritura) consiste en traspasarle bienes que ya están o vayan a estar destinados a la habitación o a la subsistencia familiar.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL E INTENTOS DE EVASIÓN

Vehículos inscritos a nombre de una sociedad no evita que, en caso de un accidente, el dueño de las acciones de la sociedad propietaria del vehículo pueda responder con sus propios bienes. Casi siempre será ese mismo accionista quien conduzca el vehículo o si cuenta con chofer particular, con lo cual es irrelevante la supuesta prevención en la diversidad de titulares. Si el accidente provoca que un peatón, o algún ocupante del mismo vehículo que se conduce o del otro involucrado, sufra lesiones que lo incapaciten durante 5 días o más³², o bien, le provoque la muerte³³, el conductor del vehículo responderá con sus propios bienes³⁴ aunque el vehículo esté a nombre de una sociedad. Si el accidente únicamente

produce daños materiales, el conductor del vehículo también responde con sus bienes. El vehículo culpable es garantía real³⁵ que cubrirá, hasta donde alcance su valor, el pago de los daños causados; además de los supuestos de solidaridad en el pago dispuestos para el propietario del bien. Si el conductor del vehículo es diferente que el dueño, este responde solidariamente con sus bienes³⁶, básicamente, si se trata de una compañía de transporte o él permitió que el conductor manejara en estado de ebriedad, o con exceso de carga; pues bien y a modo de ejemplo, si el representante de la sociedad dueña del vehículo es el mismo conductor (como ocurre en la generalidad de los casos), si manejase en estado de ebriedad, el personero está autorizándose a sí mismo (confusión de voluntades) a conducir en tal condición, con lo cual la sociedad dueña del carro responde con todos sus bienes, si los tuviera (y no únicamente con el vehículo con el cual se produjo el accidente), además de los bienes del conductor, como se indicó. Si se cuenta con chofer particular, el dueño del carro responde, con todos sus bienes, por los actos del primero con motivo de la responsabilidad en escogerlo y vigilarlo³⁷. Los seguros adicionales al obligatorio de vehículos constituyen la única forma de enfrentar los imprevistos comentados; no obstante, el contrato de seguro establece exclusiones dentro de los riesgos cubiertos.

VI. SOCIEDADES Y DISTRACCIÓN DE BIENES

Las sociedades no son aptas para distraer bienes de la posibilidad de un embargo proveniente de un acreedor común o alimentario, o de un reclamo de gananciales. Lo cierto es que ante obligaciones o deudas se responde con todos los bienes que se posean³⁸, e independientemente de las dificultades que puede enfrentar un acreedor al embargar las acciones, éstas son plenamente perseguibles. Todo traspaso de acciones para afectar a terceros debe tener fecha cierta³⁹, lo cual descarta la existencia de documentos privados antedatados como medio de mantener la distracción de bienes.

Sin embargo, es abrumadora la cantidad de personas que optan por este medio de distracción porque en muchos casos realmente disuade a los acreedores (especialmente a los bancos y entidades financieras), puesto que por política institucional no se persiguen esos bienes muebles (acciones o cuotas). La inaccesibilidad de información pública permite burlar acreedores, puesto que en la base de datos del Registro de Personas Jurídicas no aparecen los personeros de sociedades inscritas en tomos físicos no traspasadas aún a una base de datos, y si el accionista no ocupa a su vez un puesto social, no será localizable; si bien no existe un registro de accionistas, y el de cuotistas es incompleto, sin estructuración por el Registro Nacional, y sin índice de consulta por nombre, la información de personeros permite llegar hasta un documen-

30 Artículo 138.5 de las Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil del Código Penal de 1941.

31 Artículo 106.2 del Código Penal.

32 Artículo 125, en relación con el 128, del Código Penal. Además, artículos 123 y 124 ídem.

33 Artículo 117 del Código penal.

34 Artículo 103.2 del Código penal. Artículos 122 y 125 de las Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil del Código penal de 1941. Artículo 1045 del Código civil. Artículo 187 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres.

35 Artículos 189 y 193 de la Ley de Tránsito.

36 Artículo 7, párrafo 2, y 188 de la Ley de Tránsito.

37 Artículo 1048, párrafo segundo, del Código civil.

38 Artículo 981 del Código civil.

39 Artículo 380 del Código Procesal Civil.

to público que podría contener la constitución o la constancia de algún traspaso mediante protocolización, obteniéndose datos que únicamente podrán ser desvirtuados con un documento de igual valor legal. El Archivo Nacional custodia Protocolos de notarios, cónsules y alcaldes; mas al no existir un índice por nombre de los firmantes o interesados, no existe un acceso verdadero a la información custodiada; algunos documentos públicos del Archivo Nacional de 1888 a 1900, y todos a partir de esta última fecha están en tal condición; alguna información de los últimos años está disponible de forma parcial: la generada a partir de los índices notariales enviados por Internet, pero no es obligatorio para los notarios hacer uso de este sistema.

Una forma de actuación conocida e irregular de algunos deudores, ante el embargo decretado de sus participaciones sociales, está en traspasar de inmediato los bienes que puedan tener las sociedades o distraer los dineros e inversiones⁴⁰; así, una vez valoradas o adjudicadas solo tendrían un valor nominal, movimientos que sí bien califican como de administración fraudulenta⁴¹ —porque normalmente no ingresa el valor equivalente— la persecución penal podría ser impracticable, y la civil es complicada, porque la acción revocatoria (de por sí difícil) propia de los artículos 848 y 849 del Código civil está normada a favor de los acreedores, y un accionista es acreedor únicamente en el momento en que la distribución de dividendos quede en firme; de modo que cualquier reclamo civil tendrá que centrarse en la ausencia de causa. Aun en el caso de que un acreedor logre recuperar su crédito con acciones representativas de un haber social, de existir otros accionistas, es posible que no se obtengan ganancias y tampoco se logre disolver la sociedad, precisamente porque el beneficio inmediato obtenido por los constituyentes de este tipo de sociedades pantalla está en el uso gratuito de los bienes sociales, y no en la productividad. Queda el antes embargante y ahora propietario de acciones o cuotas en estado de indivisión respecto de los bienes de la sociedad que podrían cubrir su acreencia. Este nuevo accionista podría intentar demostrar el (in)cumplimiento del fin social como causal de disolución⁴², donde su inactividad tributaria podría ser considerada como prueba de relevancia.

VII. LA OPCIÓN DEL USUFRUCTO PARA LAS PERSONAS FÍSICAS

Siendo el dueño de una o varias propiedades un adulto mayor, podría optar por traspasarle la nuda propiedad⁴³ a los

hijos o a quienes considere deberán sucederle como titulares, reservándose el usufructo vitalicio⁴⁴; al morir aquel, los deudos de mención pedirán al Registro Inmobiliario la cancelación del usufructo sin necesidad de proceso judicial o notarial —respecto de esos bienes—, y de inmediato pasan a ser propietarios plenos. Es decir, esta figura legal ampliamente regulada habrá sido considerada por algunos como caduca, ante su decisión alterna, prefiriendo entonces sociedades civiles o mercantiles, sin considerar las consecuencias naturales de esta última elección.

El usufructo le permitirá a su titular habitar los bienes inmuebles, administrarlos, arrendarlos, o sembrarlos, y en general actuar como su dueño aunque con limitantes en cuanto a transformación⁴⁵, pese a que ostenta los atributos del dominio, en tanto que el nuda propietario no podrá ejercer ningún derecho dominical, debe esperar hasta que muera el último de los usufructuarios⁴⁶ para entrar en posesión de los bienes. El usufructo se constituye, normalmente, por toda la vida del titular, aunque puede establecerse por plazos fijos; si se trata de una persona jurídica, el usufructo que le pertenezca no puede exceder de los treinta años⁴⁷.

Si se desea que los hijos conserven determinadas partes de los bienes (inmuebles), podrán hacerse planos catastrados separados con inscripción de fincas también separadas; esto evita que al fallecer el usufructuario o usufructuarios tenga que procederse a la división de los bienes por haber quedado inscritos en copropiedad, y se evade el conflicto de determinar qué parte o lote le corresponde a cada uno. Es previsión de importancia el tratar de evitar todo conflicto entre los herederos, siendo así relevante que el propietario decida todos los detalles de la distribución. Al donarles a los hijos la nuda propiedad, pueden establecerse limitaciones al dominio por el plazo máximo de diez años⁴⁸, lo cual significa que el donatario (quien recibe) no podrá vender ni hipotecar, como tampoco podrá ser la propiedad embargada; limitación acorde con las normales previsiones del donador, porque el plazo de prohibición para deshacerse de lo recibido le permite al donatario adecuarse a las obligaciones de un propietario y lo vincula al sistema productivo⁴⁹.

Si los dos cónyuges están vivos, podrán reservarse el usufructo por mitades, de tal forma que al morir el primero, el derecho del otro acrece⁵⁰ y pasa a abarcar el usufructo total. El uso y la habitación debe establecerse sobre la casa de habitación y su cerco, en el cual se tiene previsto vivir, puesto que este derecho no autoriza a arrendar; el usufructo

40 El sistema financiero está encaminado a impedir que sociedades sin actividad efectiva sean capaces de sostener inversiones en dinero, aunque aún prima el aspecto formal, porque basta con que la entidad social esté inscrita como activa ante las autoridades tributarias, aunque lo sea únicamente para declarar ingresos por intereses. Es decir, no se cuenta con los instrumentos legales para exigir la demostración que la sociedad haya producido esas inversiones.

41 Artículo 222 del Código Penal.

42 Artículo 201, inciso b, del Código de Comercio: «Las sociedades se disuelven por cualquiera de las siguientes causas: [...] »La imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación del mismo;».

43 Si el nudopropietario muere, debe abrirse proceso judicial para que sus herederos se adjudiquen el derecho. La nuda propiedad puede traspasarse libremente en au-

sencia de limitaciones impuestas por el donatario, aunque algunos registradores señalan como requisito de validez la autorización del usufructuario, lo cual, sin embargo, no es requisito establecido en la ley.

44 Artículo 287, 335 a 365 del Código Civil.

45 Artículo 343 del Código Civil.

46 Artículo 364 del Código Civil.

47 Artículo 359 del Código Civil.

48 Artículos 268, 292 y 984.7 del Código Civil.

49 Aunque debe decirse que esto es cierto para los casos en que la propiedad se recibe completa. De recibirse la nuda propiedad, puede ocurrir que el usufructo o el uso y la habitación venzan después del plazo de las limitaciones, único momento en que el nudopropietario entrará de pleno en la propiedad.

50 Artículo 364 del Código Civil.

es apropiado para los bienes productivos. Al morir uno de los cónyuges todos sus bienes y derechos, incluida la casa de habitación –si era propiedad del difunto o la mortual de este pasa a tener derecho ganancial–, deberán repartirse entre los herederos; las disposiciones testamentarias verbales o la creencia de que la ley dispone el derecho del supérstite de mantener el usufructo, el uso y la habitación sobre el haber hereditario carece de valor en el primer caso y es infundada en el segundo: si esa es la última voluntad, debe dictarse testamento o en vida debe optarse por desmembrar el usufructo o el uso y la habitación, como se ha dicho. Calificando cualquiera de los derechos de usufructo como bien ganancial (porque la causa adquisitiva –de la propiedad completa antes de desmembrarse o del usufructo– fue la compra y estándose casado), si al morir uno de ellos el derecho del restante queda en tal condición, los herederos del fallecido tienen el derecho de reclamar la mitad, lo cual no ocurre con el uso y la habitación. Si ambos cónyuges son codueños del usufructo, su derecho debe ser originario, quiere decir, desmembrado directamente de la propiedad completa, porque si un usufructuario traspasa cualquier porcentaje a otro, se asiste a un usufructo derivado que tendrá por condición resolutive el tiempo que viva el usufructuario original, entonces si el cónyuge sobreviviente es quien obtuvo el usufructo derivado⁵¹, lo pierde al morir el otro.

VIII. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

Para las personas que no se acerquen aún al límite de la edad promedio de esperanza de vida, lo único recomendable es hacer un testamento para que no hereden los padres del testador⁵², y sí y únicamente los hijos (esto, porque al heredar los padres –que son abuelos de los hijos del testador–, luego los tíos de esos hijos –al morir aquellos abuelos– heredan la porción de esos bienes en iguales condiciones que ellos mismos); si no es el caso (porque se desea que los padres del dueño de los bienes hereden; o porque los padres del dicho dueño ya murieron), no sería necesario hacer testamento, a menos que se desee nombrar tutor⁵³ a los hijos para el caso de fallecimiento de ambos padres o del único que ostente la patria potestad, sugerir el curador más apto para un hijo incapaz⁵⁴, imponer limitaciones a la disposición de los bienes, permitir que herede un hijo indigno⁵⁵, etc. O bien, personas mayores que no deseen traspasar la nuda propiedad en vida podrán hacer testamento para distribuir los bienes equitativamente –si es su deseo– en caso de que ya hayan traspasado a algunos hijos bienes y se quiere que no reciban otra vez en el sucesorio, o al menos que no los reciban en igual

proporción que aquellos que no hubiesen recibido nada aún; porque al momento del fallecimiento del causante (dueño de los bienes) todos los herederos –en ausencia de testamento con contenido diferente al impuesto por la ley en caso de no existir última voluntad escrita– reciben por partes iguales, aunque algunos de ellos hubiesen recibido bienes del causante cuando estuvo vivo.

El interesado puede otorgar testamento sin necesidad de notario, requiriendo de seis testigos si lo escribe alguien más o él lo escribe a máquina o haciendo uso de un procesador de texto, y de cuatro testigos si lo escribe el testador de su puño y letra⁵⁶. Debe transcribirse el lugar, la hora, el día, el mes y el año⁵⁷ en que es otorgado, debe ser leído ante los testigos en un solo acto y así debe constar en el testamento, todos deben firmar, además de las otras formalidades exigidas en caso de variantes ante lo dicho y las vigentes en cuanto al contenido. Estos testamentos, una vez fallecido el testador, deben ser comprobados en sede judicial; es decir, los testigos vivos deben declarar sobre su veracidad; pero si presenta el inconveniente de que estos documentos privados pueden desaparecer con más facilidad que el Protocolo de un notario público, y no se registran en el índice que lleva el Archivo Notarial de la Dirección Nacional del Archivo Nacional.

IX. CONCLUSIÓN

Asesorías profesionales inadecuadas han pasado a ser consideradas verdades para el ciudadano que de buena fe ha confiado en ellas, desconociendo correlativamente las figuras legales que se adaptan en la mayoría de los supuestos a sus proyecciones para con sus bienes y eventuales sucesores o donatarios. Las sociedades como recomendación aceptada, en muchos casos son tenidas como símbolos de estatus, que impide a sus accionistas aceptar la existencia de alternativas realmente viables, prefiriéndose incurrir en serias irregularidades que, de forma sorprendente, se han considerado como aceptables y “acordes con el funcionamiento legal real del país”. Sin embargo, las consecuencias adversas no lo son únicamente respecto de las obligaciones tributarias, porque los posteriores propietarios de las acciones son los más perjudicados, puesto que la justicia no podrá ayudarles a darle solución dentro de una figura que no estaba supuesta para el fin verdadero no declarado, y que luego es reclamado como primario. Más que una reforma legal, el sistema judicial debe impedir que se incurra en fraude de ley⁵⁸, anulando contratos en lo civil, y persiguiendo penalmente, de ser necesario, ante perjuicios causados a particulares, para impedir y sancionar el fraude, e incursionar con paciencia en el control del funcionamiento de las sociedades, no dejando indefensos a los accionistas que han quedado inmersos en corporaciones sin mayores regulaciones que impidan el efectivo ejercicio de sus derechos, situación efectiva una vez que se ha incursionado en la decisión criticada en este artículo.

51 *Esto es así porque de lo contrario la disposición legal que limita el usufructo a la vida del usufructuario sería burlada en perjuicio del nudopropietario, puesto que el usufructo se traspasaría de forma indefinida del usufructuario ya mayor a una persona joven. Traspaso que puede tener lugar por consenso o por remate [judicial].*

52 Artículo 572.1 del Código Civil.

53 Artículo 176 del Código de Familia.

54 Artículos 230 y siguientes del Código de Familia.

55 Artículo 524 del Código Civil.

56 Artículo 583.2 del Código Civil.

57 Artículo 585.1 del Código Civil.

58 Artículo 20 del Código Civil.

X. REFERENCIAS

- Costa Rica. *Ley N° 30 del 19 de abril de 1885, Código civil*, vigente a partir del 1° de enero de 1888, en virtud de la Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887.
- Costa Rica. *Ley N° 368, del 21 de agosto de 1941, Reglas Vigentes sobre Responsabilidad Civil del Código penal de 1941*, publicado en Alcance s.n. a *La Gaceta* N° 192 del 30 de agosto de 1941. Normas vigentes por disposición del artículo 13 de la Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1971, Ley para Regular la Aplicación del Nuevo Código Penal, incluido en la Colección de leyes y decretos, 1971, semestre 2, tomo 3, p. 1065.
- Costa Rica. *Ley N° 2 del 27 de agosto de 1943, Código de Trabajo*, publicado en *La Gaceta* N° 192 del 29 de agosto de 1943.
- Costa Rica. *Ley N° 17 de 22 de octubre de 1943, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social CCSS*, incluida en la Colección de Leyes y Decretos, 1943, semestre 2, tomo 2, página 299.
- Costa Rica. *Ley N° 3284 de 30 de abril de 1964, Código de Comercio*, publicado en el Alcance N° 27 a *La Gaceta* N° 119 de 27 de mayo de 1964.
- Costa Rica. *Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970, Código Penal*, publicado en el Alcance N° 120 a *La Gaceta* N° 257 de 15 de noviembre de 1970.
- Costa Rica. *Ley N° 4755 del 3 de mayo de 1971, Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario)*, incluida en la Colección de leyes y decretos, 1971, primer semestre, tomo 3, página 782.
- Costa Rica. *Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973, Código de Familia*, publicado en el Alcance N° 20 a *La Gaceta* N° 24 del 5 de febrero de 1974, e incluida en la Colección de leyes y decretos, 1973, 2° semestre, tomo 4°, página 1816.
- Costa Rica. *Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978, Ley General de la Administración Pública*, incluida en la Colección de Leyes y Decretos, 1978, primer semestre, tomo 4, página 1403.
- Costa Rica. *Ley N° 6999, subnúmero A, de 3 de setiembre de 1985, Ley del Impuesto sobre Traspasos de Bienes Inmuebles*, incluida en la Colección de Leyes y Decretos, 1985, semestre 2, tomo 1, página 100.
- Costa Rica. *Ley N° 7052 del 13 de noviembre de 1986, Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del BANHVI (Banco Hipotecario de la Vivienda)*, publicada en *La Gaceta* N° 226 del 27 de noviembre de 1986.
- Costa Rica. *Ley número 7088 de 30 de noviembre de 1987, Reajuste Tributario y Resolución 18ª Consejo Arancelario y Aduanero CA*, incluida en la Colección de Leyes y Decretos, 1987, semestre 2, tomo 1, página 98.
- Costa Rica. *Ley N° 7092 de 21 de abril de 1988, Ley del impuesto sobre la renta*, publicada en *La Gaceta* N° 96 del 19 de mayo de 1988.
- Costa Rica. *Ley N° 7130 de 16 de agosto de 1989, Código Procesal Civil*, publicado en el Alcance N° 35 a *La Gaceta* N° 208 de 3 de noviembre de 1989. Ley N° 7130-A, de igual fecha y publicación, Ley de Emisión del Código Procesal Civil, vigente a partir del 3 de noviembre de 1989.
- Costa Rica. *Ley N° 7331 de 13 de abril de 1993, Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres*, publicada en el Alcance N° 13 a *La Gaceta* N° 76 de 22 de abril de 1993.
- Costa Rica. *Ley N° 7337 de 5 de mayo de 1993, Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal*, publicada en *La Gaceta* N° 92, del 14 de mayo de 1993.
- Costa Rica. *Ley N° 7509 de 9 de mayo de 1995, Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles*, publicada en *La Gaceta* N° 116 de 19 de junio de 1995.
- Costa Rica, Banco Hipotecario de la Vivienda, *Reglamento 1 de 8 de mayo de 1996, Reglamento de Operaciones del Sistema Financiero Nacional para Vivienda*, publicado en *La Gaceta* N° 95 del 20 de mayo de 1996.
- Costa Rica, Banco Hipotecario de la Vivienda, *Acuerdo N° 4 de sesión 51 de 16 de julio de 2008, Fija Tope de Vivienda de Interés Social*, publicado en *La Gaceta* N° 148 del 1° de agosto de 2008.
- Costa Rica. Registro Nacional. *Circular N° D.R.P.J.-020-2008 de 23 de julio de 2008, del Registro de Personas Jurídicas*, publicada en *La Gaceta* N° 161 del jueves 21 de agosto de 2008

INCIDENCIA MEDIÁTICA Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Lic. Billy Araya Olmos¹

Resumen:

Nuestro sistema democrático, plasmado en la Constitución de la República, garantiza la voluntad de la mayoría. En nuestro país, la Asamblea Legislativa promulgó en 2006 la Ley sobre regulación del referéndum, N° 8492; ello se entiende como un baluarte más de la democracia actual, porque es a través del tiempo que la cultura democrática costarricense ha generado muchas acciones para fortalecer el sistema de pesos y contrapesos tan evidente en nuestro sistema. En ese sentido, la democracia participativa hace posible las prerrogativas ciudadanas para reformar o derogar las Leyes de la República, y también las reformas de su Constitución Política.

Descriptor:

Democracia, soberanía, legislador.

Abstract:

Our democracy system expressed in the Republican Constitution holds sacred the will of people. In 2006 our Congress promulgates the referendum law, that understand like a stronghold plus of the current Democracy. Through the years, the Cost Rican democratic culture has generated too many actions to fortify the check and balances system, as well perceptibly in our government. In that sense, the participatory democracy does come true the prerogatives of the citizens to reform or derogate the Laws of the Republic, and also the amendments of his Political Constitution.

Descriptors:

Democracy, sovereignty, legislative.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la definición clásica de *democracia* es el Gobierno del pueblo y sus orígenes se retrotraen a la democracia directa ateniense, cuyo pueblo era el verdadero soberano, quien gobernaba por medio de las Asambleas; sistemas en que los ciudadanos votaban en forma directa por asuntos previamente definidos y de interés para toda la comunidad.

Años más tarde, esta metodología fue incorporada al ordenamiento romano, en donde *Cada uno votaba en voz alta y un escribano iba anotando los votos (...)* Ésta fue una buena costumbre mientras los ciudadanos fueron honrados (...). *Mas cuando el pueblo se corrompió y se compraron los votos, fue conveniente que se diesen éstos en secreto para contener a los compradores...*²

Empero, este sistema colapsó por la dificultad de reunir en un solo sitio a todos aquellos empadronados con interés de sufragar. Consecuentemente, apareció en escena la democracia representativa; delegación del poder por intermedio de representantes escogidos popularmente.

Elementos consustanciales y circundantes a la esfera democrática son la igualdad y la libertad, que confluyen en dicho sistema para amparar los derechos fundamentales y garantías individuales de sus administrados; en primer lugar, porque en una democracia todo ciudadano, salvo casos de excepción, posee el derecho inalienable de ser oído para la determinación de sus derechos u obligaciones. Y, en segundo término, porque debe darse desde el fuero interno de cada individuo el pensamiento, el cual desemboca libremente en el medio social al que pertenece, mediante la palabra escrita u oral, llámese libertad de expresión, libertad de culto, libertad de cátedra, entre otras.

1. ANTECEDENTES

Platón (428/427-347 a. C.)

En retrospectiva, la obra del *estagirita*, discípulo de Sócrates y fiel antagonista de la democracia, no comprendía cómo las ciudades en democracia vivían cubiertas por el manto de la libertad de palabra —a lo que él denomina libertinaje—, y en donde cada quien hacía conforme a su parecer, planificando su vida libremente. Pese a tal aversión, la historia se ha encargado de hacerle justicia a la democracia, pues, según Platón, en los hombres honrados a los que margina y empobrece la oligarquía (555be). Cuando consiguen, tras una revolución, hacerse con el poder, destierran o matan a los ricos (557a). Con ello pretende que la democracia es un régimen de clase, en lo que coincide con muchos de los críticos de la democra-

¹ Abogado, docente, Miembro ad honorem, Comité de Cultura y Ciencias Sociales de la Comisión UNESCO, funcionario del Tribunal Supremo de Elecciones.

² J.J. Rousseau: *El Contrato Social*. Editorial Longseller, Buenos Aires, 2001, compilación de Ramón D. Tarruella, pp. 159-160.

cia. Se trata de este modo, sin duda alguna, de una simplificación que no se ajusta a los hechos, puesto que, concretamente en Atenas, no fue implantada mediante una revolución, sino mediante de un largo proceso pacífico si bien no exento de tensiones. Los «ricos» tradicionales nunca fueron excluidos, ni sufrieron ningún tipo de expropiación de bienes. No olvida mencionar Platón los que son pilares fundamentales de la democracia: la igualdad y la libertad.

Aristóteles (384-322 a. C)

Partiendo de una óptica ahora más clara, se decanta la apreciación de Aristóteles, acerca del Instituto en cuestión, en donde según este “(...) ni unos ni otros serán exclusivamente soberanos, sino que lo serán todos en igual proporción. Por tanto, si la libertad y la igualdad son, como se asegura, las dos bases fundamentales de la democracia, cuanto más completa sea esta igualdad en los derechos políticos, tanto más se mantendrá la democracia en toda su pureza(...)”³

Con el filósofo detectamos dos aspectos medulares de su pensamiento: el primero, que mantiene una fuerte línea derivada de su predecesor –Platón– considerados en nuestro medio actual como derechos fundamentales; y en segundo lugar, un fiel defensor del régimen, con fuertes tendencias a la participación popular para una fiel distribución del poder.

John Locke (1632-1720)

Sus fundamentos ideológicos promovieron, durante los siglos XVII y XVIII, la revolución gloriosa de 1688 (*Bill of Rights*, 1690 que sentó el afamado principio: *no taxation without representation*), revolución estadounidense liderada por Thomas Jefferson (*Declaración de Virginia* 29 de junio de 1776) y la francesa (en contra del absolutismo de Luis XVI en 1789). De igual forma, sostuvo que el poder del gobierno debía ser limitado, pese a que nacía de un contrato social –posición que comparte con Hobbes–; además, era revocable, desligándose así de la tradicional doctrina del origen divino del poder. Sobre esa línea, versa su obra intitulada: *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), que constituye una apología a la insurrección civil, puesto que entiende la voluntad general como medio legitimador para la rebelión, derivándose, así, el principio de *alternabilidad en el poder*⁴, en donde el pueblo tendría el derecho a elegir gobernantes no sólo cada cierto período –presunción *jure et de jure* sino, también, estaría facultado a deponerlo por la fuerza, en virtud

de un proceder arbitrario y tiránico. Todo ello, sintetizado en la conocida expresión: “*por mucho que hablen los aduladores para distraer el pensamiento de las gentes, ello no debe impedir que los hombres se den cuenta de las cosas*”.⁵

Montesquieu (1689-1755).

Por su parte, Montesquieu, profundamente influido por el anterior, aquilató la teoría de los frenos y contrapesos, autocontrol simultáneo entre los poderes políticos; tal y como se desprende del Espíritu de las Leyes, a partir del momento en que en un solo sujeto de derecho público, autoincorpora, unida, esta con la potestad de ejecución, desaparece la libertad; pues resulta inaceptable la zozobra de que el propio monarca o el parlamento construya la norma para luego ejecutarla draconianamente. Por lo dicho, no subyace libertad alguna tampoco si la potestad de juzgar no está escindida de la función legislativa y ejecutiva. Si está unido a la primera el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será imparcial y arbitraria, porque el juzgado será legislador. Si lo es con respecto a la segunda, el juez puede tener la fuerza de un déspota. En otras palabras, todo se irá por la borda, si en un mismo sujeto, o el mismo órgano administrativo, jurisdiccional o legislativo, ejerciese estos tres poderes, el de hacer la ley, el de ejecutar las resoluciones jurisdiccionales y el de juzgar los crímenes o las controversias entre las partes.

1.1 Doctrina contemporánea

En la misma vertiente doctrinaria, arriba el pensamiento del Dr. Fernando Zamora, constitucionalista nacional, quien añade:

“*De ahí precisamente la definición del concepto de frenos y contrapesos, por cuanto esta idea sostiene, abrevando sus raíces de la tesis de Lord Acton, de que el poder es una invitación permanente a la tentación de la corrupción absolutista. La única forma de evitar el abuso que lleva a la concentración del poder absoluto, lo es dividiendo las funciones, atribuciones y potestades de cada poder, en modo que estas colectividades, concentradoras cada una, de determinadas potestades, ejercieran un contrapeso en relación con el otro.*”⁶

1.1.1 Concepto moderno de Democracia.

Cabanellas

En primer término, según Cabanellas, democracia es: “(...) el predominio popular en el Estado, el gobierno del pueblo del pueblo por el pueblo, o, al menos, a través de sus representantes legítimamente elegidos, que ejercen indirectamente la soberanía popular en ellos delegada”.⁷ Sin

3 Aristóteles: Política (traducción Patricio de Azcárate). Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1995, capítulo, IV.

4 “En estas elecciones por primera vez el Partido Unidad Social Cristiana ganó todas las Provincias. Así Calderón Fournier al sacar 649 589 votos obtuvo el 51.5 por ciento de los votos válidos, mientras su oponente liberacionista, el Dr. Castillo consiguió 636 701 votos que representaron un 47.2 por ciento de los votos. La diferencia de votos entre los partidos mayoritarios fue de 57 888. En la provincia de San José hubo la menor diferencia, sólo 763 votos. A pesar de su triunfo la Unidad Social Cristiana no logró mayoría en el Congreso. En términos generales podemos decir que una campaña más agresiva hacia los jóvenes y el argumento de la *alternabilidad en el poder*, fortalecieron la posibilidad ascender al poder de los social cristianos.” (el énfasis no es original). Obregón, Clotilde. El proceso electoral y el Poder Ejecutivo en Costa Rica: 1808-1998. Editorial UCR, San José, CR., 2000, p. 405.

5 LOCKE, John. Dos ensayos sobre el gobierno civil. Editorial Espasa Calpe, Edición de Joaquín Abellán y traducción de Francisco Giménez Gracia, Madrid, 1991 p. 60.

6 Zamora, Fernando. Los ideales constitucionales costarricenses. Editorial Juricentro, San José, CR., 2002, p. 270.

7 Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta, Buenos Aires, p. 88.

embargo, aún hay posiciones conservadoras que parten de la concepción formal de democracia; es decir, el ejercicio de la soberanía por medio de los representantes legítimamente elegidos, orientado hacia intereses particulares y a grupos de poder económico. En virtud de esto último, se desprende que actualmente la democracia no es ejercida en toda la dimensión de la palabra; esto es, que aún no se ha democratizado la sociedad.

En abono de lo expuesto, se debe tener claro que el concepto moderno de democracia constituye el resultado obligado de la transformación del predominio de lo ideológico-político en beneficio de lo económico, pero es falso por partida doble de lo anterior la fórmula: capitalismo igual a democracia. Se deduce, por lo pronto, que pese a estar tal concepto estrechamente ligado al ámbito mercantilista, ahora que el mundo actual es una aldea mundial globalizada, se funda en un absurdo lógico-jurídico el hecho de circunscribir la democracia contemporánea dentro de esa esfera de poder, toda vez que: *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.”* (art. 50 *ab initio*, C. Pol)

II. SOBERANÍA

2. DE LA SOBERANÍA EN GENERAL

Según lo ha acuñado la doctrina constitucionalista de estas latitudes⁸, en nuestro ordenamiento jurídico subyace una doble soberanía, sea externa (art. 1 C. Pol) e interna (art. 2 C. Pol.).

2.1 Soberanía externa

El artículo 1º Constitucional evidencia nuestra independencia y soberanía con respecto a otros Sujetos de Derecho Internacional. De conformidad con lo expuesto, pareciera ser –parafraseando a Hernández Valle– que nuestro ordenamiento jurídico recoge la tesis Kelseniana, en donde los límites nacionales son impuestos por normas supra nacionales.⁹

Para una mejor inteligencia de lo anterior, se trae a colación el comentario de la Constituyente del 49, en relación con el particular:

*“En relación con el artículo 1º, el Representante Vargas Fernández presentó moción para que del mismo (sic) se supriman los conceptos “libre e independiente”, de tal modo que se lea así: “Costa Rica es una República democrática.”/ Explicó el proponente que en la actualidad no es posible suponer una República democrática, que no sea libre e independiente./ El señor Trejos Quirós apuntó que precisamente ahora más que nunca se denominan democracias una serie de países que no son libres ni independientes. Se trata de verdaderos regímenes totalitarios.”*¹⁰

2.1.2 Soberanía interna

Por otro lado, el contexto de la soberanía interna radica en el artículo 2 *ibídem*, *“La soberanía reside exclusivamente en la Nación”*. Consecuentemente, se desprende que en el ordenamiento interno de un país determinado, el Estado es la institución máxima y soberana dentro de su ámbito de eficacia, mediante la actuación material legal y facultativa por medio un obrar conforme a derecho (principio de legalidad); asimismo, con base en su poder de imperio. Al respecto, el diputado constituyente en su momento agregó:

*“El Representante Baudrit Solera expresó que había aprobado que la soberanía reside en la nación, dándose a este concepto una idea de pueblo. Siendo esto así parece lógico que sea el soberano –el pueblo– el único que pueda aprobar tratado que modifique el territorio de la República o su independencia política. Por eso más apropiado es la regla que contiene el artículo 3º del Proyecto del 49, que se refiere a que sólo el pueblo mediante un plebiscito, puede dar validez a tratados o convenios que modifiquen la integridad territorial del país o su independencia política (...) El plebiscito es la forma popular y democrática que allí se indica. Por estas razones –concluyó– no votaré la moción propuesta. El Diputado González Herrán indicó que el texto de la Constitución del 71 no se acomoda a las necesidades del momento, ya que es anacrónico en muchos aspectos. Si se deja la regla inflexible del artículo 15 de la Carta del 71, que ocurrirá, por ejemplo, si mañana, caso de estallar una guerra mundial, el país por convenios internacionales se vea obligado a ceder a una potencia determinadas bases marítimas y terrestres costarricenses?”*¹¹

A partir de la misma óptica, Hernández Valle expone: *“(…) La soberanía popular está jurídicamente limitada por la propia Carta Política, la cual establece la forma y los límites jurídicos dentro de los cuales se debe ejercer aquella por el pueblo (...) Por ello es más correcto afirmar que dentro del Estado moderno la soberanía la ejercen las autoridades gubernamentales por delegación del pueblo, el cual constituye la fuente político-jurídica del poder estatal.”*¹²

2.2 Razonamientos jurisprudenciales

Presunción *in dubio mitius* o en favor de la soberanía o independencia de los Estados.

Otrora, el magistrado constitucional aplicó tal presunción (*in dubio mitius*), para resolver la disputa suscitada en el año de 1994 a raíz de una consulta legislativa de constitucionalidad, con motivos de la eventual ratificación de un convenio constitutivo firmado por nuestro Gobierno en Colombia, cuyo fondo, aparentemente, estaba viciado de inconstitucio-

8 Hernández, Valle. *Constitución Política de Costa Rica (comentada y anotada)*. Editorial Juricentro, San José, C. R., 1993, pp. 20-22.

9 *Ibid.* p. 20.

10 Asamblea Nacional Constituyente. Acta N.º 168.

11 Asamblea Nacional Constituyente. Acta N.º 89.

12 Hernández, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Editorial Juricentro, San José., CR, 1993, Tomo I, p. 87.

nalidad. En virtud de tal acontecer, la Sala falló apriorísticamente, en favor de los intereses patrios:

“Es absolutamente claro que en el caso de este Convenio, por disposición expresa, no se permiten las reservas (Artículo XXXI); pero ello no obsta para que Costa Rica puede (SIC) hacer una declaración interpretativa, en los términos que el Derecho Internacional y la Jurisprudencia de esta Sala lo han dimensionado. Pero para poder utilizar esta regla de interpretación, se requiere entender, primero, el sentido de la norma, sobre todo, porque se debe tener presente que la interpretación del Convenio debe hacerse de acuerdo con su sentido razonable, en contradicción a su sentido literal, a la vez que se debe aplicar el principio de in dubio mitius, de manera que si una disposición resulta ambigua, el significado que deba preferirse es el menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiere menos con la soberanía de una parte.”¹³ (el subrayado no es del original).

Desde esa misma tónica jurisprudencial, estipuló que: *“Uno de los elementos fundamentales que componen la soberanía estatal es la posibilidad de determinar y regular las actividades que se desarrollen dentro de su territorio, especialmente cuando se trate de materias de orden público. En el presente asunto, es evidente que se trata de una legislación de orden público social, que por lo tanto, es irrenunciable por las partes y se incorpora aun contra su voluntad, a los contratos que suscriban. Las únicas restricciones a tal poder soberano son la Constitución Política y el Derecho Internacional. Este último en ningún caso impide sino que, por el contrario, autoriza expresamente que, en cuanto a los efectos de los contratos, se aplique la Ley Territorial. Ni el Código de Bustamante ni otro instrumento internacional permitan aceptar la tesis del accionante, que más bien restringe la soberanía estatal en su propio territorio. El Derecho Internacional General es claro en cuanto a la potestad de cada Estado de regular los efectos de los contratos que se ejecuten en su territorio...”¹⁴*

Principio “pro hominis”

El *pro hominis* se estructura a partir de los derechos fundamentales, como medio hermenéutico para tratados internacionales. De esta forma, demanda en primer lugar—constitucionalmente—cuál deberá ser el plan por seguir para interpretar los derechos fundamentales; segundo, la protección de la norma a favor del más débil; tercero, brindar cer-

teza acerca de los límites de los derechos fundamentales; y por último, para dirimir conflictos de orden jurisdiccional, aplicar la preeminencia de la norma más beneficiosa a favor del individuo, en contraposición a la que garantice un menor grado de protección del individuo.

Sintéticamente, y parafraseando a Mónica Pinto¹⁵, tenemos que el citado precepto desemboca en un criterio hermenéutico dentro del marco de los derechos humanos, en donde prevalecen dos aristas interpretativas, sean en sentido amplio y en sentido estricto. Así, la primera ha de prevalecer cuando existan sobre el tamiz derechos fundamentales por proteger, inversamente, una interpretación restrictiva deberá ponderarse, cuando existan de por medio limitaciones permanentes o temporales al ejercicio de derechos fundamentales y garantías individuales. Asimismo, vemos homologado el aludido precepto constitucional por los tribunales suramericanos, que categóricamente han expuesto que *“(…) el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho.”¹⁶*

Principio “pro libertatis”

Es aquel principio de raigambre constitucional¹⁷, que, asimismo, sirve como un asidero más de nuestro **Estado Social de Derecho**, ya que *“(…) dispone que toda norma jurídica debe ser interpretada en forma que favorezca la libertad.”¹⁸* Desde un dimensionamiento bastante similar, es posible hallarlo dentro del Pacto de San José, artículo 7 *ab initio*: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...) 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”¹⁹*

Así las cosas, en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho como el nuestro, es fundamental el respeto a la dignidad y a la libertad humana. Pero ello no debe quedar restringido única y exclusivamente a que se entienda, se interprete y se aplique como *jus punendi*; es decir, la función de un Estado policía o intervencionista en desmedro de los derechos fundamentales, sino, más bien, que a él se incorporan y en su hermenéutica tienen trascendencia principios que persiguen la humanización de esa importante rama del Derecho como, por ejemplo, se da con la presunción de inocencia (art. 37 C. Pol), el *in dubio pro reo* en materia penal

13 Sala Constitucional. Sentencia N.º 08662-00 de las 10:03 horas del 2 de diciembre de 1998. Consulta preceptiva de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley de aprobación del Convenio constitutivo de la Asociación de los Estados del Caribe, suscrito el 24 de julio de 1994 en la República de Colombia.

14 Sala Constitucional. Voto N.º 311-90 del 23 de marzo de 1990. “Impugnación de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N.º 6209 de 9 de marzo de 1978, artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9 y 10 y su Reglamento, Decreto Ejecutivo No. 8599 MEIC del 5-5-78 por violar: Artículos 6 y 10 de la Constitución Política.”

15 Pinto, Mónica. *El principio pro homine... La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

16 Sala Primera del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 0075-2004-AA/TC del cinco de mayo de 2004

17 “Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de las leyes.” Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 20. Paralelamente a lo anterior expuesto, Hernández Valle afirma que *“(…) la libertad personal se articula en un conjunto de barreras o defensas que tienen los administrados contra las trabas o impedimentos y, de manera especial, contra las injerencias de terceras personas o de los poderes públicos en su esfera de autonomía.” Véase supra, página 5.*

18 Sala Constitucional. Sentencia N.º 1819-2005 de las 8:47 horas del 25 de febrero del 2005, considerando III

19 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Art. 7

o *pro operario* en el campo laboral, que a su vez excluye la analogía interpretativa para perjudicar o hacer más gravosa la situación del procesado en sede jurisdiccional o investigado en sede administrativa.

Principio “Pro Participación Ciudadana”

Bastante atinada era la sutil pluma del Magistrado Piza Escalante, quien, en Sentencia N.º 1267-96 de las 12:06 horas del 15 de marzo de 1996, argumentó que “(...) *en Costa Rica, como Estado Democrático de Derecho, la idea democrático-representativa se complementa con la de una democracia participativa -de activa y plena participación popular-, que es precisamente donde el principio democrático adquiere su verdadera dimensión*” (Énfasis no es del original).

Sustancialmente similar es la redacción de las Cortes Españolas, en tratándose de la Constitución Política Española de 1978²⁰. De tal suerte, que el numeral 9.2 dispone:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Entre tanto, llama la atención una aparente contradicción del aludido principio (pro participación) dentro de la jurisprudencia electoral patria mediante sentencia N.º 977-E-2007 de las catorce horas con treinta minutos del dos de mayo en curso, Considerando IV, apartes a) y c), señala:

“a) (...) Siguiendo lo que establece el artículo 105 de la Constitución Política, el artículo 1 de la Ley define su objeto en los siguientes términos: “(...) regular e instrumentar el instituto de la democracia participativa (...) mediante el cual el pueblo ejerce la potestad de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales de la Constitución Política (...)” (...) En consecuencia con dicho objeto este Tribunal, en la resolución N.º 790-E-2007 que autorizó la recolección de firmas (...) Como corolario de ese principio pro participación, cualquier limitación que pueda contener el ordenamiento respecto de la admisibilidad de las solicitudes tendentes a la convocatoria de un referéndum, debe ser leído y comprendido en forma restrictiva...” (el énfasis no es original).

En este otro exhorta:

“c) (...) este Tribunal, en aplicación del ordenamiento jurídico que regula el instituto del referéndum, así como del fin último que este persigue, se pronuncia nuevamente a favor del principio pro participación y, sobre la base del mismo principio, se encuentra impelido a dar curso a la convocatoria conjunta de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en el tanto ésta se ha concretado, mientras

que la autorización de recolección de firmas es una etapa preparatoria que no constituye aún, desde el punto de vista jurídico, una convocatoria.” (el subrayado no es del original).

Corolario, la posible contradicción no sería más que acertadas decisiones tomadas en favor de la colectividad, el orden público, y de principios tales como relevancia jurídica, economía y celeridad procesal; fundamentándose, asimismo, a nivel supra legal en la irrecurribilidad de sus fallos.

III. PODERES MEDIÁTICOS

3. MANIPULACIÓN E INFLUENCIA DE LOS PODERES MEDIÁTICOS EN LAS DEMOCRACIAS PARTICIPATIVAS

Hoy por hoy, es evidente la instrumentalización que sufren las fuentes informativas, por parte de algunos medios periodísticos, ora para generar ganancias exorbitantes, ora para efectos de manipulación política. Tales prácticas espurias carcomen cualquier Estado Social de Derecho, pues subordina el derecho de información y el principio de publicidad al arbitrio de unos cuantos, sean los denominados *grupos de poder económico y político*, que en no pocas ocasiones tienen bajo su mando los primeros. Igualmente, el caudal informativo, en lugar de gozar de un amplio espectro de difusión –cosa común de todo régimen democrático– es manejado al antojo o conveniencia de tales poderes mediáticos, por ende, dicho *modus operandi* se conoce en doctrina como *juicios del silencio*, casos que la prensa no le presta atención, porque van en contra de sus propios intereses.

Por otra parte, la manipulación mediática no solo se concretiza a nivel latinoamericano, como el caso Chávez versus Televisora de Caracas o la “opinión” desfavorable de Castro quien en 2007 orquestó la maquinaria en contra del Referéndum de octubre de 2007. Puesto que en ese mismo sentir, la *publicitación* de la guerra del Golfo, en el Medio Oriente, produjo centenares de *redacciones* desde donde se seguía el conflicto. A ello contribuyó la presencia masiva de expertos en la guerra y estrategias militares que se convirtieron en activos propagandistas de los movimientos del bloque aliado.

Consecuentemente, el ciudadano de a pie es bombardeado con información, generalmente parcializada, para focalizar su raciocinio hacia un *tópico* previamente determinado, llámese adhesión o militancia política, ratificación o derogatoria de leyes o reformas constitucionales (mediante instrumentos de democracia directa), en fin, manipulación a todas luces antiética e inmoral.

Lamentablemente, dicha farsa informativa es con base en el supra dimensionado derecho a la información, prerrogativa de la que hacen tan mal uso ciertos medios amarillistas de comunicación.

20 Constitución Política Española de 1978. Editorial Tecnos, Madrid, 1985, art. 9.2.

3.1 Verdad y veracidad en la información

Es menester dilucidar ambos términos, inherentes al principio de la *libertad de expresión*, toda vez que su hegemonía es de recaudo constitucional (ordinal 46), razón esta, por la que su confusión conceptual, aunada a la carestía de objetividad en el tratamiento de la noticia, acrecienta la ignominia en el público receptor. Ergo, de lo apuntado se desprende la necesidad meridiana de distinguir ambos términos, que en la praxis, arbitrariamente, se manejan como uno solo.

Ahora bien, por verdad, se puede inferir la consonancia entre las cosas y las nociones, en tanto en sentido científico como el investigativo. De ahí queda claro que es imposible para el comunicador, garantizar la estricta armonía entre los acontecimientos acaecidos y la información presentada al público, tal vez, por varios factores, entre ellos, el tiempo, dinero, o que el dato haya sido recabado por interpuestas personas, verbigracia, corresponsales de noticias. El contrapunto de lo anterior es la veracidad, entendida fundamento del pluralismo, concepto que conlleva ínsita la obligación de quienes distribuyen información, en este caso la prensa, a fundar sus informaciones en una pluralidad de fuentes de información. Esto es, a fin de que el particular cuente con la mayor cantidad de información posible, suministrada, asimismo, en forma precisa y oportuna para así abstraer sus propias conclusiones en la construcción de sus ideas.

Contrario a lo expuesto, se lesiona el antedicho derecho informativo cuando, verbigracia, una información es sesgada pues se fundamenta nada más que en una sola fuente, o bien, si las fuentes citadas obedecen a una expresión unívoca de juicios o criterios.

Por lo dicho, sumariamente hablando, el factor que cala profundamente sobre la libertad de prensa, y que consecuentemente erosiona el derecho fundamental a la información, es el inapropiado manejo de los conflictos de orden social, económico y político, por parte de los medios de comunicación. Yerro que, comúnmente, tiene por norte el mercantilismo periodístico o el intervencionismo político, según corresponda, que, consecuentemente deforma la noticia y el papel del comunicador, quien en lugar de mediar entre los acontecimientos y el público, se transforma en mercenario al mejor postor.

3.2.1 De la libertad de prensa y derecho a la información

Inherentes, ambos conceptos, a los regímenes democráticos, siendo su raíz primigenia la libertad de expresión, opinión y difusión del pensamiento. Así pues, la libertad de prensa deberá entenderse no solo como aquel derecho de unos cuantos a informar al resto del país, sino, más bien, a que todos sus ciudadanos estén objetiva y verazmente informados. Lo anterior expuesto, se fortalece con el voto constitucional 1292-90, que desarrolla la doctrina del canon 29 de la Carta Magna, pues como lo preceptúa ese Alto Tribunal, (...) *permite la comunicación de pensamiento de palabra o por escrito y su publicación, sin previa censura, garantía que refuerza el artículo 28 del mismo cuerpo normativo al prohibir la per-*

secución por el ejercicio de esa libertad. No obstante, como todo derecho, esta libertad no es absoluta, y tiene su límite, de tal forma que el abuso que se haga de ella hará incurrir en responsabilidad a su autor..." (el énfasis no es original)

En tal panorama, deviene ineluctable la constitución de órganos administrativos tanto a nivel de administración central como descentralizada (institucional, territorial y corporativa) que se erijan en fiscalizadores, en pro de un diáfano manejo del capital informativo, en tutela de la soberanía, sin el atropello subrepticio de los derechos fundamentales. Ergo, deviene sumamente meritorio la promoción de los observatorios de la información social, pues tales órganos coadyuvan, simultáneamente, para el óptimo desarrollo de cada región, dado que su misión se centra –por lo general– en la difusión y crítica constructiva de los planes de gobierno o proyectos de ley, actuaciones trascendentales para la construcción del pensamiento humano.

Se resalta, además, que el observatorio se instituye como piedra angular del capital social, pues irradia los valores convertidos en normas, tales como la confianza, la solidaridad, la reciprocidad. Así, concomitantemente, se construyen las redes, las organizaciones y las instituciones que permiten la interacción social y se tornan en conductos del desenvolvimiento de las sociedades, los cuales generan, por su parte, una serie de efectos, a saber, la identidad colectiva.

En términos generales, el norte de un observatorio de esa especie, independientemente de si son liderados por sujetos de derecho público o privado, es la observación de los medios de información –no a coartar la libertad de expresión–, dado que básicamente bien podrían traducirse en laboratorios de experimentación para analizar medios masivos de comunicación, así como sus efectos directos sobre la sociedad, estableciendo, de este modo, un panorama equilibrado entre los poderes mediáticos y las necesidades básicas de la sociedad contemporánea, en lo que a datos confiables y veraces se refiere.

Cabe agregar, finalmente, que el fortalecimiento de la paz social, tan indispensable en nuestros pueblos latinoamericanos, *es asunto de larga data pues fue en los Estados Unidos a inicios del pasado siglo XX que diversas tendencias y escuelas teóricas emprendieron esfuerzos para asimilar cómo los medios de comunicación masiva, podría contribuir a la voluntad electoral frente a propuestas políticas de los candidatos a puestos de elección popular. Y pese a que tales inquietudes se orientaron más al ámbito de la sociología política, terminaron por contribuir en la construcción de la ciencia de la comunicación, estudios de opinión pública y la sociología de la información.*

En otro giro, el derecho a la información es un derecho fundamental de corte político; esto es, un derecho ciudadano e imprescindible para la participación político ciudadana. En esta inteligencia, surge la imperiosa necesidad de contar con medios de comunicación baluartes del pluralismo social y político. Dado que la información por estos transmitida, no ha de simplificarse a un mero producto comercializable en el mercado de los hombres, sino en un oficio de carácter social

o como dirían algunos administrativistas, *servicio público virtual*, coexistente a un ordenamiento jurídico de antigua veste como el patrio.

IV. CONCLUSIÓN

Los ciudadanos costarricenses interactuamos día con día, en un Estado Social y Democrático de Derecho cuya soberanía reside en el pueblo, ‘prerrogativa constitucional que permite tomar medidas contingenciales y correctivas en la eventual promulgación de normas jurídicas que atenten directa o indirectamente contra la soberanía binomial, líneas atrás enunciada. En el mismo estado de cosas, ello permite echar mano a herramientas que coadyuvan en los referidos cometidos, sean mecanismos de democracia directa, a escala nacional o cantonal, llámense referéndum de tez abrogativo o derogatorio, en cuanto a lo primero, o plebiscitos y cabildos en lo segundo, que a todas luces concretizan el Derecho de la Constitución, entratándose de la tutela de las prerrogativas ciudadanas.

Ahora bien, al efecto de lo anterior, se suma la reforma constitucional acaecida sobre la faz de los numerales 105 y 123 C. Pol, con motivo de la normativa N° 8281 promulgada el 28 de mayo del 2002, lo cual obligó al legislador común a regular dos noveles institutos constitucionales, objeto de otro estudio, v.gr. el Referéndum en sus diversas categorías y la Ley de Iniciativa Popular (Ley N.° 8492, del 23 de febrero de 2006, reglamentada por el Tribunal Supremo de Elecciones, bajo el decreto 11-2007 del 26 de junio de 2007, y Ley N.° 8491 del 9 de marzo de 2006, respectivamente). Cuyo norte se centra, como es bien sabido, en el *animus* de fortalecer la democracia participativa, dado que no es su intencionalidad suplantar totalmente los órganos de representación popular, sino que esa manifestación justifica, en el tanto y en el cuanto, se cumplan requisitos elementales de participación, votación, cantidad de rúbricas; todo ello, en un plano formalístico-sustancial de medidas para la abrogación o derogación de las leyes.

Por lo anterior, se fortalece el ideario de que será el pueblo, el legislador por antonomasia, quien delega su poder en el primer Órgano Constitucional de la República, sea, el Congreso, quien podrá avocar ese poder cuando así lo crea conveniente. Siendo de tal forma que el primero, ha de defender su soberanía y régimen democrático, pues como alguien en cierta ocasión afirmó, *los pueblos deben defender su Derecho, como lo hacen con los muros de su ciudad.*

V. BIBLIOGRAFÍA

Cabanellas, G. (2000). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires: Editorial Heliasta.
 J. J., R. (2001). *El Contrato Social*. Buenos Aires: Editorial Longseller.
 Platón. (2001). *La República: Libro VI (1ª ed)*. Valencia, España: Editorial Editilde S.L.
 Aristóteles. (1995). *Política* (traducción Patricio de Azcárate). Madrid: Editorial Espasa Calpe.

Obregón, C. (2000). *El proceso electoral y el poder Ejecutivo en Costa Rica: 1808-1998*. San José, CR.: Editorial UCR.

Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Editorial Espasa Calpe,

Zamora, F. (2002). *Los ideales constitucionales costarricenses*, San José, CR.: Editorial Juricentro.

Hernández, R. (1993). *El Derecho de la Constitución* (Tomo I). San José, CR.: Editorial Juricentro, S. J.,

Pinto, M. (1997). *El principio pro homine... La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Del Puerto.

Hernández, R. (1993). *Constitución Política de Costa Rica* (comentada y anotada). Editorial Juricentro, San José, CR.

Actas:

Asamblea Legislativa. *Acta N° 02,05-10-2000*. “Discusión de proyecto de reforma de los artículos 105, 123, 124, 129, 195 y 102 de la Constitución Política, tramitado según expediente legislativo N° 13.990.”

Asamblea Nacional Constituyente. *Acta N° 89*

Asamblea Nacional Constituyente. *Acta N° 168*.

Internet:

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: PNUD, portal del Perú. (s. f.). <http://www.pnud.org.pe>

Normativa:

Constitución Política Española de 1978. (1985) Madrid, Editorial Tecnos.

Ley N° 7135 de la Jurisdicción Constitucional (anotada, concordada y con jurisprudencia procesal). (2001). Editorial IJ.S.A., 2ª ed. San José, C.R.

Jurisprudencia Sala Constitucional:

Sala Constitucional. *Sentencia N° 1267-96* de las 12:06 horas del 15 de marzo de 1996.

Sala Constitucional. *Sentencia N° 08662-00* de las 10:03 horas del 2 de diciembre de 1998. Consulta preceptiva de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley de “Aprobación del Convenio constitutivo de la Asociación de los Estados del Caribe”, suscrito el 24 de julio de 1994 en la República de Colombia.

Sala Constitucional. *Voto N° 311-90 del 23 de marzo de 1990*. “Impugnación de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N° 6209 de 9 de marzo de 1978, artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9 y 10 y su Reglamento, Decreto Ejecutivo No. 8599 MEIC del 5-5-78 por violar: Artículos 6 y 10 de la Constitución Política.”

Sala Constitucional. *Sentencia N° 1819-2005* de las 8:47 horas del 25 de febrero del 2005, considerando III.

Sala Constitucional. *Voto N° 1292-90 del 17 de octubre de 1990*. “Homeopatía. Ejercicio como alternativa de salud.”

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS EN LOS PROCESOS CONCURSALES

M.Sc. Brenda Caridad Vargas

Jueza Laboral. Juzgado de Trabajo de Heredia.

M.Sc. Alejandra Vargas Montero

Letrada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resumen:

El ordenamiento jurídico costarricense; determinó varios tipos de procesos concursales. Dependiendo de la situación económica del deudor fallido, así como de aspectos sociales y económicos, se podrá optar por un proceso de tipo preventivo, o por uno de corte liquidatorio. Mediante el artículo 33 del Código de Trabajo, se protege la situación de los trabajadores y las trabajadoras, quienes, como integrantes de la fuerza productiva del país, pueden ver socavados sus derechos laborales, cuando su patrono es objeto de un proceso concursal.

Palabras clave:

Derechos laborales
Procesos concursales

Summary:

The Costa Rica Legal system has identified several types or bankruptcy processes. Depending on the economic situation of the debtor, and his or her social and economic status, one can select between a preventive bankruptcy process or one that is based on liquidating assets.

The article 33 of the Costa Rican Labor Code protects the status of workers who, as members of the productive force of the country, may see undermined their labor rights, in case their employer is dealing with a bankruptcy process.

Key Words:

Labor rights
Bankruptcy process

I. INTRODUCCIÓN:

Los distintos tipos de relaciones jurídicas que surgen entre los sujetos del derecho, nacen para ser cumplidas, dentro de un contexto de normalidad. Pero son muchos los supuestos en los cuales las relaciones patrimoniales no son satisfechas, lo cual puede obedecer a múltiples causas. Ante el incumplimiento, la parte acreedora puede acudir a los remedios co-

activos que el ordenamiento jurídico brinda, para lograr la obtención por medio de la vía del pronunciamiento de una autoridad, de la prestación que la parte deudora incumplió. Se parte de un escenario en el cual el patrimonio del deudor se encuentra sano, entendiéndose por tal que no se está ante una situación de insuficiencia, que es aquella en la que el patrimonio tiene más pasivos que activos, sea más deudas que bienes que permitan hacerles frente a las obligaciones adquiridas, por lo cual se trata un patrimonio deficitario.

Pero, ante una situación de insuficiencia patrimonial, el ordenamiento jurídico pretende equilibrar los intereses de cada acreedor individual, con la realidad de la falta de recursos para asumir las obligaciones contraídas, y el interés de los restantes acreedores, surgiendo así los procesos concursales, mediante los cuales se pretende la ejecución colectiva de todo el patrimonio del deudor, con el fin que los acreedores comparezcan, en igualdad de condiciones –en principio– a obtener el resarcimiento de todo o parte de lo adeudado.¹

Dependiendo de factores tales como, el grado de insuficiencia patrimonial, la cantidad de acreedores afectados y sus intereses en juego, el ordenamiento jurídico ha contemplado la posibilidad de acudir a procesos concursales preventivos, o procesos concursales liquidatorios, los cuales serán objeto de un breve estudio a continuación.

II. CONSIDERACIONES ACERCA DEL CRÉDITO LABORAL

Este se define, como aquella acreencia que es producto de una obligación surgida con ocasión de la ejecución o finalización del contrato de trabajo. También se incluye dentro de las obligaciones laborales, lo relacionada con seguridad social y riesgos del trabajo por ser prestaciones a las que tiene derecho el empleado en razón de su condición de trabajador. Cuando enfrentamos un proceso concursal, se busca en lo que a materia laboral se refiere, que ocurra un pronto pago de esos créditos donde el principal protagonista es el trabajador y la trabajadora. La preocupación radica en que, a pesar de considerarse este tipo de créditos con privilegio o prelación, este reconocimiento, como lo ha dicho la doctrina en la realidad “sería un reconocimiento de tipo formal en cuanto a su postura como acreedor pero no satisfaciendo en forma material su crédito”²

El artículo 85, dispone que: *Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales:*

... c) La fuerza mayor o el caso fortuito, la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla solo rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos y cuando se haya satisfecho la preferencia legal que tienen los acreedores alimentarios del occiso, insolvente o fallido(...)

Por su parte, el artículo 40 de la Ley de protección al Trabajador dispone en su párrafo segundo, de un privilegio de pago para las deudas a favor del Fondo de Capitalización Laboral, a efectos de que las operadoras de pensiones y las organizaciones sociales como asociaciones solidaristas puedan recuperar con mayor prontitud dineros de inversiones efectuadas con el dinero recibido por concepto de aportes de los trabajadores y patronos.

Cabe observar que en materia laboral el trabajador y la trabajadora gozan de una serie de beneficios, tales como ausencia de patrocinio letrado y el principio de gratuidad, lo que significa que de sus gestiones no debe aportar copias ni pagar timbres. Sin embargo, en la práctica, como el proceso concursal se trata de un proceso civil, se exige que los trabajadores deban cumplir con los requisitos que ahí se establecen, como patrocinio letrado, copias, pago de timbres entre otros. Esto torna problemático el cobro realizado por el trabajador, que de por sí ya no recibe su salario ni sus indemnizaciones y, aun así, se ve obligado a procurarse un abogado para poder apersonarse al proceso concursal. Parece que en el estado actual de nuestra normativa, la prelación otorgada al trabajador radica únicamente en su posición preferencial como acreedor, cuando se realice el pago solamente. Así parece desprenderse de lo resuelto por nuestros tribunales cuando la Sala Segunda de la Corte indica la improcedencia del otorgamiento de intereses dentro de un proceso laboral instaurado en contra de una quiebra³.

III. PROCESOS PREVENTIVOS

Su objetivo principal es evitar que el patrimonio deficitario o insano sea objeto de un proceso liquidatorio. Por ello, se pretende llegar a una solución que no sea la declaratoria de quiebra o insolvencia. Su finalidad última es entonces, salvar la empresa que enfrenta una crisis. De esta forma, para acudir a un proceso preventivo en lugar de uno liquidatorio, se deben ponderar dos intereses en juego: por un lado, la tutela de la masa de acreedores, y por el otro la protección de la empresa. El ordenamiento jurídico considera que si la desa-

parición de la empresa causa graves efectos a nivel social, v. g.r. por los productos y servicios que genera, por la situación de los trabajadores y trabajadoras cesantes, y asimismo, la situación de los acreedores puede ser atendida de manera adecuada, resulta más razonable acudir a un proceso preventivo. En este sentido, la doctrina ha indicado que: *Ese enfoque es inobjetable, pues implica un modo eficaz de dar respuesta a los modernos conflictos provocados por la cesación de pagos de la empresa en tanto involucran el interés social. La empresa –en efecto– constituye una actividad útil para la comunidad desde diversos enfoques: el de los trabajadores, el de las empresas concéntricas, el de la población vinculada de un modo u otro a esa actividad económica, etc., todo lo cual hace imprescindible la facilitación del acceso a este tipo de soluciones, en las que, en última instancia, quedarán balanceados los intereses en juego.*⁴

Los procesos preventivos pueden ser de dos tipos: uno de saneamiento y reorganización, y el segundo de tipo negocial. Nuestro ordenamiento jurídico contempla ambos supuestos, regulando los institutos de la administración por intervención judicial y el convenio preventivo.

1. PROCESOS PREVENTIVOS DE SANEAMIENTO Y REORGANIZACIÓN

Reiterando lo indicado líneas atrás, con un proceso concursal de esta naturaleza se pretende salvaguardar la empresa de un proceso liquidatorio, que conllevaría a su desaparición. Se parte entonces de una empresa que presenta una crisis económica y/o financiera, pero que dada la valoración de los intereses sociales y económicos, tanto de los acreedores, como del sector productivo donde está inserta, y el grado de insuficiencia patrimonial, así como de las causas que lo generaron, existe un interés en rescatarla. Todos estos factores pueden determinar que la balanza se incline a favor del mantenimiento de la empresa cuyo patrimonio está atravesando por una crisis, lo cual puede lograrse mediante un proceso preventivo de saneamiento y reorganización.

Mediante este proceso, el legislador plasmó la idea de limpiar o sanar el patrimonio en crisis; esto, por medio de la adopción de una serie de medidas que lleven a erradicar las causas que generaron los apuros económicos o financieros, disposiciones que tienen por finalidad la modificación del esquema de organización empresarial. En otras palabras, deberán determinarse las causas de la crisis, y las medidas por tomar para salir de esta situación y poner a caminar nuevamente la empresa. De esta forma, la intención del legislador puede consistir en establecer en el cuerpo normativo las medidas por adoptar, las cuales serán entonces fijas, aplicables a todo procedimiento de esta índole, o delegar esta labor en la propia empresa, la que deberá determinar, dependiendo de la situación concreta que generó la crisis, cuáles son las medidas que se requieren para solventar la crisis. Una vez constatado el interés en rescatar la empresa, y de preservarla de un proceso liquidatorio, el legislador reviste a un órgano, ya sea judicial o administrativo, del poder suficiente para ir incluso en

contra de la masa de acreedores, y de instaurar un proceso de saneamiento y reorganización aun en contra de la voluntad de estos, por lo cual se les resta poder a los acreedores; todo, con el fin de salvaguardar los intereses sociales y económicos que la preservación de la empresa garantiza.

1.1. La administración y reorganización con intervención judicial

En el caso de nuestro país, es al órgano judicial a quien le corresponde determinar cuándo una empresa puede ser sometida a este procedimiento. El Código Procesal Civil regula, en los artículos 709 y siguientes, un proceso preventivo de saneamiento y reorganización, el cual tiene por finalidad el salvamento de la empresa por medio de un plan, propuesto por la misma parte deudora, responsable de informar sobre las causas de la crisis y cuáles acciones deben adoptarse para lograr que la empresa logre salir a flote y superar la crisis económica o financiera. Las medidas por adoptar dependen entonces de la situación particular que enfrente la empresa, por lo cual no estamos ante un sistema con medidas fijas de protección. Este sistema de naturaleza eminentemente reorganizativa, fue instaurado por Ley N.º 7643, del 17 de octubre de 1996, ya que, con anterioridad, existía un sistema tutelar, en el cual el legislador había determinado de previo las medidas fijas para obtener la superación de la crisis.

1.2. Los contratos de trabajo dentro de la administración y reorganización con intervención judicial.

La primera consideración por efectuar, es que por tratarse de un proceso de naturaleza reorganizativa, que pretende salvar la empresa de una declaratoria de quiebra, la regla es que la actividad empresarial va a continuar. En este escenario, puede partirse del presupuesto de que los contratos de trabajo no van a cesar, por lo cual no existe el riesgo de que los y las trabajadoras pierdan sus empleos, con las consecuencias que ello conlleva, de pago de prestaciones laborales y reclamos con ese fin.

Pero, pese a que la actividad de la empresa no será terminada —en tesis de principio—, la administración por intervención judicial gira alrededor de un plan de reorganización y salvamento, que deberá ser presentado por el deudor empresario como un requisito de admisibilidad de la solicitud, cuyo contenido va a depender de la situación particular de la empresa; esto es, las razones que la llevaron a enfrentar la situación económica y financiera difícil, y las acciones por tomar para contrarrestar la crisis. Este plan es citado de forma expresa en los artículos 713 y 714 del Código Procesal Civil, siendo que la primera norma indica el carácter obligatorio de su presentación con la solicitud del deudor de someterse al procedimiento de administración y reorganización con intervención judicial, aclarando que este debe ser elaborado por un profesional en administración o en finanzas, de reconocida capacidad técnica e idoneidad moral e inscrito en el colegio respectivo. Su contenido deberá versar sobre las razones que

amparan la viabilidad económica y financiera de la empresa, así como las medidas de reorganización que deberán adoptarse para superar la crisis y un cronograma de ejecución de ese plan, con el señalamiento del plazo para cumplirlo.

El ordenamiento jurídico fija entonces el marco normativo para la elaboración del plan: contar con la asesoría de un profesional en la materia, indicar cuáles son las causas de la crisis, justificar el por qué se considera que la empresa, pese a la dificultad que afronta, puede continuar operando en el mercado, lo que implica que la crisis es superable, e indicar cuáles son las medidas concretas de reorganización que deberán adoptarse con ese fin, fijadas con fechas de inicio y finalización. Respecto a la adopción de estas medidas, la norma siguiente —artículo 714 *ibídem*— establece, a manera de ejemplo, una serie de medidas que puede contener el plan, por lo cual su acatamiento no es obligatorio, sino que su inclusión obedece a la voluntad del legislador de ejemplificar el contenido de un eventual plan. Cabe destacar el inciso 2, norma que determina que dentro de las medidas de reorganización de la empresa puede adoptarse la resolución de contratos de trabajo, con el pago obligado de las prestaciones legales y la preferencia establecida en el artículo 33 del Código de Trabajo. De esta forma, si dentro del plan se adopta el despido de parte de la planilla de trabajadores y trabajadoras, estos gozarán de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, a excepción de los alimentarios, en el pago de los extremos por concepto de preaviso, cesantía o de la indemnización prevista para los contratos a tiempo fijo y por obra determinada, determinando la norma el plazo de treinta días para su pago, contados a partir del reconocimiento formal que de ellos haga ya sea el Tribunal de Trabajo o el interventor, o en el momento que haya fondos si al vencerse ese plazo no los hubiere del todo.

2. PROCESOS PREVENTIVOS NEGOCIALES

En este tipo de procesos, el deudor en situación de crisis debe convencer a la masa de acreedores de la conveniencia de no ir a la quiebra, pero siempre bajo el presupuesto de que los acreedores son quienes, en última instancia, deciden si lo aceptan o no. De esta forma, el deudor debe exponer a sus acreedores la situación por la cual atraviesa la empresa, y proponerles un acuerdo o convenio para lograr la superación de la situación. Se da entonces una especie de negociación entre las partes, siendo que la masa de acreedores cuenta con el poder de determinar la conveniencia o no de lo propuesto. Asimismo, el contenido de un convenio preventivo puede ser cualquier cosa, siempre y cuando sea lícito.

En el derecho comparado, este tipo de procesos se le llama “concurso preventivo”, pudiendo ejemplificarse su funcionamiento mediante la siguiente cita: *un sujeto determinado, en estado de cesación de pagos, considerando la situación de su empresa, entiende que le es posible ofrecer una solución a sus acreedores que no consista en el pago inmediato y total de las deudas que lo agobian y sus intereses. Ello puede consistir en la obtención de una espera, el logro de*

una quita, etc. Por su parte, el acreedor tiene la experiencia de que en las quiebras el quirografario difícilmente cobra íntegramente su crédito. Por lo tanto, le conviene un acuerdo en que mediante un sacrificio parcial de sus derechos, tal vez logre no sufrir todo el perjuicio resultante de la quiebra. De esta forma, el deudor ofrece una solución a la crisis de la empresa que está afectando a los acreedores, la cual puede tener cualquier contenido que el ordenamiento jurídico ampare, y los acreedores pueden aceptarla, siendo que en caso afirmativo el patrimonio del deudor se salvará de acudir a un proceso liquidatorio, y en el supuesto de rechazo, el camino por seguir es el de la quiebra.

Para la doctrina, como con el convenio preventivo el deudor pretende sustraerse a los efectos de una declaratoria de quiebra con la consecuente liquidación de su patrimonio, en tesis de principio se considera que este continuará con la actividad económica empresarial, con los ajustes que el acuerdo implemente.⁵ Pero dada la amplia posibilidad de formas que puede revestir un acuerdo de este tipo, puede incluso llegarse a convenir una forma particular de liquidación del patrimonio, no sujeta a los trámites de la quiebra, siempre y cuando se respete, las limitaciones establecidas por la ley, en particular sobre los privilegios y preferencias de los distintos acreedores.

2.1. El convenio preventivo.

En nuestro país, el proceso preventivo de tipo negocial se denomina convenio preventivo. Acorde con el artículo 743 del Código Procesal Civil, la legitimación activa para iniciar un proceso de esta índole la tiene el deudor que se encontrare en crisis económica y financiera o en una situación de hecho que, según la ley, permita someterlo a ejecución colectiva, entendiendo por tal un proceso liquidatorio de quiebra o insolvencia. Dicho deudor cuenta con la posibilidad de proponer un convenio a sus acreedores, siempre y cuando no esté declarado en quiebra, concurso civil ni esté tramitando un procedimiento de administración y reorganización con intervención judicial. Si la solicitud es admisible, por cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley, el juzgado procederá a declarar abierto el proceso, a nombrar un curador, y a emplazar a los acreedores mediante un aviso que se publicará en un diario de circulación nacional, contando con el plazo de quince días para legalizar sus créditos. De previo a la junta, deberá seguirse el trámite de verificación de créditos. Una vez agotados estos pasos previos, se celebrará la junta, momento en el cual los acreedores determinarán si aceptan o no el convenio propuesto por el deudor. Para que la propuesta sea aprobada y afecte a todos los acreedores, se requiere que una mayoría de los acreedores concurrentes a la junta, que representen al menos dos tercios de la totalidad de los créditos legalizados estén de acuerdo. Al respecto, se pronuncian los artículos 748 y 752 del Código Procesal Civil.

2.2. Los contratos de trabajo dentro del convenio preventivo.

El primer aspecto por tomar en cuenta es que la situación de crisis que un deudor, sea empresario o no, debe estar enfrentando para acceder a un proceso de este tipo, es la propia de un proceso de quiebra. De esta forma, se trata de un deudor fallido, que recurre al convenio preventivo para evitar la declaratoria de quiebra, para lo cual requiere que una mayoría calificada de sus acreedores esté de acuerdo. Por ello, la situación de los contratos de trabajo va a depender del tipo de convenio propuesto, y de la aceptación de los acreedores, dentro de los cuales los trabajadores y las trabajadoras están incluidos. Dentro de este marco conceptual, si en el convenio preventivo se adoptó el acuerdo de reducir la planilla de los trabajadores y las trabajadoras, procediendo a efectuar despidos, resulta de aplicación el artículo 33 del Código de Trabajo, gozando los créditos por concepto de preaviso, cesantía e indemnización por terminación del contrato de plazo fijo, del privilegio especialísimo establecido en dicha norma. En igual sentido, los salarios adeudados contarían con el mismo privilegio, por así desprenderse de la interpretación armónica de la restante normativa laboral.

IV. EL PROCESO LIQUIDATORIO

Conforme a lo expuesto en líneas anteriores, ante una situación patrimonial patológica, puede acudir a procesos concursales de naturaleza preventiva, o propiamente al proceso liquidatorio. Para elegir entre uno u otro, debe bastantarse el interés de la masa de acreedores en obtener el pronto pago de todo o parte de lo que se le adeuda, con la protección de las empresas que pese a la situación de crisis que enfrentan, cumplen un interés social y económico dentro de la estructura productiva del país, muchas incluso más allá de nuestras fronteras, por lo cual su cierre total tendría efectos más perniciosos. Tratándose de un proceso liquidatorio, la balanza se inclina a favor del interés de los acreedores en obtener el pronto pago de sus deudas, por lo cual se procede a inventariar la totalidad del patrimonio del deudor fallido, a liquidarlo y a comenzar a pagar a todos los acreedores apersonados, bajo el principio de la *pars conditio creditorum* o igualdad de trato entre los acreedores. Esto significa, que la situación de cada acreedor no será vista de manera individual, sino en conjunto con toda la masa de acreedores, procediéndose a satisfacer los intereses de cada uno en forma proporcional o a prorrata. Aunque conforme al principio enunciado, todos los acreedores comparecen ante el concurso en grado de igualdad, existen excepciones a esta regla que corresponden a los privilegios y preferencias, los cuales serán objeto de estudio en el capítulo siguiente.

Para proceder a la declaratoria de un proceso concursal liquidatorio, se debe partir de un estado de insuficiencia patrimonial, lo que conlleva a que la parte activa del patrimonio es insuficiente para que todos los acreedores satisfagan sus acreencias, por lo cual el acudir a ejecuciones judiciales individuales resulta improcedente, ya que la situación del deudor debe ser valorada de forma global; todo, con el fin de hacer respetar el principio de la igualdad de trato de los acreedores.

Se procede entonces a declarar el estado de quiebra del deudor, con lo cual todo su patrimonio será objeto de una ejecución colectiva, en la cual se convocará a todos sus acreedores para que se apersonen al proceso concursal a hacer valer sus derechos, lo anterior con las excepciones que la propia ley establece.

1. SITUACIÓN EN COSTA RICA

En nuestro país, el régimen jurídico que le da tratamiento no es unificado. Esto significa que no existe un único proceso liquidatorio, sino que este se bifurca de la siguiente forma: por un lado, se encuentra la quiebra, regulada en el Código de Comercio, y por el otro la insolvencia regulada en el Código Civil. Lo anterior es una consecuencia de la falta de unicidad del derecho privado, vestigio del modelo napoleónico adoptado por nuestro legislador a la hora de promulgar ambos cuerpos normativos.

a. La quiebra

La quiebra, acorde con el artículo 851 del Código de Comercio, puede declararse en contra de un comerciante (persona física o jurídica), o en contra de una sociedad, por solicitud del propio deudor o de uno o varios de sus acreedores. De la relación armónica de los artículos 856 y 863 *ibídem*, se concluye que la declaratoria del estado de quiebra debe realizarse por una autoridad judicial, por resolución que debe ser motivada. Para efectos del tema en estudio, debe tomarse en cuenta que, una de las razones por las cuales puede declararse el estado de quiebra de un comerciante o una sociedad, corresponde cuando injustificadamente se dé el cierre del local de su empresa o negocio (inciso d artículo 851 citado), lo cual, evidentemente, perjudicará a los trabajadores y las trabajadoras que presten sus servicios a favor del patrono fallido. Igualmente, cuando el comerciante o sociedad ha cerrado sus operaciones, puede declararse el estado de quiebra, siempre y cuando la solicitud sea planteada dentro de los dos años siguientes al cierre de los negocios, y si la cesación de pagos ha ocurrido durante el tráfico mercantil, o en el año siguiente por consecuencia de obligaciones dependientes o derivadas del mismo tráfico (artículo 859 Código de Comercio). Asimismo, la declaratoria del estado de quiebra por parte de la autoridad judicial competente, deberá fijar, con calidad de “por ahora” y en perjuicio de tercero, la época en que hubiere cesado el fallido en el pago corriente de sus obligaciones. De no haber en el expediente prueba de ser más reciente, la resolución retrotraerá los efectos de la declaratoria hasta tres meses. Se dice que la fijación es “por ahora”, ya que el curador o cualquier acreedor, en cualquier tiempo, podrá solicitar la modificación de dicha fecha, pudiendo retrotraerla hasta seis meses del día en que se declare la quiebra; esto, mediante el trámite de los incidentes. Todas estas normas pueden afectar la situación del trabajador, ya que dependiendo de la fecha que se determine la cesación de pagos, los extremos laborales tales como preaviso, cesantía, salarios caídos pueden variar.

Puede afirmarse, en tesis de principio, que con la instauración de un proceso liquidatorio cesa la actividad empresarial o el negocio del deudor fallido. Pero es posible que, aun dentro de la tramitación de la quiebra, se autorice la continuación de algún negocio del quebrado, para facilitar la liquidación del patrimonio. Para ello, debe existir pronunciamiento de la autoridad judicial competente, el cual debe estar firme para ser ejecutado (véase artículo 908 *ibídem*). Se concluye entonces que la regla es la cesación de toda actividad empresarial o de negocios; esto, para proceder al inventario de bienes y la liquidación de los activos, y que solo excepcionalmente puede continuarse con la actividad del fallido, siempre y cuando esta continuación facilite el proceso de liquidación. De esta forma, la autorización para continuar uno o varios negocios del quebrado debe girar siempre en torno al proceso de liquidación ya iniciado.

b. La insolvencia

Por ser el Código de Comercio una ley especial, que se aplica a los comerciantes (persona física o jurídica) y a las sociedades constituidas con arreglo a dicho cuerpo normativo (artículo 5), por exclusión se concluye que la insolvencia es el proceso concursal liquidatorio que el legislador reservó para aquellos deudores en estado de cesación de pagos, que no ostenten la condición de comerciante, o de sociedad constituida conforme al Código de Comercio. El mejor ejemplo para ilustrar quien puede ser objeto de un proceso de insolvencia consiste en las personas físicas que no ejerzan actividad empresarial ni actos de comercio, como puede ser la persona que contrata una servidora doméstica y un jardinero para que labore en su casa, que además obtiene préstamos para financiar la compra de su vivienda y su vehículo, y que entra en un estado insuficiencia patrimonial.

El Código Civil, en los artículos 884 y siguientes, establece una serie de normas que dan sustento normativo al proceso concursal liquidatorio de la insolvencia. En primer lugar, determina la necesidad de una declaratoria judicial para que la insolvencia produzca todos los efectos que la ley le atribuye (artículo 884), la cual debe ser a instancia de uno o varios acreedores, siempre y cuando se compruebe que los bienes del deudor son insuficientes para cubrir sus deudas (artículo 886), mencionándose entonces el estado de insuficiencia patrimonial para que proceda dicha declaratoria.

Para continuar con el negocio o negocios del deudor insolvente, se requiere autorización especial por parte de la autoridad judicial, lo cual será llevado a cabo por el curador (artículo 933 *ibídem*).

c. El desapoderamiento

Como una consecuencia inevitable de la declaratoria de quiebra o insolvencia, se encuentra el desapoderamiento. De esta forma, el deudor fallido no podrá continuar con la administración y disposición de sus bienes, siendo que a partir de la declaratoria del estado concursal, esta será ejercida por un curador. En este sentido, se pronuncia el artículo 899 del

Código Procesal Civil, de aplicación a la quiebra conforme al numeral dos del Código de Comercio.

2. LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA QUIEBRA Y LA INSOLVENCIA

En un proceso liquidatorio, y como una consecuencia del estado de insuficiencia patrimonial del deudor fallido y de la finalidad de este tipo de procesos, la normalidad indica que la actividad del quebrado o insolvente cesará, procediendo la masa de acreedores a asumir la administración de los activos y pasivos por medio del órgano del curador. Pero, como excepción a esta regla, el Código de Comercio y el Código Civil permiten que la actividad del fallido, sea uno o varios de sus negocios, pueda continuarse, bajo el entendido de que esta extensión gira en torno al proceso liquidatorio en sí. Por esta razón, la situación de los contratos de trabajo cuya existencia es previa a la declaratoria del concurso, debe valorarse ante estas dos posibilidades que el ordenamiento jurídico confiere.

La legislación laboral establece en este sentido que la insolvencia, concurso o quiebra del patrono, es una causal que termina con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador, y sin que se extingan sus derechos laborales propios –del trabajador– o de sus causahabientes, siempre y cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos (artículo 85 inciso c). De esta forma, la declaratoria de quiebra o insolvencia por sí sola no implica la terminación de los contratos de trabajo, ya que para ello se requiere que el estado de insuficiencia patrimonial que la motivó genere, a su vez, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos. Esta situación, deberá ser valorada por el órgano judicial competente para conocer del proceso concursal, así como por el curador designado. Asimismo, la apertura del concurso tampoco es una causal para suspender los contratos de trabajo. Esto, por cuanto, el artículo 74 del Código de Trabajo no lo contempla como causal de suspensión de forma expresa, normativa que es de interpretación restrictiva. Entonces, ¿qué ocurre con los contratos de trabajo al momento de declararse la quiebra o insolvencia?

En primer lugar, debe decirse que existe una laguna normativa al respecto, por lo cual se debe acudir a la integración normativa para determinar cómo abordar la situación en el seno de un proceso liquidatorio que es de naturaleza civil, pero en el cual deben valorarse disposiciones propias del derecho laboral, ante la existencia de trabajadores y trabajadoras que se ven afectados por la situación patrimonial de un patrono declarado en estado de quiebra o insolvencia. Asimismo, va a depender de si en el proceso concursal se autoriza la continuación de la actividad desempeñada por el deudor fallido. Debe recordarse que esta posibilidad a nivel normativo es tratada de manera excepcional, ya que se requiere un pronunciamiento judicial que así lo disponga. A *contrario sensu*, si no existe resolución que de forma expre-

sa autorice la continuación de una o varias actividades del quebrado o fallido, debe entenderse que existe imposibilidad para realizarlas.

En el supuesto de que no exista autorización para continuar con una o varias actividades del deudor fallido, ya sea porque no fue solicitado por el curador o bien porque la solicitud fue denegada por la autoridad judicial, debe interpretarse que los contratos de trabajo han terminado, dado que una consecuencia necesaria, inmediata y directa del proceso concursal es la cesación de actividad del fallido; esto, para proceder al inventario de los activos y pasivos, con el fin de valorar la situación patrimonial de forma global y liquidar los activos entre los acreedores, conforme al principio de igualdad de trato de estos, con las salvedades establecidas en la propia ley. Si, por el contrario, existe autorización judicial para continuar uno o varios negocios del deudor fallido, la situación de los contratos de trabajo debe valorarse en cada caso concreto, para determinar cuáles trabajadores y trabajadoras continuarán en sus labores y cuáles serán cesados ante las exigencias del proceso liquidatorio. Aspectos como cuál o cuáles sucursales permanecerán abiertas o que labores son indispensables para el proceso de liquidación, deberán ser valoradas en su momento por el curador, y planteadas ante los acreedores y la autoridad judicial competente, todo con el fin de determinar el futuro de los contratos de trabajo. En el caso de los trabajadores y las trabajadoras cesados, resulta de aplicación el artículo 33 del Código de Trabajo, norma que confiere a los créditos de los trabajadores y las trabajadoras un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, a excepción de los alimentarios, norma que también es de aplicación a los procesos liquidatorios.

V. CONCLUSIONES

El artículo 33 del Código de Trabajo es de aplicación a todos los procesos concursales, sean preventivos o liquidatorios. Dicha norma le concede el carácter de crédito con privilegio especialísimo al reclamo que formule el trabajador al concurso, originado por la pretensión de pago de sus prestaciones.

Por sí sola, la declaratoria del concurso, sea preventivo o liquidatorio, no implica ni la terminación ni la suspensión de los contratos de trabajo. La continuación de estos es un aspecto que deberá ser valorado por la autoridad judicial competente, ya sea al presentarse el plan de salvamento –en la administración por intervención judicial– o al solicitarse la continuación de uno o varios de los negocios del fallido –en la quiebra o insolvencia–, o bien serán los acreedores los que deberán pronunciarse sobre el punto –en el convenio preventivo–.

Acorde con la normativa vigente, el trabajador cuenta con la posibilidad de reclamar los extremos laborales adeudados por el patrono concursado directamente ante el proceso concursal, mediante el trámite de la legalización de créditos, pero también puede acudir a la vía ordinaria, formulando su reclamo mediante un proceso laboral y procediendo luego a presentar la sentencia que declaró los derechos a su favor.

El legislador determinó la procedencia de esta doble vía, siendo que ambas no son excluyentes, por lo cual es válido el doble reclamo, o bien que se le exija al trabajador por parte de los órganos del concurso la presentación del juicio ordinario. Consideramos que esta situación puede generar atrasos injustificados en el reconocimiento del privilegio concedido por ley al trabajador, por lo cual urge que a nivel normativo se dé una reforma que permita el reconocimiento rápido y efectivo del crédito laboral. Valga la oportunidad para destacar la importancia que reviste la ratificación del convenio 173 de la OIT, para que nuestro país adquiera el compromiso de proteger más efectivamente los créditos laborales frente a la crisis económica del empleador. Dicho instrumento aboga por la creación de un fondo de garantía, que dé un respaldo a los trabajadores y las trabajadoras, cuyos patronos sean sometidos a un proceso de esta naturaleza, todo en procura de obtener un pago rápido de los extremos a los que por ley tienen derecho.

VI. NOTAS DE REFERENCIA

- 1 Tonón da la siguiente definición de juicio concursal: “Cuando el deudor se halla en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, el ordenamiento jurídico prevé un juicio que involucra todo su patrimonio y todos sus acreedores. A este juicio se lo llama juicio concursal, procedimiento concursal o, más simplemente, concurso, porque todos los acreedores son llamados a concurrir para ser tratados en pie de igualdad a prorrata de sus respectivos créditos, salvo las preferencias de ley.” Véase: Tonón (Antonio), Derecho Concursal I, Instituciones Generales, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, Véase p. 9.
- 2 Mac Donald, Fabiana, “Los créditos laborales frente al concurso del empleador”, <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=22503>
- 3 El voto número 32 de fecha: 20/01/1995 a las 9:00 a.m. emitido por: Sala Segunda de la Corte dispuso en este sentido: “(...) De manera que, por disposición legal, se fija a partir de la resolución que declara la quiebra, el momento en el cual se produce vencimiento y exigibilidad de las obligaciones del deudor; situación que se aplica en el caso de las obligaciones laborales, y de ahí se extrae que, para los efectos de lo dispuesto por los artículos 28, 29 y 30 del Código de Trabajo, en el caso que nos ocupa, los seis meses para el cómputo del salario promedio, corresponden a los meses que corren de agosto de 1986 a enero de 1987, y es por ello que los cálculos efectuados por el Tribunal Superior de Cartago se encuentran correctamente realizados puesto que se tomó el lapso correspondiente al último período laborado por los accionantes para la empresa demandada. Hecha esta aclaración, se procedió a la verificación de los cálculos realizados por el Tribunal Superior de Cartago, correspondientes a los rubros reclamados por los accionantes, fundamentalmente –preaviso y auxilio de cesantía– determinándose que los mismos (SIC) son correctos, conforme al salario promedio devengado por los trabajadores durante los últimos seis meses
- 4 Fassi (Santiago), Concursos y Quiebras, quinta edición actualizada, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p.39.
- 5 Fassi (Santiago), Concursos y Quiebras, quinta edición actualizada, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pp.37-38.
- 6 Al respecto, se ha dicho lo siguiente: “*En nuestro ordenamiento jurídico el juicio concursal puede revestir, en su origen, sólo una de estas dos formas: el concurso preventivo o la quiebra directa. Mientras el concurso preventivo se desarrolla sobre la base de que el deudor sigue al frente de la administración de su patrimonio y continúa, si la tiene, con su actividad empresarial, la quiebra directa se desarrolla sobre la base de que el deudor pierde la administración de su patrimonio y cesa en su actividad empresarial. Mientras el concurso preventivo tiende a que el deudor logre un acuerdo preventivo con sus acreedores que le permita continuar su actividad, sin solución de continuidad, la quiebra directa tiende a la liquidación del patrimonio del deudor para distribuir su producido entre los acreedores, salvo que logre un acuerdo resolutorio con éstos. Mientras el concurso preventivo sólo procede a petición del propio deudor, la quiebra directa procede tanto a petición del propio deudor como a petición de sus acreedores.*” Véase Tonón (Antonio), Derecho Concursal I, Instituciones Generales, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp.9 y10.

PLAGIO Y DERECHOS DE AUTOR

Dr. Celin Arce Gómez
carce@uned.ac.cr

Resumen:

El presente ensayo consiste en un análisis del marco legal del plagio en Costa Rica. El plagio es un creciente y desafiante problema que se da especialmente en el mundo académico. A pesar de que existe evidencia suficiente que indica que la mayoría de los autores, incluidos los estudiantes universitarios, son conocedores de las reglas que rigen el uso de las citas textuales, el plagio de texto es probablemente el tipo más común de plagio.

No obstante en Costa Rica no es un delito, por lo que da origen únicamente a responsabilidad civil, sea, a la eventual responsabilidad de pagar por los daños causados.

Asimismo la Ley de Derechos de Autor de Costa Rica no da una definición de plagio, lo que genera mucha ambigüedad. Por otro lado, existen otros términos similares como piratería y auto plagio que deben ser explicados para evitar confusión.

Finalmente, en Costa Rica, Perú y Colombia, por ejemplo, los tribunales judiciales han fallado casos relevantes que tienen que ver con el plagio y lesión a los derechos de autor, particularmente los derechos morales.

Palabras claves:

Propiedad intelectual, derechos de autor, plagio, copia y pega, violación de derechos de autor, uso justo

Abstract:

This paper is a discussion about the legal framework of the plagiarism in Costa Rica. Plagiarism is a growing and challenging problem especially in the academic world.

Although the evidence indicates that most authors, including college students, are aware of rules regarding the use of quotation marks, plagiarism of text is probably the most common type of plagiarism

However in Costa Rica that kind of conduct is not a felony, therefore causes only civil liability that is potential responsibility for payment of damages

Moreover the costarican Copyright Law does not have a definition of plagiarism, lack which causes a lot of ambiguity. On the other hand there are other related terms like piracy and self-plagiarism which must be explained in order to avoid confusion. Finally, in Costa Rica, Perú and Colombia, for instance, judicial tribunals have solved relevant cases dealing with plagiarism and copyright infringement, particularly the moral rights.

Key words:

Intellectual property; copyright, plagiarism, copying and pasting, copyright infringement, fair use

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con la doctrina elaborada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual,¹ la propiedad intelectual tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: **la propiedad industrial**, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen; y el **derecho de autor**, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte - tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas-, y los diseños arquitectónicos.

La Convención Mundial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual², establece que la Propiedad Intelectual comprende los derechos relativos a:

- Obras literarias, artísticas y científicas
- Las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión
- A las invenciones en todos campos de la actividad humana
- A los descubrimientos científicos
- A los dibujos y modelos industriales
- A las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales
- A la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

Los derechos relacionados o conexos con el derecho de autor, son los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

El Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra aprobado por el Parlamento Inglés en 1710 es considerado como el primer documento legislativo que protege a los autores, puesto que

trasladó, por primera vez el privilegio, esto es, el derecho de monopolio del impresor al autor.

Esta ley estableció que todas las obras publicadas recibirían un plazo de *copyright* de 14 años, renovable por una vez si el autor se mantenía con vida (o, sea, un máximo de 28 años de protección), en tanto que todas las obras publicadas antes de 1710 recibirían un plazo único de 21 años a contar de esa fecha.

Más recientemente, la necesidad de proteger los derechos relativos a la propiedad intelectual se reconoció por primera vez de una manera más sistemática, con la aprobación de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial en 1883³ y luego con el Convenio de Berna para la Protección de obras literarias y artísticas de 1886.⁴

II. EL PLAGIO: UN PROBLEMA CRECIENTE Y PREOCUPANTE

Una conducta lesiva a los derechos de autor es la del “plagio”, sin embargo, irónicamente dicha falta o conducta no está adecuadamente regulada en nuestra legislación o, al menos, no está contemplada como tal de manera expresa.

Por ejemplo, el Código Penal regula el plagio pero para tipificar una conducta totalmente ajena a la materia referente a los derechos de autor, ya que se refiere a un delito que se tipifica cuando alguien reduce a una persona a servidumbre o a una condición similar (art. 189).

El concepto de plagio tal y como lo regula hoy día nuestro Código Penal, sea, como raptor, se retrotrae al Derecho Romano el que concebía el plagio precisamente como el hurto de hijos o esclavos ajenos para servirse de ellos como propios, o para venderlos y lucrarse en el producto. En los países anglosajones, como reminiscencia de la vieja concepción romana, era el secuestro o raptor de niños o personas mayores, con la idea de exigir el rescate en metálico. De no obtenerlo, se da muerte al detenido o secuestrado.⁵

Por su cuenta nuestra Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley No. 6683 del 14 de octubre de 1982, no solo no contempla dicha figura, sino que no utiliza dicha palabra en todo su articulado.

Lo cierto es, sin embargo, que ambos conceptos de plagio son válidos y aceptables desde el punto de vista jurídico, sea, tanto la figura penal dicha como el referente a la lesión a los derechos de autor.

A nivel internacional se han dado casos interesantes relativos al plagio que conviene repasar.

La compañía Paws Incorporated, poseedora de los derechos de autor de la viñeta protagonizada por Garfield, presentó una querrela en China contra tres compañías a las que acusó de plagio de las viñetas. Una de las compañías publicó sin permiso libros del cómic de Garfield que fueron vendidos en una reconocida tienda de Internet.

La compañía norteamericana solicitó al tribunal de Beijing que condenara a la editorial china al pago de 93.000 dólares de indemnización, que le prohíba venderlos y que destruya sus existencias, aparte de pedir disculpas públicamente.

La editorial china se defendió alegando que la propietaria de los derechos de autor es la United Feature Syndicate pero que, no obstante, había pagado a la compañía demandante la cantidad de 30.000 dólares por concepto de derechos de autor.

Las falsificaciones chinas se calculan en 24.000 millones de dólares cada año, y las multinacionales de la música y del cine estiman que los plagios chinos les recortan en más de un 90% sus beneficios.⁶

En España se dio una acusación sobre el guión de la película Gitano. La acción fue presentada por Antonio González Vigil sobre el guión de dicha película del escritor Arturo Pérez-Reverte.

La sentencia señala que las dos obras son relativas al “género gitano”, dado el tipo de película de que se trata, lo que no autoriza a hablar de plagio, pues son “más relevantes las diferencias existentes entre los dos guiones que las semejanzas”. El perito de la Sociedad General de Autores y Editores Juan Antonio Porto, señala en su informe que si se parecen ambos guiones es porque los personajes se parecen en los problemas que les aquejan. “No ofrece pruebas consistentes ni evidentes de haberse inspirado con mala fe en el argumento, las situaciones o los diálogos”.

Porto concluye que algunas de las similitudes pueden denominarse como “de género”, “Una es un simple relato de cine negro, con drogas y ajustes de cuentas, y la otra, una historia en la que predomina el universo gitano con sus leyes y especiales comportamientos”.⁷

Por otro lado la irrupción del INTERNET ha generado en el mundo académico- universitario una preocupación sin precedentes en materia de plagio, lo que está obligando a las universidades a adoptar nuevas medidas tendentes a constatar la existencia de tal falta por parte de los estudiantes. En efecto, así como INTERNET constituye una fuente infinita de información, también se ha constituido en un medio rápido y fácil para incurrir en el plagio.

La preocupación no es para menos. Un 38% de los universitarios estadounidenses reconoce practicar el *copy - paste* de Internet cuando realiza sus trabajos, según los resultados de una encuesta dirigida por Donald McCabe, de la Universidad Rutgers, entre 18.000 estudiantes de 23 campus diferentes. El dato representa un notable aumento frente al 10% del año anterior. Aun así, el material impreso es la fuente preferida para el plagio: un 40% de los estudiantes reconoce haber copiado de esta fuente.

Ante esta situación las universidades han contratado los servicios de algunas empresas que comparan los trabajos de los alumnos con el material de Internet y bases de datos propios para certificar que el escrito es original.⁸

Concluye la información anterior indicando que varios miles de centros académicos de 51 países han contratado los servicios de Turnitin, empresa californiana fundada en 1996 por John Barrie, un doctor en biofísica de la Universidad de Berkeley, que criba 600.000 trabajos al mes, en busca de quienes simplifican su trabajo copiando, cubriendo con su servicio a nueve millones de alumnos.

Según Barrie: “Muchos estudiantes utilizan Internet como una enciclopedia de 3.000 millones de páginas listas para copiar y pegar. Recibimos unos 20.000 ensayos diarios y el 30% de ellos tienen niveles significativos de plagio”. Cada trabajo queda almacenado para comprobar que no es utilizado por ningún otro estudiante. Además registran la Red en busca de información que pueda ser utilizada y la almacenan “a un ritmo de 40 millones de páginas por día”.⁹

En el año 2004 el World Socialist Web Site (WSWS) denunció ante la revista mensual y sitio del Internet Amanecer del Nuevo Siglo en Madrid, España, que estaban incurriendo en violación a los derechos de autor y demandó que se cesara inmediatamente su práctica de copiar materia del WSWS y republicarla de nuevo como su propio trabajo.

Adujo el denunciante que la revista mensual: “Amanecer del Nuevo Siglo y su sitio en la red han estado copiando una gran cantidad de artículos aparecidos en el WSWS, al menos desde inicios del 2002.”¹⁰

En el mes de junio del 2006, se denunció en Colombia al Contralor General por haber incurrido en plagio con ocasión de la publicación de un libro que es de su autoría, “Bogotá y la integración en el mercado de las telecomunicaciones”, por cuanto el texto, editado por la Contraloría, tiene 89 párrafos copiados de diferentes páginas de Internet, incluidos algunos textos de “El Rincón del Vago”.

La irregularidad fue denunciada por una periodista, quien analizó a detalle el libro de 139 páginas y llegó a la conclusión de que “más del 85 por ciento de la obra es un plagio”.¹¹

Se debe destacar la controversia presentada con el Código Da Vinci cuyo autor también fue demandado por presunto plagio, demanda que no prosperó ya que el juez dio la razón a Dan Brown, al considerar que no es un plagio de la novela *La hija de Dios* del también autor estadounidense Lewis Perdue. Adujo el Juez que “a un nivel muy abstracto, ambas novelas explican una historia basada en caracteres religiosos e históricos. Sin embargo, los detalles factuales que sirven de base a cada libro, son bastante diferentes”.¹²

En enero del 2009 el organismo estatal de protección de la propiedad intelectual de Perú –Indecopi-, logró demostrar que el reconocido escritor peruano, Alfredo Bryce Echenique, plagió 15 artículos de otros autores, publicados principalmente en España, y lo condenó al pago de poco más de cincuenta y siete mil dólares.¹³

III. EXISTENCIA DE UNA OBRA: PRESUPUESTO DEL PLAGIO

Al ser el plagio una apropiación ilegítima de la paternidad de la obra de otro es necesario que tengamos claro que es una obra para estos efectos.’

De conformidad con nuestra ley de derechos de autor, las producciones intelectuales “originales” confieren a sus autores los derechos referidos en la misma, aunque agrega el artículo 1 que dicha protección no es extensiva a las ideas, los procedimientos, métodos de operación ni los conceptos matemáticos en sí.

Están protegidas todas las obras literarias y artísticas entendiéndose por tales todas las producciones en los campos literario, científico y artístico, cualquiera que sea la forma de expresión.

Son obras protegidas por la ley y, respecto de las cuales se puede incurrir en plagio, las siguientes:

- libros, folletos, cartas y otros escritos;
- los programas de cómputo dentro de los cuales se incluyen sus versiones sucesivas y los programas derivados;
- las conferencias, las alocuciones, los sermones y otras obras de similar naturaleza,
- las obras dramático-musicales,
- las coreográficas y las pantomimas;
- las composiciones musicales, con o sin ella
- las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía,
- las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado y litografía,
- las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- las de artes aplicadas, tales como ilustraciones, mapas, planos, croquis
- las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- las colecciones de obras tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales;
- las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual;
- las obras derivadas como las adaptaciones, las traducciones, los arreglos musicales y otras transformaciones de obras originarias que, sin pertenecer al dominio público, hayan sido autorizadas por sus autores.

Dichas obras las podemos agrupar en las siguientes categorías:

Obras artísticas: la pintura, dibujos, escultura, fotografía

Obras literarias: el cuento, novelas, poemas, personajes ficticios, artículos de periódicos y periódicos, revistas y artículos de revistas, software, documentación del software y manuales, manuales en general, catálogos, brochures, compilaciones tales como los directorios telefónicos.

Obras musicales: canciones, canciones de propaganda (jingles) y las instrumentales.

Obras dramáticas: obras de teatro, operas, presentaciones and skits.

Obras arquitectónicas: diseño de edificios ya sea en la forma de planos arquitectónicos, en dibujos o en la construcción del edificio propiamente dicho.

Obras pictóricas, gráficas y esculturales: fotografías, posters, mapas, pinturas, dibujos, arte gráfico, tiras cómicas, personajes de tiras cómicas, estatuas, y obras de arte fino.

Obras coreográficas y pantomimas: ballets, danza moderna, baile de jazz y *mime works*.

Obras audiovisuales y cinematográficas: películas, documentales, trevelogues, shows de televisión, películas de entrenamiento, anuncios de televisión, obras de multimedia interactivas, videos

Grabaciones de sonidos: grabación de música, sonidos y palabras.

La obra para ser tal y recibir la protección de la ley debe ser **original** lo que se cumple si su origen se debe al autor y no es una copia de una obra preexistente, por lo que una obra puede ser original sin ser única. Dicho de otra manera a diferencia del derecho de invención, en los derechos de autor no se requiere que la obra sea “novedosa”.

Por tanto se requiere un grado mínimo de creatividad para cumplir con tal requisito de tal suerte que no es exigido algún mérito artístico o de belleza. En fin, una obra es original en tanto no sea copia o plagio de otra obra preexistente cuya autoría le corresponde a otra persona. Por ello, una obra plagiada no es original por definición ya que su autoría corresponde de manera legítima a otra persona.

El requisito de la originalidad, no impide, sin embargo, que una obra pueda incorporar material preexistente, pero cuando algún material preexistente es incorporado en una nueva obra, los derechos de autor cubren únicamente el material original aportado por el autor.

Otro ejemplo lo constituyen los “hechos” que no son originales puesto que no deben su origen a alguna persona en especial de ahí que en Costa Rica una compilación de hechos (entendiendo por tal una obra constituida por la colección y el ensamblaje de datos), es protegido por los derechos de autor únicamente el aporte original del autor en la selección, coordinación y administración de los hechos.

La originalidad no impide, entonces, que la obra específica pueda inspirarse en una obra preexistente o de ideas contenidas en una obra ajena o en hechos aislados, debido a que lo relevante es el aporte creativo particular que efectúa el autor sobre su obra. Es precisamente este esfuerzo intelectual o aporte propio y original el que le imprime el autor lo que recibe protección de la ley.

IV. HACIA UNA DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE PLAGIO.

No existe un concepto jurídico de plagio lo suficientemente claro y preciso debido a la dificultad para determinar sus límites y porque ha sido y es una definición sustancialmente doctrinaria.

Ligado a lo anterior y a la indicada imprecisión jurídica está la gran cantidad de definiciones doctrinarias que existen y, por supuesto, no necesariamente coincidentes.¹⁴

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua (20ª edición, 1984), indica que plagio es la “acción y efecto de plagiar”, por otro lado, preceptúa que plagiar es “(...) copiar en lo substancial obras ajenas, dándolas como propias”.

Nótese que indica que es necesario que haya una copia substancial de la obra ajena por lo que, a *cantrario sensu* puede haber copia no sustancial sin que pueda constituir plagio.

De manera muy similar el *Random House Compact Unabridged Dictionary*, lo define como “the use or close imitation of the language and thoughts of another author and the representation of them as one’s own original work.”.

El plagio consiste, entonces, en términos generales en una copia o imitación que no declara el contenido o el autor seguido, siendo por ello un acto que consiste en copiar sustancialmente, lo dicho o escrito por otra persona sin aceptarlo o confesarlo, por lo que el plagio no es otra cosa que la apropiación ilegítima de la paternidad de la obra o el trabajo intelectual de otro.

Desde este punto de vista plagio es, por ejemplo, la copia parcial o total ilegítima de una obra, sea, sin autorización del dueño o de quién posee los derechos sobre la misma y, además, por presentarla como una obra propia.

Concretamente, tiende a considerarse que hay plagio en el caso de los libros cuando tienen tramas o historias muy similares, en las películas sus semejanzas, o bien un invento muy similar a otro patentado, o una obra de arte muy similar con alguna pieza del original.

El plagio puede abarcar desde la simple imitación fraudulenta de la obra de otro, hasta la burda reproducción total o parcial de dicha obra, usurpando la condición o el nombre del autor o intérprete originario.

En resumen, consiste en una apropiación indebida y dolosa, parcial o total del trabajo intelectual de otra persona, que surge a la vida jurídica cuando una persona se declara autor de esa obra que no le pertenece o cuando se adjudica, en general, trabajos intelectuales de otros. Igualmente cuando se apropia de elementos sustanciales de una obra para elaborar una obra propia y no reconoce el aporte de la otra autoría.

V. CASOS EN LO QUE NO HAY PLAGIO

No hay plagio por regla general en los siguientes supuestos:

- Cuando una obra está inspirada en otra obra de otro autor, siempre que no se trate de una transformación sino de una creación personal. Si hay transformación surge una obra derivada caso en el cual se requiere autorización del autor de la obra original.

Este requisito indica que para que haya plagio tiene que existir una *identidad sustancial* entre la obra original y la plagiada lo que denota un componente cualitativo y cuan-

titativo importante, por lo que de hecho puede haber cierta coincidencia relevante entre una obra y la otra y, aún así, no hay plagio.

Lo anterior solo se puede determinar caso por caso y con la ayuda de peritos.

- Cuando haya similitud de ideas que no sean rigurosamente personales. Lo anterior se justifica en el hecho de que las ideas no están protegidas por los derechos de autor.¹⁵

Por ejemplo nadie puede apropiarse de la idea de la justicia, del amor y de la igualdad porque son ideas generales que están en el ambiente como el aire mismo. Empero, una definición concreta de justicia emitida por un autor sí puede ser objeto de plagio.

En la demanda de Purdue contra Dan Brown, el Juez del Distrito de Nueva Cork, George B. Daniela, hizo un detallado análisis de las tramas de ambos libros, así como del trabajo previo de Purdue, *El Legado Da Vinci*, que comparte algunos elementos con su última novela y concluye que:

“Un observador medio no llegaría a la conclusión de que “El Código Da Vinci” es sustancialmente similar a “La Hija de Dios”. (...). “Cualquier elemento levemente similar está en el nivel de generalización o (...) de ideas no protegibles”, agregando que la propiedad intelectual no protege una idea, sólo la expresión de una idea.

Daniels explicó que mientras ambas novelas son de intriga, “La Hija de Dios” contiene más acción y violencia, mientras que El Código Da Vinci es, por otro lado, “una búsqueda de tesoro más compleja e intelectual”.¹⁶

- Cuando exista analogía en el tema, siempre y cuando se exponga y se desarrolle de forma distinta y con diferente estilo.

Los autores Michael Baigent y Richard Leigh demandaron a Random House, editorial de *El Código da Vinci*, al considerar que Brown había copiado ideas de su libro *The Holy Blood and The Grail*, publicado por la misma casa editorial.

Ambas obras plantean que Jesucristo sobrevivió a la crucifixión y se casó con María Magdalena, con la que tuvo un hijo cuya descendencia ha continuado hasta la actualidad, protegida por una orden secreta denominada Priorato de Sión.

Pero los autores desarrollan el trama de forma distinta basados en sus propias investigaciones históricas por lo que no hubo plagio. De ahí que el Tribunal de Apelación de Londres concluyera en la sentencia que los “temas centrales” supuestamente copiados “son demasiado generales o abstractos como para que puedan ser protegidos por la ley de derechos de autor”.

- Cuando se trate de una parodia o imitación de ciertas situaciones de una obra. Una parodia es una obra satírica que caricaturiza o interpreta humorísticamente otra obra literaria o artística mediante la alusión irónica. Por ejemplo, Chespirito llevó a cabo a una gran

cantidad de parodias sobre Juan Tenorio, Guillermo Tell, Don Quijote, etc.

- Cuando se pueda apreciar alguna reminiscencia, es decir, una imitación inconsciente y sin mala intención de la obra de otro autor.¹⁷

Muchas obras pueden estar inspiradas en las obras de otros autores y puede haber cierta similitud y aún así no hay plagio.

En el juicio contra Dan Brown ya dicho, se tuvo por demostrado que la esposa de Brown, Blythe, había extraído mucho material del libro de los dos demandantes en su investigación para la novela de su marido, pero el Juez consideró que los “temas centrales” supuestamente copiados “son demasiado generales o abstractos como para que puedan ser protegidos por la ley de derechos de autor”.

Sea hay una similitud indudable e importante pero no substancial que de base para la existencia del plagio.

VI. FIGURAS JURÍDICAS SIMILARES AL PLAGIO

a.- La piratería:

El plagio debe diferenciarse además de figuras jurídicas afines como la piratería. La piratería estrictamente entendida es la copia no autorizada y explotada comercialmente de una obra protegida; así como la falsificación de copias. También se da la piratería anterior combinada con elementos engañosos o con mejoras triviales sobre el producto original. Hoy por hoy se aplica sobre todo al mercado ilegal de dos o tres tipos de obras: audiovisuales, musicales y software.¹⁸, por lo que no puede hablarse de piratería en obras literarias, sino a lo sumo de plagio o de reproducción fraudulenta.

La piratería es el delito de reproducción ilegítima de una obra. En efecto el acto de *reproducción* es una copia de una obra literaria o artística o de una fijación visual o sonora, en forma parcial o total, en cualquier forma tangible, o cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

La piratería no debe confundirse con el plagio ya que no se está apropiando de la autoría de la obra, sino que lo que se hace es una reproducción ilegítima de la obra que produce una lesión patrimonial.

Concretamente es el caso de las fotocopias de las obras literarias y la copia o quemado de películas.

b.- El autoplagio.

Esta conducta ilegítima se da con ocasión de la firma de un contrato de edición en el que el autor cede alguna de las facultades de explotación de la obra, pero dolosamente se aprovecha del contenido de la misma para elaborar otra obra supuestamente distinta pero que no lo es, ya que lo que hace es utilizar sustancialmente el contenido de la obra anterior.

En caso de que esta segunda obra la redacte un tercero, estaríamos frente al caso típico de plagio, pero como la titularidad corresponde al mismo autor se da la figura del autoplagio.

Es decir, como el nuevo producto intelectual es sustancialmente idéntico al anterior, el autor está reproduciendo la obra anterior y con ello incumpliendo con sus obligaciones más importantes derivadas del contrato de edición, fundamentalmente, las de garantizar la exclusividad de la edición.

VII. EL CASO DE LAS CITAS Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

En el mundo académico el comportamiento más asociado al plagio consiste en el abuso de citas literales del contenido de otras obras, o bien el no señalar adecuadamente la fuente o autoría de las mismas.

La Guía del Convenio de Berna conceptúa la cita de la siguiente manera:

“Etimológicamente, citar es repetir textualmente lo que alguien ha dicho o ha escrito. En materia de propiedad literaria y artística, citar es insertar en una obra uno o varios pasajes de una obra ajena. En otras palabras, la cita consiste en reproducir extractos de una obra, bien sea para ilustrar una opinión o defender una tesis, o bien para hacer una reseña o una crítica a esa obra. El empleo de la cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, en una película cinematográfica, en una grabación sonora o visual, en una emisión radiofónica o televisiva, etc.”

El derecho de cita consiste, entonces, en la potestad que ostenta el usuario de obras para utilizar breves fragmentos de estas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, se realice de acuerdo con los usos honrados (es decir, que en desarrollo de dicha cita no se atente contra la normal explotación de la obra, ni se cause un perjuicio injustificado al autor) y en la medida que exista una proporcionalidad entre el fin perseguido y el uso de la obra.

Por ello, la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas no necesita la autorización del autor de la obra citada o reseñada, por cuanto es una de las excepciones que permite la ley en cuanto a los derechos de autor se refiere.

El artículo 10 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, aprobada por Costa Rica mediante la Ley No. 6083, indica que:

“Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”.

Concluye el artículo indicando que:

“Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente”.

Como se puede apreciar, la regulación en muy imprecisa puesto que remite a conceptos indeterminados como los “usos honrados”.

Este Convenio tiene autoridad superior a la ley según el artículo 7 Constitucional, pero en cambio, el artículo 70 de nuestra ley de Derechos de Autor indica, después de su reforma mediante la ley 8686 del 21 de noviembre del 2008, que:

Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes de una obra que lícitamente haya sido puesta a disposición del público, siempre que estos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en un perjuicio del autor de la obra original, y su extensión no exceda la medida justificada por el fin que se persiga.

Quiere decir lo anterior que las *citas* o *reseñas* son válidas en tanto se cumpla con las siguientes condiciones:

- Que el fragmento que se incluye corresponda a una obra ya divulgada, sea, que ya fue puesta a disposición del público. A contrario sensu, no es válido hacer una cita de una obra que no se ha dado a conocer.
- Que su inclusión se realice a título de cita o reseña para su análisis, comentario o juicio crítico. Lo anterior refleja la intención de la persona que hace la cita,
- Que se realice con fines docentes o de investigación,
- Que se indique la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. La cita normalmente ha de indicar la fuente: el autor, el título de la obra y la fecha de divulgación, que es normalmente la que se señala junto al símbolo de copyright ©.
- Que los fragmentos transcritos no sean muchos ni seguidos, como para que denoten una reproducción disfrazada o sustancial de la obra.
- Que se no se cauce un perjuicio al autor

Si se cumple con las anteriores condiciones, no se estaría incurriendo en plagio porque no se está copiando parte esencial de obras ajenas y presentándolas luego como propias.

A *contrario sensu* hay plagio por abuso de citas y reseñas bibliográficas cuando

- Se cita una obra que no se ha dado a conocer. Uno de los derechos morales del autor es el decidir si da a conocer la obra al público o si la mantiene privada o desea que se publique de manera póstuma. Hay plagio entonces si se transcribe un pasaje de una obra no publicada al lesionar directamente el derecho moral del autor.
- La transcripción de los pasajes son tantos y seguidos, que dan base para considerar que se ha dado una reproducción simulada y sustancial. Este requisito solo se puede determinar de ma-

nera casuística, lo que además dependerá del fin que se persigue. Pensemos por ejemplo en el caso de un estudio que pretende analizar el contenido y el lenguaje subyacente de una obra.

- Su extensión excede la medida justificada por el fin que se persigue. Esto también solo se puede determinar caso por caso.
- Hay un perjuicio del autor de la obra original. Este requisito lo interpretamos en el sentido de que no haya anuencia del autor sobre el uso de su obra.

Dicho de otra manera si el autor ha consentido en que se de un uso abusivo de citas y reseñas no hay perjuicio en su contra.

A la luz de nuestra legislación no queda más que revisar caso por caso el eventual abuso de pasajes o de transcripciones y con la ayuda de un perito.

La ley argentina por el contrario, utiliza un criterio cuantitativo al señalar hasta mil palabras indicando que: “Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes”.¹⁹

VIII. EL PLAGIO EN LA JURISPRUDENCIA

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el año 2007²⁰ condenó al Partido Unidad Social Cristiana y a su agencia de publicidad al pago de una indemnización por haber incurrido en plagio en perjuicio del músico nicaragüense Luis Enrique Mejía Godoy

Dicho músico escribió y compuso la música de la canción “Congolí Shangó” inspirado en los poemas del libro “Más abajo de la piel” del doctor Abel Pacheco. En ese libro hay un personaje que se llama “Congolí”, niño negro que vivía en Limón, a quien para dar una mejor calidad de vida, lo envían a San José con el fin de que estudie. La historia culmina con Congolí devolviéndose por la línea del tren hasta su querido Limón.

El señor Mejía al titular la canción, inspirada en esta narración, agrega un elemento a Congolí: el Shangó.

El PUSC en la campaña presidencial 2002, siendo su candidato el Dr. Abel Pacheco, repartió un disco compacto con dos versiones de aquella tonada, en él se podía leer:

“En sus manos está una hermosa obra de la cultura costarricense. Congolí Changó es una de las pocas manifestaciones artísticas que un candidato a la Presidencia ha dejado mostrar./ Congolí Changó nos enseña un lado humano de un Abel Pacheco que no solo se presenta como un estadista de cara a las nuevas elecciones, sino como un artista que abre su corazón para que le conozcamos en toda su dimensión. P.U.S.C” “...Al

terminar su libro, Abel Pacheco escribe una canción inspirada en Limón, donde vivió seis años de su infancia y es Luis Enrique Mejía Godoy quien compone la música... Abel cuenta que escribió esta canción por el profundo amor que le tiene a las personas y amigos de este maravilloso lugar que tiene muy presente en su corazón...”.

Los jueces tuvieron por demostrado que Mejía Godoy se vio despojado públicamente de la paternidad de su obra porque se dijo públicamente que él solo había compuesto la música negando la autoría de la letra.

Se concluye que los accionados se aprovecharon en forma ilegítima de la obra del intelecto musical denominada “Congolí Shangó”, tratando de disimular mediante cambios en la morfología de las palabras y de texto en la letra de la canción, pero que no pasa de ser una mera imitación, no autorizada por su titular el cantautor Mejía Godoy.²¹

A pesar de que en toda la sentencia no se menciona la palabra plagio, es un caso paradigmático de dicha falta ya que se lesionó el derecho moral al músico y autor Mejía Godoy

En efecto, en este caso el plagio lesionó el derecho moral de *paternidad* intelectual sobre la obra, sea, la atribución que tiene el autor a ser reconocido como el autor de la obra, es decir, que se debe publicar su nombre o seudónimo en caso su obra sea citada por un tercero.

Igualmente se lesionó del derecho moral de *integridad* de su obra, derecho que consiste en impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación.

En Perú, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual tuvo por demostrado que el accionado con su conducta había infringido y vulnerado los

derechos de autor, por cuanto omitió deliberadamente consignar el nombre del autor o titular de los derechos del personaje “SASHA”, haciéndola pasar como propia, lo que constituye una afectación al derecho moral de paternidad.

Además el denunciado, a fin de disimular el plagio, efectuó modificaciones a dicho personaje, lo que constituye una afectación al derecho moral de integridad del autor de la obra.²²

En Colombia la Sala de lo Contencioso Administrativo condenó a la Administración Postal Nacional y al Instituto Nacional de Salud por la emisión de la estampilla conmemorativa del nacimiento del Doctor Federico Lleras Acosta, en la cual en forma irregular y sin derecho alguno, se reprodujo parte de un cuadro pintado días atrás por el accionante, Sergio Sierra Doval, retrato que estaba en poder del Instituto Nacional de Salud.

En este caso los demandados no obtuvieron ni solicitaron autorización para reproducir dicha obra en las estampillas citadas y, en dicha reproducción, tampoco se citó el nombre del autor.²³

IX. PLAGIO Y DERECHO PENAL

De conformidad con el concepto dado de plagio y que es una figura que debe aplicar únicamente a las obras literarias, es evidente que en Costa Rica no está tipificado como delito a diferencia, por ejemplo del artículo 270 del Código Penal de España el que sanciona a:

“Quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduce, **plagia**, distribuye o comunica públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación, ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

No está previsto en nuestro Código Penal ni en la Ley de Derechos de Autor, o en la mas reciente Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, Ley No. 8039 del 5 de octubre del 2000.

Dicho de otra manera, el incumplimiento de las restricciones del artículo 70 de la Ley de derechos de autor no constituye delito propiamente dicho, porque no se tipificó la conducta correspondiente, además de que este artículo es sumamente impreciso, pero sí genera responsabilidad civil.

La citada ley de Observancia a partir de la reforma de la Ley No. 8656 contempla únicamente como delitos las siguientes conductas en lo que a los derechos de autor y conexos se refiere:

- 1.- Falsificación de marca (art. 44)
- 2.- Venta, almacenamiento y distribución de productos fraudulentos (art. 45)
- 3.- Venta, adquisición y ofrecimiento de diseños o ejemplares idénticos a una marca ya inscrita (art. 46)
- 4.- Identificación fraudulenta como distribuidor (art.47).
- 5.- Utilización fraudulenta de indicaciones o denominaciones de origen (art. 48).
- 6.- Representación o comunicación pública sin autorización de obras literarias o artísticas (art. 51)
- 7.- Comunicación de fonogramas, videogramas o emisiones sin autorización (art. 52).
- 8.- Inscripción registral de derechos de autor ajenos (art. 53)
- 9.- Reproducción no autorizada de obras literarias o artísticas o fonogramas (art. 54).
- 10.- Fijación, reproducción y transmisión de ejecuciones e interpretaciones protegidas (art. 55)
- 11.- Impresión de un número superior de ejemplares de una obra (art. 56)
- 12.- Publicación como propias de obras ajenas (art. 57)

- 13.- Adaptación, traducción, modificación y compendio sin autorización de obras literarias o artísticas (art. 58)
- 14.- Venta, ofrecimiento, almacenamiento, depósito y distribución de ejemplares fraudulentos (art. 59)
- 15.- Arrendamiento de obras literarias o artísticas, fonogramas sin autorización del autor (art. 60)
- 16.- Fabricación, importación, venta y alquiler de aparatos o mecanismos descodificadores (art. 61)
- 17.- Alteración, evasión, supresión, modificación o deterioro de las medidas tecnológicas efectivas contra la reproducción, el acceso o la puesta a disposición del público de obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas (art. 62)
- 18.- Alteración, distribución, importación, transmisión o comunicación de información sobre gestión de derechos (art. 63).

Se puede apreciar que existe un elenco muy amplio de delitos penales referentes a la propiedad intelectual, pero se mantiene la tendencia a no crear el delito de plagio en materia de derechos de autor, lo cual estimamos como un error por cuanto el plagio es un fraude o robo del trabajo ajeno.

Se favorece mejor el desarrollo de la investigación previniendo el plagio que asumiendo una actitud complaciente, porque se pierde la honestidad intelectual y la capacidad de pensar.

X. CONCLUSIONES:

- a.- El plagio es una práctica muy común y creciente que debe ser combatida por razones morales y legales.
- b.- La modalidad de plagio que mas se da en nuestro medio es la burda y servil, sea, aquella en la que hay una apropiación total o casi total, lo que no se justifica por cuanto solo basta con citar a los autores para evitar que se de dicha falta.
- c.- Las universidades deben ser particularmente celosas en esta materia e instruir y asesor adecuadamente a sus estudiantes en materia de derechos de autor y en como prevenir el plagio. Las universidades, por definición, representan la academia, la investigación y la rigurosidad científica, de tal suerte que si favorecen el plagio por desidia u otra razón, están negando su razón de ser y mal formando profesionales que tenderían a incurrir en plagio en el ejercicio de su profesión. Es absolutamente incompatible con los valores éticos y de búsqueda de la verdad que promueve la Universidad.
- d.- Las universidades deberían dedicar el día mundial de la propiedad intelectual que se celebra el 26 de abril, además de ayudar a entender por

qué la protección de los derechos de propiedad intelectual permite impulsar la creatividad y la innovación; así como a celebrar el espíritu creativo y la contribución de los creadores y los innovadores al desarrollo de todas las sociedades; a enfatizar en la protección de esos derechos y evitar el plagio a nivel universitario.

- e.- En nuestro país el plagio literario no se sanciona penalmente por lo que solo da base para condenatorias civiles, lo cual está causando impunidad porque los involucrados escasamente son sancionados, siquiera, disciplinariamente. El Indecopi de Perú, por el contrario, a inicios del 2009 multó a 17 docentes de diferentes centros educativos por plagiar textos escolares y hasta tesis universitarias de otros autores, a fin de presentarlos como suyos para poder ingresar a la Carrera Pública Magisterial.
- f.- El control y la prevención en contra del plagio debe darse también de manera igualmente seria en las escuelas y colegios debido al uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que favorecen sin duda la comisión de dicha falta, sin dejar de mencionar que no existen estudios sobre su incidencia en este nivel.

XI. NOTAS DE REFERENCIA

- 1 Organismo especializado de las Naciones Unidas con sede en Ginebra, creado en 1967 con el fin de fomentar la cooperación internacional para la protección de la propiedad intelectual. Administra varias "Uniones", entre ellas la Unión de París y la de Berna, y otros organismos establecidos en tratados multilaterales, más de 160 países, entre ellos Costa Rica, son miembros de la OMPI
- 2 Aprobada por Costa Rica mediante Ley No. 6468 del 18 de setiembre de 1980. Véase art. 2
- 3 Aprobado por Costa Rica después de muchas revisiones por ley 7484 del 28 de marzo de 1995.
- 4 Esta segunda fue revisada en París el 24 de julio de 1971 y aprobada por Costa Rica mediante Ley No. 6083 del 29 de agosto de 1977
- 5 Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, 23ª Edición, Tomo VI, pág. 255.
- 6 http://groups.msn.com/MaullidosRonroneos/general.msnw?action=get_message&mvview=1&ID_Message=1343.
- 7 El juez rechaza la acusación de plagio contra Pérez- Reverte En red <http://www.belt.es/noticias/2004/febrero/16/juez.htm>.
- 8 Las universidades extranjeras rastrean la red para localizar los plagios estudiantiles. <http://www.belt.es/noticias/2003/diciembre/18/universidades.htm>.
- 9 Ibid.
- 10 "Uds. Están utilizando los artículos del WSWS para fines lucrativos, publicándolos como suyos tanto en el Internet como en publicaciones impresas para la venta y con solicitudes para publicidad. En repetidas ocasiones, mas de la mitad del contenido de dichas revistas ha sido tomado directamente del WSWS. Dicha actividad de copia ilícita es políticamente arruinante y deshonesto. Es también una abierta violación a las leyes Españolas e internacionales sobre derechos de autor" Véase el caso en Red. <http://www.wsws.org/es/articles/2004/jan2004/slet-j07.shtml>.
- 11 El Tiempo.com. http://eltiempo.terra.com.co/bogo/2006-06-28/ARTICULO-WEB_NOTA_INTERIOR-2975798.html
- 12 Véase El Código Da Vinci no es un plagio. En Red <http://www.clarin.com/diario/2005/08/06/sociedad/s-06103.htm>.
- 13 Alfredo Bryce Echenique, condenado por plagio. Diario jurídico. com En Red <http://www.diariojuridico.com/noticias/alfredo-bryce-echenique-condenado-por-plagio.html>.
- 14 Sobre todos estos conceptos véase Balbuena, Pedro Virgilio. El plagio como ilícito penal. Revista Ventana Legal. En Red. (http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/plagio_ilicito.htm#_ftn11)
- 15 El artículo 1 de nuestra Ley indica: "La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero *no las ideas*, los procedimientos, métodos de operación ni los conceptos matemáticos en sí".
- 16 Véase Fallo judicial EEUU dice no hay plagio en "El Código Da Vinci". En Red <http://www.20minutos.es/noticia/42170/0/LITERATURA/PLAGIO/DAVINCI/>.
- 17 Véase. Fuentetajaliteraria.com En Red <http://www.fuentetajaliteraria.com/recursos/derechos.htm#plagio>.
- 18 Wikilearning. <http://www.wikilearning.com/pirateria-wkccp-3338-67.htm>. En Red. Consultado el 4 de Julio del 2006.
- 19 Art. 10 de la ley 11.723
- 20 Sentencia 127-F- 2007
- 21 Tribunal Segundo Civil, Sección primera. Voto 71- 2006.
- 22 Resolución N° 0864-2007/TPI-INDECOPI, del 5 de setiembre de 2006
- 23 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 18- 03- 1991.

LA IDENTIDAD COMO PRODUCTO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Lic. Rolando Soto Castro*

Resumen:

El artículo es una introducción sobre la Identidad Virtual como un Derecho Fundamental del ser humano, dentro de la sociedad contemporánea de la información. Además establece el derecho de las personas a proteger su intimidad y datos que puedan afectar su dignidad y reputación.

Palabras clave:

Identidad Virtual, Habeas Data, Derechos de la personalidad, Derechos Fundamentales, Sociedad de la Información.

Abstrac:

The article is an introduction about Virtual Identity like Human Right of the human being, on the information society. Besides it establishes the people's right to protect their private life and data that could to injure their dignity and reputation.

Key word:

Virtual Identity, Habeas Data, Personality Rights, Human Rights, Information Society.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se está desarrollando, plenamente, un cambio radical en el manejo de información y comunicación, gracias a un proceso largo de descubrimientos de ciertas formas tecnológicas, que han permitido el almacenamiento, codificación y expansión de la información, que se destaca como el bien más apetecido, ya que quien tenga la información adecuada, podrá ejercer el poder en los diferentes ámbitos en que se desenvuelva, sea en lo económico, jurídico, académico o en general en cualquier campo del quehacer humano.

Dicho cambio radical obedece, principalmente, al advenimiento de Internet (red de redes de intercomunicación entre computadoras, alrededor del mundo) y en general de toda la Era Digital, que ha permitido que las formas de comunicación y procesamiento de datos sean cada vez más eficaces, rápidas y amplias. Ello ha permitido que se registre, de forma muy detallada, toda la información referente a los seres humanos; desde datos de nacimiento, ascendencia y descendencia, domicilio, historial crediticio, laboral y en general todos los datos relativos a su vida. El acceso, difusión y control de tal información, conlleva el análisis de aspectos éticos, morales, jurídicos y sociológicos, que importan al

Derecho y que pasan por el estudio de una figura que ha sido denominada como "Identidad Virtual", la que ha sido definida como la información, registrada o registrable, actualizada o actualizable, imputada a un centro de interés jurídicamente relevante.¹

En el presente trabajo, se pretende analizar el concepto de Identidad Virtual, a la luz de los hallazgos de doctrina y jurisprudencia atinentes al tema y que están íntimamente relacionados con los temas de la Sociedad de la Información, el Derecho a la Intimidad, la posible configuración de nuevas generaciones de Derechos Fundamentales y la protección jurídico-procesal de la intimidad y la información que conforma la identidad virtual. Para ello se analizan trabajos doctrinales, de diversos autores, quienes dan su propia visión del fenómeno, que evidentemente se encuentra en plena construcción y debate.

II. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

La Sociedad de la Información se caracteriza por el fácil y rápido acceso al conocimiento, así como por el procesamiento y transmisión de grandes cantidades de todo tipo de datos.² También se ha dicho sobre este concepto que:

*"se trata de un nuevo orden social derivado de la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, así como de la expansión de Internet producida en el último decenio del siglo XX. Durante ese periodo se evidencia la aceleración de un proceso de globalización con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones. Por ello no se puede hablar de la sociedad de la información sin el fenómeno de Internet, y dentro de ambas deberá ubicarse la actual problemática del derecho de autor en lo que respecta a su nuevo ámbito de desarrollo en un mundo regido por la digitalización, donde la información es precisamente el bien más cotizado"*³.

1 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Identidad Virtual. Notas sobre la génesis de la subjetividad jurídica, en el marco de una teoría de derecho-ficción. En Virtual Rights. org (en línea) www.virtualrights.org/NuevaFigura.doc (9-07-06).

2 Campos Zamora, Francisco J. El surgimiento de la Entidad Virtual como status positivo de la información. En Virtual Rights. Org (en línea) www.virtualrights.org/files/e1%20surgimiento%20de%20la%20entidad%20virtual%20como%20status%20positivo%20de%20la%20información.do. (9-07-06).

3 Castro Bonilla, Alejandra. Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Colección Ágora, Serie Estudios, 5. San José, 2006, página 8.

* Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Estatal a Distancia. Master en Derecho Económico Internacional. Juez de la República. Juzgado Primero de Familia de San José. Profesor Universitario

En dicha sociedad interactúan las comunicaciones y las tecnologías de la información, donde se destacan la telefonía celular, la fibra óptica, el desarrollo de las computadoras y en general la digitalización de la información, que va a permitir la producción, procesamiento, almacenamiento y distribución de aquella⁴, lo que ha permitido que se dé un flujo impresionante de datos, cuyo fácil e inmediato acceso, puede provocar lesiones a Derechos Fundamentales de las personas. De tal suerte que el Derecho debe reaccionar ante esta realidad, a efecto de dar solución a los posibles problemas que podrían generarse con un uso abusivo de la información de la información. De ahí que el concepto de Identidad Virtual, revista importancia, en razón de que se trata de aquellos datos, registrados o registrables que se imputan a un centro de interés concreto, que merece ser respetado y protegido, ante usos indebidos.

La Sociedad de la Información, ha permitido que se dé el tráfico de información y por ende que se haya construido el concepto de Identidad Virtual que se desarrollará, a o largo del presente trabajo.

III. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA REALIDAD.

Continuando con la referencia al concepto de Sociedad de la Información y cómo éste ha conducido a una nueva forma de comunicación y de manejo de datos, es interesante hacer referencia a los cambios sociológicos que dicha sociedad ha provocado y a los nuevos referentes que, en el campo de la realidad ha creado.

Se ha dicho que en el ciberespacio (ese mundo o dimensión que en el que se desenvuelve Internet, carente de materialidad) el tiempo no se fragmenta o multiplica, sino que se curva. Internet y en general la Sociedad de la Información, han cambiado la noción de realidad que se tenía antes de la consolidación de las nuevas formas de comunicación, que han eliminado las fronteras físicas y en donde ahora es posible, contratar, hablar, transmitir datos y en general comunicarse, en tiempo real, con cualquier persona, alrededor del mundo, sin necesidad de que ambas se encuentren en el mismo lugar; basta tener dos computadoras, con las aplicaciones mínimas requeridas, para que ambos aparatos entren en comunicación, a través de la red de comunicación Internet y puedan entablar un contacto, hasta hace poco tiempo impensable para la mayoría de la población.

Esta comunicación no se puede ubicar en un espacio temporal tradicional, sino que se lleva a cabo en una nueva concepción de realidad, donde el tiempo y el espacio son diversos a los “normales”. A este respecto se ha dicho que:

“la red es fundamentalmente una tecnología de carácter social, ya que permite que los individuos se encuentren y entren en contacto. Expresiones de esto

*son las listas de discusión y las comunidades virtuales donde, bajo un título que identifica un tema, se reúnen e interactúan individuos atraídos por su objeto, que no sólo le da nombre sino que también determina los intereses de quienes participan en él. Como todo producto del ciberespacio, además de la alteración de los parámetros tradicionales de tiempo, espacio y presencia en un entorno, existe la posibilidad de alterar el género y la identidad de quienes interactúan”.*⁵

Para poder comprender esa nueva realidad, los aportes de la sociología son indispensables. A tal efecto, valga citar un artículo interesantísimo de Daniel Muriel, quien indica que los sociólogos modernistas, han separado drásticamente el concepto de lo real con lo virtual, pero él estima que no se debe dar tal separación, sino que lo real y lo virtual, interactúan y forman parte de una misma “realidad”. El citado autor expresó, textualmente:

*“Sin embargo, si rompemos con el planteamiento que nos muestra dos esferas completamente separadas, y hacemos visible la continuidad que existen entre las dos, que de hecho no son dos ámbitos diferenciados ni diferenciables, concluiremos que todo forma parte de la misma realidad ¿No es simultánea nuestra corporalidad tecleando delante de nuestra pantalla del ordenador con la intervención que estamos realizando en el foro de una página web? ¿No es todo un continuo de materialidad simbólica, de hibridación entre lo humano y no humano?. El ciberespacio como esfera autónoma es sólo posible en la novela de Gibson. El nuestro, más mundano, refiere, antes que a un nuevo espacio entendido como entelequia, a la emergencia de visibilizaciones espacio-temporales que son fruto de esos continuos enrolamientos híbridos o articulaciones entre los actuantes de la red”.*⁶

No obstante, lo anterior, lo cierto es que Internet se ha convertido en el caldo de cultivo para que se pueda abusar del uso de la información, al poder acceder fácilmente a ella o cuando se pueda modificar, dolosamente, tal información en detrimento de alguna persona. Internet permite la ocultación de la verdadera identidad, el envío o el “robo” de material digital, tal como fotografías digitales, documentos de texto, claves de acceso y otros⁷. Por lo tanto, el contacto entre “cibernautas” tiene que darse bajo el presupuesto de que las personas tienen derecho a que su información sea resguardada y respetada. En todo caso, lo que está bien claro es que la Sociedad de la Información, tiene como uno de sus

⁴ *Ibidem*, página 11.

⁵ Sanz Gómez, Pedro. El análisis de las interacciones y la creación de una identidad virtual. En *cop.es* (en línea). www.cop.es/infocop76/info75-40.htm (9-07-06).

⁶ Muriel, Daniel. Sociedad del Conocimiento, identidad e Internet: cronotopologías emergentes y otras impertinencias sociológicas. En *monografias.com*. (en línea). www.monografias.com/trabajos32/conocimiento.identidad-internet-crono-topologias.shtml. (9-07-06).

⁷ *Ibidem*.

caracteres, la creación e una “mundo virtual” (al contrario de lo que piensa Daniel Muriel, quien no ve tal virtualidad separada de lo físico), cuyas características deben ser abordadas adecuadamente, para que no se conviertan en una forma de promover el tráfico ilegítimo de información.

IV. SUBJETIVIDAD Y CENTRO DE IMPUTACIÓN DE INTERESES.

El ser humano ha sido, a través de los siglos, el centro de atención e interés para el Derecho. Por ello se han construido diferentes tipos de teorías relativas a la subjetividad jurídica, que han evolucionado conforme la realidad social ha venido cambiando. En la historia no siempre el concepto de persona estuvo ligado al de ser humano, ya que en el antiguo Derecho Romano, hubo seres humanos que no se consideraron como persona, sea el caso de los esclavos, las mujeres y algunos soldados⁸; así como algunas cosas o animales fueron sujetos de imputación de derechos, sea se consideraron como personas. Sin embargo en la actualidad se considera que los seres humanos son persona para el Derecho. También, históricamente hablando, se ha visto cómo el ser humano que tiene libertad de ejercer su voluntad, es el que se ha considerado como persona, a diferencia de aquellos que no tienen libertad de voluntad, por diversas razones⁹.

Paralelamente la doctrina y el Derecho también han concebido que grupos de personas, sean objeto de imputación de derechos, dando paso a la concepción de las personas jurídicas, las cuáles son titulares de ciertos derechos fundamentales.

Por otra parte, el hecho de que se haya planteado la posibilidad científica de que se pueda manipular genéticamente a las personas, a través de su ADN, además de todo el tema relativo a la clonación de los seres humanos, hace surgir la discusión, moral y jurídica, sobre el concepto de persona en relación con los potenciales seres, diseñados genéticamente por el ser humano. Al respecto el Doctor Juan Marcos Rivero, en la obra citada en el presente trabajo, indicó que:

“...¿ Serán los seres pos-humanos personas para el derecho? Lo serán, sí, definitivamente, si tienen el poder para autodefinirse; poder que tendrán en el caso de que el dominio del ADN incremente sus posibilidades. Pero el problema es que en el momento en que se produzca una ruptura evolutiva el riesgo es que la condición pos-humana lleve a grandes sectores de la población a grados de envilecimiento nunca antes vistos. En palabras de un científico: “un clon humano es más feo, más tonto y más débil que su el ser del que fue formado”. Y ni qué decir del problema de la inteligencia artificial. En el momento en que una máquina llegue a ser tan compleja que llegue a tener conciencia, ¿ podrá ser considerada persona para el derecho ?. Según se estima por parte de los expertos,

es posible que en este siglo se vea –antes de lo que muchos creen-, el advenimiento de la inteligencia artificial. Y en el momento en que una máquina tenga una reacción espontánea y sea capaz de reírse de su creador, definitivamente tendremos que dar una respuesta a los problemas –no solo jurídicos-, que este acontecimiento pueda dar lugar. Finalmente: el proyecto Gran Simio, que agrupa a una serie de científicos de muy diversas disciplinas, se ha abocado al estudio de aquellos animales que poseen grados de conciencia particularmente desarrollados.

Algunos han llegado a afirmar que hay animales que tienen mayor conciencia que algunos seres humanos (algo que, por lo demás, la experiencia parece confirmarnos!). Entonces, si esto es así, ¿qué nos autoriza para mantener a dichos animales enjaulados y sin derechos?”¹⁰

Las anteriores reflexiones del Doctor Rivero tienen como fin el plantearse que los tradicionales conceptos, utilizados para perfilar la personalidad jurídica, se encuentra obsoletos, ya que en la actual Sociedad de la Información, los intereses jurídicamente relevantes, se relacionan directamente con el uso y manejo de la información, bien jurídico intangible pero de gran valor, ya que quien tenga información tendrá el poder. De ahí que el citado autor nacional, estima que la información, en sí misma, es el nuevo centro de imputación de efectos jurídicos¹¹, lo que daría paso al concepto de identidad virtual, ya definida, líneas atrás, como aquella información registrada o registrable, actualizada o actualizable, imputada a un centro de interés jurídicamente relevante.

En este sentido el doctor Rivero afirma que:

“La identidad virtual es la personalidad desmaterializada en información. Y es esta desmaterialización de la personalidad en información lo que permite que la personalidad se proyecte a toda la sociedad.

La moderna teoría de los sistemas, sobre todo en su versión más desarrollada que es la vertiente luhmanniana, postula la existencia de una sociedad sin seres humanos. Pese a las críticas que se han hecho a esta afirmación, considero que la tesis merece adhesión. En efecto, si la sociedad es la suma de todos los nexos de comunicación, habrá sociedad allí donde haya comunicación, aunque no hayan seres humanos. Y por otra parte, los seres humanos, como entidades físicas, no pueden ser parte de la sociedad, que se compone de nexos de comunicación. Por otra parte, ¿ no enseña la experiencia que los individuos de carne y hueso no pueden cambiar el curso de los sistemas ? La existencia de las estructuras auto-reflexivas que dominan a los sistemas de comunicación y que no pueden ser modificadas desde afuera, es una barrera infranqueable

⁸ Rivero Sánchez, Juan Marcos, op.cit.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

*a todo intento de seres humanos por modificar dichos sistemas.*¹²

Lo anterior implica que la identidad virtual es una suerte de optimización de la personalidad jurídica, ya que convierte a la persona física en información y como tal la eterniza, ya que sus datos pueden mantenerse a lo largo de los tiempos.

Concluye Rivero Sánchez, afirmando, que la identidad virtual no debe confundirse con la autodeterminación informativa, toda vez que la primera es el centro de imputación de intereses jurídicamente relevantes y la autodeterminación informativa es el derecho que se vincula con aquella para hacerla una realidad. Asimismo proclama que no solo los seres humanos tienen derecho a una identidad virtual, sino que cualquier centro de interés jurídicamente relevante lo podría tener; tal es el caso de la naturaleza, inteligencias artificiales, redes contractuales económicamente eficientes, animales desarrollados, creaciones de la ingeniería genética y otros, en el tanto en que esas “entidades” se puede desmaterializar en datos o información. Esta última afirmación, podría no ser compartida por toda la doctrina jurídica, en cuanto sigue teniendo, primordialmente, como sujeto de interés jurídico a la persona humana; pero se trata de una conclusión sumamente visionaria y “retadora”.

Finalmente, el citado autor, concluye que la identidad virtual es un concepto democrático, ya que evitaría que la información se concentre en un solo centro de poder que llevaría a un totalitarismo, en razón de que cada individuo tiene el derecho de perfilar su identidad y el contenido informático de la misma. Por ello propone que la identidad virtual esté reconocida a nivel constitucional, como derecho fundamental.

V. RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD VIRTUAL A NIVEL CONSTITUCIONAL Y PRECISIONES SEMÁNTICAS.

Tal y como se expresó en el punto anterior, la identidad virtual debe constituir un derecho constitucionalmente reconocido, a efecto de hacer realidad su implementación y respeto. En este sentido, existe en Costa Rica un proyecto de reforma constitucional, denominado Proyecto de Reforma Constitucional para la protección de la personalidad virtual como Derecho Fundamental, que pretende adicional al Capítulo de Derechos y Garantías Individuales un artículo que llevará el número 24 bis y que a la letra diría:

Artículo 24 bis.- “Toda persona tiene derecho a tener o no tener personalidad virtual, donde su presencia, contenido y proyección se encuentre regulada por cada una de ellas. No podrá ser utilizada con fines discriminatorios en perjuicio de su titular. El Estado garantizará que la información contenida en la personalidad virtual goce de la adecuada seguridad informática y

*jurídica, con exclusión de terceros no autorizados que pretendan obtenerla. El Estado podrá hacer uso del contenido de la personalidad virtual de las personas, previa autorización de éstas, siempre que se realice en beneficio y provecho de las mismas.”*¹³

Nótese cómo el referido proyecto garantiza el derecho de toda persona a decidir si tiene personalidad virtual, así como el determinar su contenido, además del deber del Estado de garantizar que la información contenida en la personalidad virtual, esté segura y a buen recaudo. Sin embargo el texto propuesto utiliza la expresión personalidad y no el de identidad o entidad virtuales, que normalmente se usa en doctrina. Al respecto es importante detenerse a reflexionar sobre aspecto.

Se ha definido como personalidad virtual como el desdoblamiento del ser humano en su materialidad física y su desmaterialización virtual de información-principio de ubicuidad-, donde la personalidad virtual-conformada en forma absoluta de información- se encuentra regulada por cada persona y será considerada como centro de atribución o imputación de efectos jurídicos.¹⁴

Por otra parte hay autores como Rivero Sánchez que definen identidad virtual como la información vinculada a un centro de interés jurídicamente relevante¹⁵, y otros autores, tal es el caso de Francisco Campos que hablan de entidad virtual definiéndola como:

*“...la faceta de un sujeto jurídicamente relevante, ubicada en el campo virtual, mediante la cual todo aquello que se presente como importante en el mundo jurídico, se verá posibilitado de desarrollarse e interactuar en un plano desmaterializado. Sobre esa idea podemos afirmar que la Entidad Virtual no es más que la desmaterialización de un sujeto en su información...”*¹⁶.

En realidad se trata de conceptos que se refieren al mismo fenómeno y que se pueden entender como sinónimos; haciendo la advertencia de que Juan Marcos Rivero, extiende el concepto a entes humanos y no humanos, y Carlos Chinchilla, afirma que se trata de conceptos íntimamente relacionados, pero no iguales, ya que la personalidad jurídica es exclusiva de los seres humanos¹⁷.

No obstante lo anterior, se estima que más allá de la orientación que se le quiera dar, doctrinariamente, a los conceptos se trata del fenómeno de la desmaterialización de un ser en información, por lo que se trata del mismo significado.

¹³ www.virtualrights.org/files/PROYECTO%20PERSONALIDAD%20VIRTUAL.doc (9-07-06).

¹⁴ Chinchilla Sandí, Carlos. *Personalidad Virtual: Necesidad de una Reforma Constitucional*. En *Revista de Derecho y Tecnologías de la Información*, número 3-2005. UNED (en línea) www.uned.ac.cr/redti/tercera/documentos/articulo1.pdf (6-07-06).

¹⁵ Rivero Sánchez, op. cit.

¹⁶ Campos Zamora, op.cit

¹⁷ Chinchilla Sandí, op.cit.

¹² *Ibidem*.

Ahora bien, pasando al contenido de la identidad virtual o personalidad virtual y sus implicaciones; el autor Carlos Chinchilla Sandí considera que el contenido de la personalidad virtual está conformado por los siguientes elementos:¹⁸

- a- *derecho a tener o no tener personalidad virtual; como un derecho fundamental del ser humano, que protege al individuo en cuanto a su faceta de persona virtual, cargada de la información más importante del individuo y, por lo tanto, de la sociedad como un todo. Por ello, merece protección y seguridad.*
- b- *centro legal de recolección y atribución de información; la personalidad virtual se identifica como un centro legal de recolección y atribución de información proveniente de la misma persona.*
- c- *transversalidad; la personalidad virtual es un tema de conocimiento y aplicación transversal en todo los ámbitos sociales y, especialmente, a lo interno de la organización del Estado. No es posible pensar en una organización social, debidamente estructurada e interconectada, que no goce del direccionamiento de su gestión en el ámbito de la información. Ello incorpora un valor agregado en cuanto ayuda social y económica a la población, donde se dirija a solventar problemas de pobreza, asistencia social, soluciones de vivienda y empleo, entre otros.*
- d- *control de la información; limitado al mismo individuo del cual se extrae la información, donde solo él podrá disponer del contenido de su personalidad virtual.*
- e- *participación ciudadana; con la personalidad virtual se potencializa la participación ciudadana, pues el contacto resulta directo, inmediato y cubre a todos. Esta participación ciudadana la podemos canalizar por medio de la Agenda 21 local (protección al medio ambiente), servicios, consulta general de opinión para conformar la toma de decisiones, etc.*
- f- *potencialización de la democracia; esta potencialización democrática se dirige al ámbito político, social y económico, para ser utilizada como instrumento de combate y erradicación de la pobreza.*
- g- *actuación estatal; el Estado deberá contar con su propia personalidad virtual, que permita interactuar con la personalidad virtual de los individuos. Esto nos involucra con el tema gobierno electrónico o digital (e-government), que debe incorporarse -como acción obligatoria- en la agenda tecnológica de todos los países del mundo.*
- h- *protección de la privacidad y la intimidad; al tratarse la personalidad virtual de información vital de cada ser humano, resulta necesaria la protección de la privacidad y la intimidad.*
- i- *autodeterminación informativa y hábeas data; resulta indispensable entender dentro de la personalidad virtual, al tratarse de información vital para cada uno de los seres humanos, la necesaria protección de la privacidad y la intimidad. Lo anterior dirige al surgimiento de los conceptos de autodeterminación informativa y hábeas data, todos componentes de esa misma personalidad virtual.*
- j- *centralización y acceso de aplicaciones para la persona; la personalidad virtual tendrá como fin esencial, el centralizar y facilitar el acceso a una gran cantidad de aplicaciones que hoy permanecen dispersas, como lo son, correo electrónico, página en Internet, servicios de banca virtual, coordinada social, expediente médico, expediente judicial, e-gobierno, telefonía fija y móvil, correo de voz y muchas más.*
- k- *comercio electrónico (e-commerce); este comercio electrónico se visualiza inmerso dentro del concepto de personalidad virtual en su desarrollo y manifestaciones, constituyendo un instrumento esencial de transacción e intercambio, haciendo más ágil y segura (inclusión de la firma digital -sistema asimétrico-) la relación comercial on line.*
- l- *firma digital o electrónica; componente básico de seguridad en el momento en que los contratos, las transacciones económicas, las compras, etc. se realizan on-line, es decir sin la presencia física de las partes. Esta firma digital brinda confidencialidad en las comunicaciones comerciales.*
- m- *transacción e intercambio; de especial relevancia en los beneficios provenientes de la personalidad virtual, pues brinda la posibilidad de recibir fondos a personas en situación de pobreza o necesidad de ayuda económica, por medio de su identificación en la coordinada social. Por ello, afirmamos que la personalidad virtual se encuentra facultada para recibir fondos de contenido económico.*
- n- *determinación de necesidades; la personalidad virtual sirve para que el Estado y sus instituciones determinen las necesidades de las personas que conviven en la sociedad, interactuando éstas con las entidades virtuales del Estado y de las instituciones.*

Véase cómo el contenido de la personalidad o identidad virtual se caracteriza por el derecho de decisión en cuan-

¹⁸ *Ibidem.*

to a tenerla o no, así como la definición del titular sobre la información que tendrá, sobre la cual el Estado debe garantizar su protección mantenimiento, a través de mecanismos procesales efectivos, tales como el Recurso de Habeas Data, sobre el que se hablará más adelante. Asimismo se destaca la vinculación estrecha entre la identidad virtual y el derecho de autodeterminación informativa, el cual está garantizado en los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en las Constituciones Políticas, dentro del Derecho a la Intimidad; por lo que se abre el debate en relación a si el Derecho de autodeterminación informativa es una manifestación más del Derecho a la Intimidad o si se trata de un nuevo Derecho Fundamental, tema que se abordará de seguido.

VI. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA COMO PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA LA EXISTENCIA DE LA IDENTIDAD VIRTUAL (¿DERECHO A LA INTIMIDAD O NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL?)

El Derecho a la autodeterminación informativa es indispensable para la existencia misma de la identidad virtual, toda vez que sin aquel no podría garantizarse la integridad y protección de la información contenida en la identidad virtual. Este Derecho ha sido denominado, en la doctrina, de diversas formas: Derecho a la Libertad Informática, Derecho a la autodeterminación informativa, intimidad informática o Derecho de Habeas Data, entre otros¹⁹. Más allá de la nomenclatura utilizada, lo cierto es que tal Derecho contiene una serie de derechos, dentro de los que se pueden destacar los siguientes:²⁰

- 1.- *El derecho de la persona a estar informada de su inclusión en un banco de datos que le afectan.*
- 2.- *El derecho de acceso a tales datos.*
- 3.- *El derecho a la supresión de determinados datos-de datos sensibles-o de su cancelación, lo que implica también la fijación de una limitación temporal de la validez de los mismos.*
- 4.- *El derecho de rectificación de los datos erróneos.*
- 5.- *El derecho a reconocer el uso que se va a hacer de ellos y a la confidencialidad.*
- 6.- *La adopción por el banco de datos de medidas que garanticen el no acceso a los datos de personas no autorizadas, o en su caso, que se asegure la no destrucción o modificación de datos.*

A la par de la construcción sobre el contenido del Derecho a la autodeterminación informativa, se debate en doc-

trina, sobre la naturaleza jurídica de tal Derecho, en cuanto a si es un nuevo Derecho Fundamental o si por el contrario, solamente se trata de la aplicación, al campo de la informática, del Derecho a la Intimidad. Sobre este punto muchos autores afirman que se trata de un nuevo Derecho Fundamental; tal es el caso de Juan Marcos Rivero, quien lo clasifica como un Derecho de Quinta Generación, yendo más allá de lo que el resto de la doctrina ha esbozado, en el sentido de incluir el Derecho de autodeterminación informativa dentro de la cuarta generación, siendo ésta aquella que contiene los derechos de la contaminación de la tecnología, es decir aquellos derechos fundamentales que han sido lesionados por los avances tecnológicos. Rivero indica, de forma bastante optimista, que los derechos de quinta generación son aquellos de potencialización de los derechos fundamentales a través de la tecnología; es decir que lejos de ver a la tecnología como amenaza al respeto de los derechos fundamentales, más bien la ve como una oportunidad de que aquellos se desarrollen plenamente²¹.

Por su parte Francisco J. Campos Zamora opina, siguiendo al español Pérez Luño, que los Derechos de Libertad Informativa corresponden a una nueva generación (*liberties pollution*) que correspondería a una cuarta generación y no a una quinta como señala Rivero Sánchez. Sobre este tema, expresa Campos, lo siguiente:

*“Como ya señalamos, aún con todos sus problemas, la modernidad, la era tecnológica continúa presentando enormes posibilidades. De esta forma, consideramos que ha llegado el momento de responder a esa contaminación de las libertades, y que el surgimiento de una nueva generación de derechos está próxima, una generación, en donde el aprovechamiento de las nuevas tecnologías tiendan a potenciar al ser humano. Esta nueva generación de derechos virtuales, vendrá a completar a las anteriores de una forma nunca antes vista ni imaginada, por cuanto se presentará como una generación transversal de derechos. Su función radicarán no en el uso de las tecnologías para todos-tecnocracia esta, que muy difícilmente terminará con los problemas sociales- sino por el contrario, en el beneficio que las mismas aportarán al ser humano independientemente, de que éste presente o no un contacto directo con ella”.*²²

Independientemente de la clasificación que se haga del derecho en cuestión, sea en cuarta o quinta generación; lo cierto es que los autores comentados, consideran que se trata de un nuevo derecho fundamental. Contrariamente a ellos, el Doctor Libardo Orlando Riascos Gómez, considera que la autodeterminación informativa no es más que una visión moderna del Derecho a la Intimidad y como tal no se trata de un nuevo derecho fundamental, alejándose de las nuevas co-

¹⁹ Riascos Gómez, Libardo Orlando. *La visión iusinformática del Derecho a la Intimidad, no es un nuevo Derecho Fundamental. En informática jurídica.com. (en línea). www.informatica-juridica.com/trabajos/ponencia.asp. (12-07-06).*

²⁰ Baón Ramírez, citado por Riascos Gómez; Libardo Orlando, op. cit.

²¹ Rivero Sánchez, op.cit.

²² Campos Zamora, op.cit.

rientes doctrinales que existen al respecto. Riascos Gómez opina, textualmente, lo siguiente:

“Para un sector de la doctrina, la violabilidad de la dignidad de la persona a través de medios informáticos, crea un nuevo derecho fundamental, denominado indistintamente Libertad Informática, Derecho de la autodeterminación informativa o Derecho a la Intimidad Informática. Cada una de estas denominaciones obedece al origen y posición doctrinal o jurisprudencial que se sigue para estructurarla. En cambio, consideramos junto a otro sector de la doctrina, que no existe un nuevo derecho, sino una ampliación del contenido del derecho a la intimidad, evidenciada, por un lado, por la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en el mundo del derecho, generando entre otros aspectos, la informática jurídica entendida básicamente como ciencia del tratamiento lógico(...) se considera a la intimidad como el derecho que tiene toda persona al control de la información de sí mismo (The Right to control information about oneself), cuando sus datos personales han sido sometidos a tratamiento informatizado...”²³

La concepción de Riascos es muy interesante, por cuanto no considera necesario la existencia de un nuevo derecho fundamental, sino que cree que se trata de una ampliación del Derecho a la Intimidad, que ha evolucionado, como reacción a los tiempos que se viven actualmente. En todo caso, lo importante es tener claro que toda persona tiene el Derecho a procurar la integridad de su información personal, a efecto de no resultar afectada de ninguna forma.

Se trata de enfoques diferentes para resolver el mismo fenómeno, es decir poner en una balanza el Derecho a la Autodeterminación Informativa y el ejercicio de la tecnología, por parte de particulares y el Estado. Ello se puede lograr, descomponiendo el Derecho a la Intimidad o creando un nuevo Derecho Fundamental, sea de cuarta o quinta generación. Lo esencial es la protección de los derechos fundamentales de las personas.

De todas formas hay que enfatizar que el Derecho a la Libertad Informática o Informativa, tiene estrecha relación con el respeto a la Dignidad Humana, que es garantía de no recibir ofensas o humillaciones, sino que también se trata de una afirmación positiva del desarrollo pleno de la personalidad de toda persona²⁴. Este derecho a la Dignidad Humana, supone que la información o más bien en ejercicio de ésta, se enfrente al respeto de la intimidad. De ahí que se habla de una “relación-tensión” entre intimidad e informática, ya que no se puede detener el desarrollo de la tecnología, sino que hay que asegurar, que tal ejercicio sea democrático²⁵.

VII. PROTECCIÓN JURÍDICO-PROCESAL DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, EN GENERAL, Y DE LA IDENTIDAD VIRTUAL EN ESPECÍFICO.

Tal y como se ha venido expresando, la Libertad Informática o Derecho a la Autodeterminación Informativa o cualquier otro nombre que se utilice para denotar la Libertad Fundamental de controlar la información que existe sobre las personas, está íntimamente vinculada con el concepto de Identidad Virtual; en el tanto en que se garantice la Libertad Informática, será posible la existencia de una Identidad Virtual que pueda ser ejercida, plena y libremente, como expresión concreta de la Libertad Informativa. Por ello en el presente aparte se hará un análisis de la fórmula procesal diseñada para garantizar lo anterior. El instituto jurídico-procesal al que se hace mención es el Recurso de Habeas Data o también llamado *Habeas Scriptum*.

Se hará un análisis doctrinal de derecho comparado, analizando cómo se concibe la figura el Derecho Argentino, para en un aparte posterior analizar, jurisprudencialmente, cómo se ha desarrollado dicho instituto en Costa Rica, país que no cuenta con una ley ordinaria que regule el tema, pero que ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como una derivación o especie del Recurso de Amparo, el cual sí posee reglamentación legal.

En Argentina el Recurso de Habeas Data tiene rango constitucional, aunque no se ha reglamentado legislativamente; lo anterior no implica que el Recurso no tenga plena vigencia y operatividad, ya que está contemplado en la Constitución Política y es reflejo de sus principios generales. Caso curioso y singular, es el de Costa Rica, en dónde no hay ni mención expresa en la Constitución Política, ni en la legislación ordinaria, pero el Recurso ha sido definido, sustentado y desarrollado, gracias a la interpretación constitucional de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia—que se analizará más adelante—que ha entendido que el Recurso de Habeas Data es una especie del Recurso de Amparo, que está reglamentado en la Ley de Jurisdicción Constitucional.

Ahora bien, en cuanto al fundamento y antecedentes del Recurso de Habeas Data, hay que reseñar que la revolución tecnológica de la segunda mitad del siglo XX, que da nacimiento a la Sociedad de la Información, provocó la creación de sistemas computacionales que han desarrollado grandes bancos de datos, que contienen información de todo tipo, por lo que los ciudadanos tienen que contar con un medio de protección sobre lo que se almacena en los citados bancos de datos y que puede afectar la personalidad de los seres humanos²⁶. De tal forma que el clásico Derecho Fundamental a la Intimidad, ha sido erosionado por la revolución tecnológica²⁷, ya que al almacenarse grandes cantidades de información,

²³ Riascos Gómez, op. cit.

²⁴ Maihofer, Werner, citado por Riascos Gómez, ibídem.

²⁵ Riascos Gómez, op.cit.

²⁶ Carranza Torres, Luis R. Caracteres Generales del Habeas Data. En *informatica-juridica.com* (en línea) www.informatica-juridica.com/trabajos/caracteres_generales_del_corpus_habeas.asp (12-07-06).

²⁷ Ekmedjian, citado por Carranza Torres, op.cit.

relativas a las personas, debe prevenirse que existan intromisiones e inadecuada difusión de datos procesados, que puedan afectar la esfera íntima, sea laboral, familiar y otras, violentándose así las garantías constitucionales²⁸. De ahí que nazca el Recurso de Habeas Data como medio de protección ante el uso abusivo e inadecuado de los datos e información personales. Fundamentalmente el Recurso de Habeas Data protege el Derecho a la Intimidad y a la correcta imagen de las personas, así como la autodeterminación informativa, el honor, los valores familiares y otros.

La naturaleza jurídica del Recurso de Habeas Data, es la de ser una especie del Recurso de Amparo, tal como se concibe en Costa Rica. Sin embargo no toda la doctrina es conteste en este punto; ya que algunos estiman que de ser considerado como un Amparo, se corre el riesgo de desvirtuar al finalidad del recurso, toda vez que el Amparo requiere que exista una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y en cambio el habeas data busca dar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad y el uso indebido de su información por parte de terceros²⁹. Esta posición no es muy feliz, ya que se contradice en sí misma; toda acción u omisión sujeta a Amparo, más que ilegal es inconstitucional y como tal es atacada por el recurso dicho para “amparar” los derechos constitucionales y fundamentales violados. Por su parte el Recurso de Habeas Data, busca proteger y hacer respetar una gran cantidad de derechos constitucionales, tales como se ha venido diciendo, el derecho a la autodeterminación informativa, el Derecho a la Intimidad, imagen y otros; por lo que el razonamiento de cierto sector doctrinal, relativo a la no conveniencia de la asimilación entre el Amparo y el Habeas Data, no es compartida. Esto no tiene nada que ver con el hecho de que, en el caso de Costa Rica, se legisle concretamente en torno al Habeas Data, lo que podría suceder en cualquier momento, por cuanto si se regula como instituto procesal, con sus propias características, no lo diferenciará, en esencia del Amparo.

En cuanto a la legitimación para plantear el Recurso de Habeas Data y para ser sujeto pasivo del mismo hay que indicar que, en relación con la legitimación activa, cualquier persona tiene derecho a tomar control de sus datos, que puedan afectarlo en el ámbito de su intimidad. El supuesto fáctico para ejercer el referido remedio procesal es la posibilidad de que en un registro de información consten datos sobre una persona, que puedan afectarlo indebidamente para el ejercicio de sus derechos o que exista información inexacta, desactualizada o falsa. De cumplirse estos supuestos fácticos, el titular del Recurso de Habeas Data, puede pretender tomar control y conocimiento de sus datos y solicitar la rectificación o eliminación de los incorrectos³⁰. Se entiende que los bancos de datos, pueden ser estatales o privados, para ser sujetos al recurso. El sujeto activo de la acción puede ser una persona individual o colectiva, en el caso de estas últimas, si

bien no tienen Derecho a la Intimidad, sí tienen un Derecho a la Imagen y como tal podrían incoar el recurso³¹.

En principio podría ejercerse el Recurso de Habeas Data en situaciones de derechos difusos, entendiendo por éstos aquellos en los que cualquier ciudadano puede, en nombre de la sociedad, defender tales intereses, siempre y cuando el interés colectivo esté siendo afectado, de lo contrario no procedería la acción y únicamente la podría plantear la persona concretamente afectada.

En relación con la legitimación pasiva del Recurso de Habeas Data, sea en contra de quién se ejerce el mismo, hay que indicar que corresponde a toda

persona individual o colectiva que disponga de los bancos de datos de naturaleza pública, destinada a ser difundida, aunque no sea de forma masiva.

La procedencia del Recurso de Amparo tiene sus excepciones, el autor Luis R. Carranza Torres considera que no cabe en contra del secreto profesional periodístico, en cuanto resguarde fuentes de información, del secreto profesional, en general y del secreto de Estado, siempre y cuando sea éste razonable y no arbitrario³².

Evidentemente durante la tramitación del Habeas Data se debe cumplir y garantizar el Principio del Debido Proceso con todas sus ramificaciones, sea Derecho a la prueba, a la bilateralidad de la audiencia, Principio de Contradictorio y otros. Sobre la carga de la prueba se entiende que debe probarse la falsedad de la información, en los casos de rectificación o actualización de datos, mas no en cuanto al caso de la confidencialidad de los mismos, ya que no se estaría discutiendo tal aspecto, sino el ejercicio del Derecho a la Intimidad, debiendo el órgano jurisdiccional determinar y sopesar si la publicitación de la información causó o causaría daños, como por ejemplo en tratándose de datos referentes a pensamiento religioso, político, orientación sexual y otros.

Finalmente el autor Carranza Torres recomienda, con base en la doctrina y jurisprudencia argentina, que el Recurso de Habeas Data debe sujetarse a los siguientes principios, los que obviamente no son taxativos y que únicamente se incluyen aquí, a manera ejemplificativa, para que con base en ellos se construyan y agreguen otros, se han excluido aquellos que no se ajustan al caso costarricense, por razones obvias:³³

- a) *No sujetar el ejercicio de la acción a plazo de caducidad o requisito de cumplimentar actos de intimación o similares de manera previa...*
- b)...
- c) *Los principios de rapidez, simplificación y abreviación de los actos procesales, concentración de los mismos, inmediatez y economía en el trámite del proceso.*
- d) *La posibilidad de disponerse al incoar la acción, como medida cautelar, la suspensión de*

28 Sesin, citado por Carranza Torres, op. cit.

29 Almark, citado por Carranza Torres, op.cit.

30 Carranza Torres, op.cit.

31 *Ibidem.*

32 Carranza Torres, op.cit.

33 *Ibidem.*

difundir los datos objeto de la litis, o cuanto menos, la obligatoriedad de acompañar su difusión de una “aviso de datos en litigio”.

- e) *El tribunal a cargo debe estar dotado de las facultades dirección suficientes para impulsar el proceso de modo ágil y poder disponer de los elementos de juicio necesarios para fallar de acuerdo a un criterio de verdad real.*
- f) *En cuanto a la prueba, disponer la recepción de la misma en audiencia, siguiendo el método de la ley de amparo, estableciendo un principio de cargas probatorias dinámicas y la facultad del tribunal de disponer probanzas de oficio, si es de necesidad para formar criterio resolutorio.*
- g) *....*
- h) *Respecto a la cosa juzgada, nos inclinamos por considerarla de carácter formal y en brindar la posibilidad, en caso de rechazo, de plantear nuevamente la misma por aplicación del rebus sic stantibus, o la aparición de nuevos elementos probatorios”*

Tal y como se expresó, supra, los anteriores principios o caracteres orientadores que el autor citado expone, no son únicos, ni pretender ser inmutables, sin embargo se estimaron de valor, a efecto de generar una discusión posterior, en torno al perfil del Recurso de Habeas Data. De seguido se analizarán dos casos reales fallados por la Sala Constitucional de Costa Rica, relativos a la protección del Derecho a la autodeterminación informativa y al Derecho a la Intimidad, en general, con el fin de estudiar cuál ha sido la orientación que la jurisprudencia costarricense ha tenido sobre el tema.

VIII. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL RECURSO DE HABEAS DATA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, EN COSTA RICA.

Se han escogido dos casos resueltos ambos, relativamente hace poco ya que datan del año dos mil cinco; uno de ellos relativo a la pretensión de difusión de información que se consideró afectaba el ámbito de intimidad del afectado y otro relativo a la difusión de información crediticia y judicial, que se estimó desactualizada. El objetivo del siguiente análisis es mostrar el grado de desarrollo del tema, a nivel jurisprudencial en Costa Rica, por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y cómo se ha perfilado el Recurso de Habeas Data, como una especie de Recurso de Amparo específico, ya que en Costa Rica no hay legislación concreta sobre el referido remedio procesal, pero es sumamente interesante cómo la Sala Constitucional ha construido el instituto, con base en fundamentos y principios constitucionales de orden general.

Se advierte que se omitirá el nombre de los afectos, por estimarse que tales datos son privados y en nada influyen con el análisis respectivo.

Sentencia número 13617-2005, dictada a las catorce horas, treinta minutos del cinco de octubre de dos mil cinco.

Esta sentencia versa sobre el uso de información personal, referente a historia crediticia y cobratoria de una persona, quien acudió a la Sala Constitucional, a efecto de hacer respetar su Derecho a la Intimidad y a la Autodeterminación Informativa.

HECHOS DEL CASO: El señor R.Q.O interpuso Recurso de Amparo en contra de la empresa (...) indicando que tales empresas tienen información personal suya que afecta su crédito y buena fama, ya que dicha información se encuentra desactualizada y es errónea. Las empresas recurridas se dedican a brindar datos referentes al historial crediticio de las personas, así como llevan un récord de los diferentes procesos judiciales que haya enfrentado cualquier persona. El recurrente se apersonó a las oficinas de los recurridos, con el fin de que se eliminara la información personal y privada que consideró no tenía por qué figurar en la base de datos de los recurridos y además para que se actualizara la información relativa a procesos judiciales, ya fenecidos, que aparecían como activos. Por su parte las empresas recurridas, indicaron que la información del recurrente, contenida en su base de datos, se refiere a información cierta y personal del mismo, y que no ha sido su intención dañar la imagen del recurrente, asimismo señalaron que los datos específicos de el estado de los procesos judiciales, en los que figuraba el recurrente, solamente pueden ser accedidos previa contratación con la empresa, a efecto de que se realice el estudio del respectivo expediente.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: En la sentencia de cita, la Sala Constitucional consideró que el recurso era sujeto a estudio, ya que la Ley de Jurisdicción Constitucional, en su numeral 57 prevé la posibilidad de plantear Recursos de Amparo en contra de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos se encuentren en una situación de poder, en relación con el recurrente. El razonamiento de la Sala se centró en que las empresas recurridas, estaban en una situación de poder, en relación con el recurrente, ya que por el tipo de información que manejan y por las actividades a las que se dedican, controlan datos, sin el consentimiento de los involucrados y a veces sin su conocimiento, por lo que de darse un uso indiscriminado de la información, se podría provocar un perjuicio sustancial a las personas involucradas. Asimismo, reitera la Sala, que la vía de Amparo es la adecuada para ejercitar el Derecho a la Intimidad y en general para poner en práctica el Derecho a la Autodeterminación Informativa. Con esto se comprueba, cómo la jurisprudencia constitucional patria, se ha encaminado por materializar el Recurso de Habeas Data, mediante el de Amparo, ya que el primero no se encuentra, expresamente, regulado en el ordenamiento jurídico. Esta solución se estima adecuada y correcta, toda vez que lo importante es hacer valer los derechos constitucionales de las personas, más allá de la nomenclatura de los remedios

jurídico-procesales utilizados y la vía llamada a resolver estos temas es el del Recurso de Amparo, mientras no se legisle sobre la figura específica del Recurso de Habeas Data.

VALORACION DE FONDO HECHA POR LA SALA CONSTITUCIONAL: La sentencia estudiada empieza su análisis considerativo de fondo expresando, como premisa, que el caso bajo estudio se refiere al Derecho de Autodeterminación Informativa y que tal y como lo ha reiterado en otros casos similares, es obligación de quien maneja la base de datos respectiva, actualizar los mismos, ya que pretender que el afectado corra con el costo de la actualización, violenta el Principio de Proporcionalidad, el cual consiste en que toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental debe ser la última ratio, es decir el último remedio. Además implica que debe existir un balance entre los intereses, para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa una determinada medida, guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Esto aplicado al caso resuelto significa que no hay proporcionalidad entre el Derecho a difundir información sobre la historia crediticia y judicial de una persona, con el Derecho a la Intimidad de este, ya que si la información contenida en la base de datos fuera totalmente actualizada, no existiría, en principio, lesión al Derecho de Autodeterminación Informativa, por consiguiente la Sala Constitucional, estimó que obligar al afectado a pagar por la actualización de sus datos, violentaba el Principio de Proporcionalidad. Por otra parte la Sala hace mención al hecho de que, en el caso concreto, la mayoría de los procesos judiciales en que figuró el afectado, ya se encontraban fenecidos, sin que ello se explicitara en la página de Internet, donde se mostraban estos datos. Esto dañó los derechos fundamentales del recurrente, toda vez que al mantenerse información sobre procesos terminados, prácticamente condena al involucrado a una especie de muerte civil o *capitis diminutio* perenne, al ser mostrado ante el público como una persona que está enfrentando procesos civiles, cuando en realidad ya se archivaron o terminaron. En este punto la Sala echó mano de la doctrina penal del Derecho al Olvido, que consiste en que después de determinado plazo los condenados penales tienen derecho a que no consten sus juzgamientos, y hace una aplicación analógica a la materia civil. Además reconoce la Sala, el derecho constitucional de las empresas dedicadas a vender información, a registrar datos objetivos y veraces, sobre procesos judiciales, mas no de forma vitalicia, por lo que acordó fijar un plazo máximo de cuatro años para que esa información conste en la base de datos respectiva. Finalmente ordenó que los datos del recurrente, que no tienen nada que ver con su solvencia económica, tales como sus números de teléfono, nombre de sus padres y otros, debían ser eliminados de la base de datos. Consecuentemente la sentencia estudiada, acogió el recurso planteado y ordenó a las empresas recurrentes que actualizaran los datos sobre los procesos judiciales, así como que tales datos no podían figurar, por más de cuatro años y que toda aquella información no relacionada

con el historial crediticio del recurrente, debía ser eliminada. Claramente se puede ver cómo nuestra jurisprudencia constitucional, resguardó el Derecho a la Intimidad y el Derecho a la Autodeterminación Informativa.

Sentencia número 11569-2005, dictada a las nueve horas, cuatro minutos del veintinueve de agosto de dos mil cinco.

Esta resolución de la Sala Constitucional versa sobre el reclamo de un funcionario judicial, quien fue sometido a valoraciones psiquiátricas, a propósito de su desempeño laboral y cómo tales valoraciones se hicieron constar en las actas del Consejo Superior del Poder Judicial, las cuáles son de acceso público, mediante el sistema de *intranet* de la Corte Suprema de Justicia. De tal forma que el recurrente acusó la violación al Derecho a la Intimidad.

HECHOS DEL CASO: El recurrente planteó Recurso de Amparo en contra del Consejo Superior del Poder Judicial, por el hecho de que en un acta de dicho Consejo se transcribieron detalles sobre un dictamen psiquiátrico forense, al cual fue sometido el recurrente y que cualquier tiene acceso a dicha información, al constar en las actas del Consejo Superior de Poder Judicial, las cuáles constan en *Internet*. Considera que la divulgación de esa información lesiona su honor, valores morales e imagen. Por su parte el Presidente del Consejo Superior del Poder Judicial contestó al Recurso incoado, en el sentido de indicar que solamente se cumplió con el trámite normal de las sesiones del Consejo, siendo que las actas de las sesiones, una vez aprobadas, son públicas y que se actuó con absoluta transparencia y en apego al Principio de Legalidad, por lo que no se vulneró derecho fundamental alguno y por ello solicita se desestime el Recurso planteado.

VALORACION DE FONDO HECHA POR LA SALA CONSTITUCIONAL: La valoración de fondo inicia con una referencia detallada sobre el Recurso de Habeas Data; esto es muy significativo ya que a pesar de que el recurrente no menciona, en su Recurso, que se trate de un Habeas Data, lo cierto es que los Magistrados interpretan que se trata de tal remedio procesal, por la materia sobre la que girará el caso, sea la divulgación de información que el recurrente estima ser confidencial. A tal efecto la Sala define al Recurso de Habeas Data como un recurso procedimental destinado a proteger la esfera de la intimidad, concretamente en el caso de manejo de información, sea que las personas puedan acceder a bases de datos, a efecto de suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que ahí se contenga y que le afecte; posteriormente indica la sentencia, que se trata de una forma especial de Recurso de Amparo, lo que define, muy claramente, la concepción de la jurisprudencia nacional sobre el tema, siendo diferente en otros países, donde se considera que es un recurso diferente al de Amparo, además de que se trata de forma separada, a nivel legislativo.

La Sala estima que el Habeas Data comprende varios derechos, a saber: el derecho de acceder a bases de datos para

corroborar si existe información que afecte al interesado, el derecho de actualizar la información que aparece en las bases de datos, el derecho a rectificar la información inexacta, el derecho a la confidencialidad que consiste en que el interesado suprima los datos que deben estar fuera del conocimiento de terceros y el derecho a excluir ciertos datos considerados como información sensible, tales como inclinación sexual, confesión religiosa, tendencia política, historial médico y otros.

En realidad la Sala hace una diferenciación, entre derecho a la confidencialidad y derecho de exclusión, que pareciera podría ser ubicada en una misma categoría; sin embargo lo importante es resaltar el “abanico” de derechos que el Habeas Data, ejercido como un Recurso de Amparo, permite a los recurrentes.

Continuando con su análisis, la sentencia citada hace referencia a los Principios básicos de la protección de datos, que deben ser respetados por toda persona que tenga el control sobre información personal, a saber: Derecho de las personas a saber que su datos figuran en determinada base de información; que los datos recolectados sean de calidad, es decir que los datos personales se justifican solamente cuando sea necesario recolectarlos y con fines legítimos; que los datos inexactos deben ser rectificadas; que los datos personales, deben ser cancelados una vez que hayan servido para su objetivo; prohibición relativa de recolectar ciertas categorías de datos y registrarlas, para un acceso público, tales como datos que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas y espirituales, vida sexual, datos de salud y antecedentes delictivos, entre otros. Posteriormente la Sala Constitucional, refiriéndose al caso concreto, indica que los datos médicos no ostentan el carácter de públicos ya que, salvo excepciones, importan solamente a su titular, pero no a la generalidad de los usuarios de la base de datos donde se han registrado. Se añade que no se debió hacer pública información médica del recurrente, ya que provenía de un expediente médico, por lo que se violentó el Derecho a la Intimidad de aquel, el cual es un principio o derecho de mayor rango que el de transparencia, que alegó el recurrido. Consecuentemente, la Sala Constitucional ordenó al recurrido eliminar de *intranet* la información médica del recurrente, contenida en un acta pública.

Es de resaltar el hecho de que la sentencia citada fue dictada, por una conformación total de magistrados suplentes, toda vez que los titulares se inhibieron del conocimiento del asunto, al ser el recurrido el Consejo Superior del Poder Judicial; lo que demuestra el grado de madurez, imparcialidad e independencia del Poder Judicial de Costa Rica, máxime si se toma en cuenta que la parte recurrida fue condenada. Asimismo es de suma importancia todo el desarrollo de fondo que se hizo en torno al contenido del Recurso de Habeas Data y la forma en que se materializa, a través del Recurso de Amparo.

IX. CONCLUSIONES

Luego de haberse expuesto los diferentes temas del presente trabajo, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se ha arribado a las siguientes conclusiones puntuales:

1. La revolución tecnológica producida durante la segunda mitad del siglo XX, produjo el advenimiento de la Sociedad de la Información, en la cual el bien más importante lo constituye la información.
2. La información ha permitido que el concepto de personalidad y persona, se pueda “desmaterializar” en información, la cual debe ser protegida, a efecto de que no se haga un mal uso de tal información.
3. Que Identidad Virtual es una consecuencia o producto de la Sociedad de la Información y ha sido definida, por el Doctor Juan Marcos Rivero Sánchez, como la información, registrada o registrable, actualizada o actualizable, imputada a un centro de interés jurídicamente relevante.
4. Que la Identidad Virtual no es lo mismo que la Autodeterminación Informativa, pero que ésta última es un derecho de protección vinculado directamente a la primera.
5. Los conceptos de Entidad Virtual, Identidad Virtual y Personalidad Virtual, son los mismos, en cuanto se refieran al ser humano, ya que algunos autores, como Rivero Sánchez, consideran que la Identidad Virtual es aplicable no solo a seres humanos.
6. La doctrina jurídica está dividida en cuanto a considerar el Derecho de Autodeterminación Informativa como un nuevo Derecho Fundamental o como una derivación del Derecho a la Intimidad; pero al margen de tal discusión, lo cierto es se debe proteger la información personal.
7. La Autodeterminación Informativa es el presupuesto indispensable para que la Identidad Virtual pueda ser un derecho realmente ejercible.
8. La Identidad Virtual debe contemplarse como un derecho fundamental, constitucionalmente reconocido.
9. La forma de hacer realidad la Identidad Virtual es con el respeto absoluto de la Autodeterminación Informativa, la cual se protege procesalmente, a través del Recurso de Habeas Data.
10. El Recurso de Habeas Data concede a quien lo ejerce el derecho de protección ante el uso abusivo e inadecuado de los datos e información personales. Fundamentalmente el Recurso de Habeas Data protege el Derecho a la Intimidad y a la correcta imagen de las personas, así como la autodeterminación informativa, el honor, los valores familiares y otros.
11. El Recurso de Habeas Data comprende varios derechos, a saber: el derecho de acceder a bases de datos para corroborar si existe información que afecte al interesado, el derecho de actualizar la información que aparece en las bases de datos, el derecho a rectificar la información inexacta, el derecho a la confidencialidad

que consiste en que el interesado suprima los datos que deben estar fuera del conocimiento de terceros y el derecho a excluir ciertos datos considerados como información sensible, tales como inclinación sexual, confesión religiosa, tendencia política, historial médico y otros.

12. En Costa Rica el Recurso de Habeas Data no está consagrado, expresamente, en norma constitucional o legal alguna, pero la Sala Constitucional lo ha desarrollado, con base en la protección del Derecho a la Intimidad y a la Autodeterminación Informativa, mediante el Recurso de Amparo, del cual se considera una especie.
13. La Sala Constitucional ha admitido Habeas Data, tanto para rectificar y actualizar datos, como para eliminar información que se considera confidencial.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Calvo González, José. La intimidad en el espejo de los media. Una mirada de la literatura y el Derecho. En Revista de Derecho Comparado de la Información, número 6, julio-diciembre 2005.(pdf) www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/art/art6.pdf. (8-07-06).
- Campos Zamora, Francisco J. El surgimiento de la Entidad Virtual como status positivo de la información. En Virtual Rights. Org (en línea) www.virtual-rights.org/files/el%20surgimiento%20de%20la%20entidad%20virtual%20como%20status%20positivo%20de%20la%20información.doc. (9-07-06)
- Carranza Torres, Luis R. Caracteres Generales del Habeas Data. En informatica-juridica.com (en línea) www.informatica-juridica.com/trabajos/caracteres_gnerales_del_corpus_habeas.asp (12-07-06).
- Castro Bonilla, Alejandra. Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Colección Ágora, Serie Estudios, 5. San José, 2006.
- Chinchilla Sandí, Carlos. Personalidad Virtual: Necesidad de una Reforma Constitucional. En Revista de Derecho y Tecnologías de la Información, número 3-2005. UNED (en línea) www.uned.ac.cr/redti/tercera/documentos/articulo1.pdf (6-07-06).
- Hollrah, Rachel. La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental. En Revista de Derecho Comparado de la Información, número 8 julio-diciembre 2006(pdf) www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/art/art5.pdf. (8-07-06).
- Muriel, Daniel. Sociedad del Conocimiento, identidad e Internet: cronotopologías emergentes y otras impertinencias sociológicas. En monografias.com.(en línea). www.monografias.com/trabajos32/conocimiento.identidad-internet-crono-topologias.shtml. (9-07-06)
- Riascos Gómez, Libardo Orlando. La visión iusinformática del Derecho a la Intimidad, no es un nuevo Derecho Fundamental. En informática jurídica.com. (en línea). www.informatica-jurídica.com/trabajos/ponencia.asp. (12-07-06).
- Sanz Gómez. Pedro. El análisis de las interacciones y la creación de una identidad virtual. En cop.es (en línea). www.cop.es/infocop76/info75-40.htm (9-07-06).

Sentencias de la Sala Constitucional citadas.

- Número 13617-2005, dictada a las catorce horas, treinta minutos del cinco de octubre de dos mil cinco
- Número 11569-2005, dictada a las nueve horas, cuatro minutos del veintinueve de agosto de dos mil cinco.