

REVISTA **EL FORO**

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica



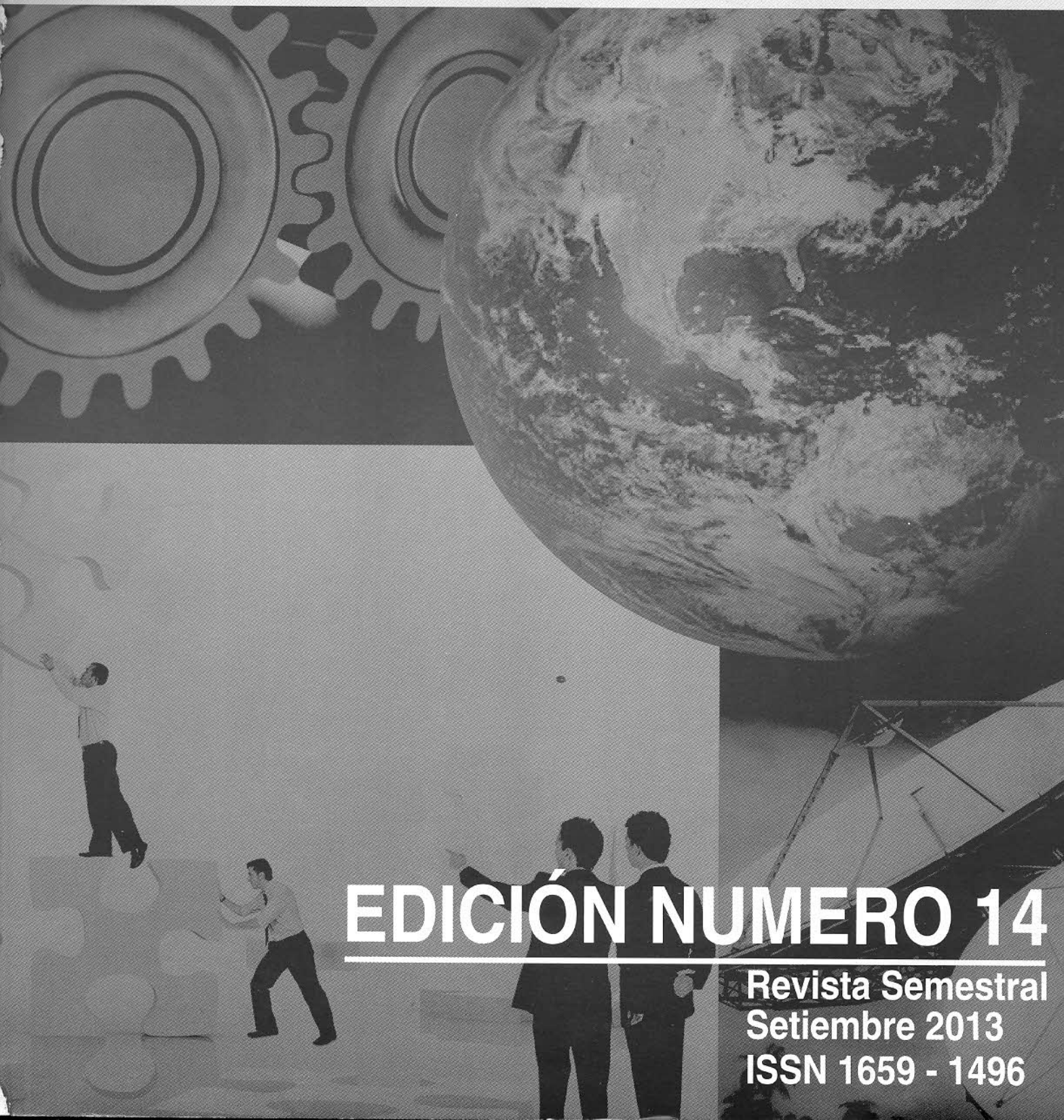
EDICIÓN NUMERO 14

Revista Semestral
Setiembre 2013

ISSN 1659 - 1496

REVISTA **EL FORO**

Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica



EDICIÓN NUMERO 14

Revista Semestral
Setiembre 2013
ISSN 1659 - 1496



REVISTA EL FORO

Edición No. 14
Revista del Colegio de
Abogados y Abogadas de Costa Rica
San José, Costa Rica
Setiembre 2013



DIRECTOR

Lic. Eduardo Rojas Sánchez

CONSEJO EDITORIAL

MSc. Eduardo Calderón Odio*
MSc. José Pablo Alvarado Cascante*
Dra. Ericka Hernández Sandoval*
Licda. Gabriela Badilla Zeledón*
MSc. Edgar Castrillo Brenes*
Licda. Vanessa Quesada Córdoba*

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Impresión

Ofiprinte Comercial MB S.A

Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Teléfono 2202-3648

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

*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Sumario

7. Consentimiento Electrónico y la regla de interpretatio contra stipulatorem.
Dr. Ignacio Monge Dobles.
19. División de poderes: garantía ciudadana del Estado Democrático.
Lic. Andrei Cambronero Torres.
29. La interpretación jurídica y los derechos fundamentales.
Msc. Maikol Andrade Fernández.
43. La responsabilidad social empresarial desde el punto de vista de la promoción de la normativa de protección del mercado y la economía.
Licda. Isaura Guillén Mora.
51. Algunas consideraciones sobre los nuevos tipos penales de estafa informática y sabotaje informático: análisis de tipo sistemático, tipo garantía y política criminal.
Lic. Freddy A. Sandí Zúñiga y Lic. Mario de Jesús Jiménez.
63. Consideraciones críticas sobre la reincidencia.
Lic. Miguel Zamora Acevedo.
79. ¿Ejercicio de la tutela cautelar por parte de los árbitros? Breves consideraciones inspiradas en la disciplina del arbitraje en Italia.
Dr. Rodrigo Carranza Zúñiga.
89. Barreras al comercio internacional: algunas consideraciones elementales en relación a su concepto y tipología.
Prof. Miguel Román Díaz.

Mensaje Editorial

En el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, nos sentimos orgullosos de la Revista El Foro; que por muchas décadas, se ha distinguido por ser una publicación de carácter científico dirigida al mejoramiento del campo del Derecho en Costa Rica, siendo ésta, un medio difusor de investigaciones jurídicas en las más diversas ramas de nuestra disciplina.



Los estudiosos del Derecho tienen en ella, la oportunidad de compartir sus reflexiones en primera instancia con los abogados, abogadas y estudiantes, pero además, con el resto de la comunidad nacional.

En esta edición número 14, ponemos a disposición de los lectores ocho Artículos correspondientes a temas relacionados a la Contratación Electrónica, La División de Poderes en el Estado, La Responsabilidad Social Empresarial, Estafa Informática, Reincidencia Penal, Tutela Cautelar en Materia Arbitral y Comercio Internacional.

El primer artículo escrito por el Doctor Ignacio Monge, nos habla de un tema muy actual relacionado con el comercio electrónico, titulado “Consentimiento Electrónico y la Regla de Interpretatio Contra Stipulatorem”, por este medio el autor nos plantea los retos que presenta el consentimiento por vía electrónica.

En el segundo artículo el Licenciado Andrei Cambronero nos llama la atención sobre la División de Poderes y la tutela de la dignidad humana.



El tercer autor, es el Máster Maikol Andrade y en su artículo “La Interpretación Jurídica y los Derechos Fundamentales”, nos expone el dinamismo que los derechos fundamentales ha tenido en nuestra jurisdicción constitucional.

El cuarto artículo, de la Licenciada Isaura Guillen, nos habla de la Responsabilidad Social de las Empresas en relación con las prácticas comerciales honestas, la paz social y la eficiencia económica.

En el quinto artículo, los Licenciados Freddy Sandí y Mario Jiménez, a partir de la Ley de Delitos Informáticos N. 9048, nos explican los nuevos tipos penales de Estafa informática y Sabotaje Informático.

El Licenciado Miguel Zamora, en el sexto artículo de este ejemplar, nos habla del instituto de la Reincidencia Penal enfocado al derecho penal de autor y el derecho penal del acto.

En el séptimo artículo de la revista, el Doctor Rodrigo Carranza nos presenta un estudio sobre el tema de las medidas cautelares en el proceso arbitral y el posible reconocimiento de la potestad cautelar de los árbitros.

Por último, el octavo artículo del profesor Miguel Román nos comenta algunas consideraciones elementales sobre las Barreras al Comercio Internacional, tanto las arancelarias como las no arancelarias.

Finalmente, solo me resta agradecer a los autores y a ustedes los lectores, dado que su aporte hace posible el crecimiento de nuestra ciencia social.

Lic. Eduardo Rojas
Director Revista El Foro



CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO Y LA REGLA DE INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM

Dr. Ignacio Monge Dobles¹

Resumen

La seguridad jurídica es lo primordial que se debe proteger con el fin de garantizar la correcta formación contractual para que logre los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes.

La globalización y el avance de la tecnología han permitido a la humanidad expresar la voluntad por medios electrónicos, y que generan los denominados contratos electrónicos.

La variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea ciertas interrogantes. Primero, el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico, y el segundo, el procedimiento. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica a las partes contratantes.

Ahora bien, en un mundo cada vez más interrelacionado e interdependiente entre sí, la seguridad en los diversos canales de comunicación son esenciales para que los comerciantes logren celebrar con plena validez jurídica sus actos. Lo anterior se convierte en una de las estrategias

¹ El Dr. Ignacio Monge Dobles es abogado, Notario Público y profesor universitario de diversos cursos de postgrado y Maestría en Derecho Comercial. Ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales en Costa Rica, Panamá, España, Ecuador, Bolivia, México, Perú y Argentina. Actualmente es miembro de la prestigiosa firma de abogados Pacheco Coto, la cual cuenta con oficinas en Costa Rica, Suiza, Madrid y Nueva Zelanda.

principales de la competencia en los mercados y en las economías cada día más exigentes. Por ello resulta evidente y necesario un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

Ello en los contratos negociados y en la novedosa contratación en masa, lo cual plantea algunas dificultades de interpretación contractual por parte de las empresas y los consumidores.

Summary

Legal effectiveness is very important to be protected and covered in order to ensure a proper contractual form to achieve the legal effects primarily intended by the contracting parties.

Globalization and new advances in technologies allow humanity to express its consent by electronic means through the celebration of electronic contracts.

The variation of the means to implement consent through electronic contracts raises certain questions. First is the value of electronic support and second refers to the main procedure. The general concern relies in the substance and form, because there is no written document or signature. Therefore, each country must establish the applicable legal principles of electronic contracts in order to guarantee the legal effectiveness for the contracting parties.

In an inter-dependent and inter-related world, the security of the communication channels is basic for the parties to celebrate their commerce acts with legitimacy. That is considered as a main

strategy of economic competition. Therefore, it is necessary the implementation of correct legal structures in order to satisfy the contractual aspects with complete legal effectiveness and confidence in commerce businesses.

All of the above apply to negotiated or non-negotiated agreements, which may present some difficulties of contract interpretation for the companies and the consumers.

Palabras clave

Contratos Electrónicos, Contratos de Adhesión, Consentimiento Digital, Interpretación Contra Stipulatorem, Contratos en Masa.

Key Words

Electronic Contracts, Massive Contracts, Digital Consent, "Contra Stipulatorem" Interpretation.

"Consentimiento Digital": Análisis del Momento de Perfeccionamiento de las Obligaciones Contractuales

No se puede desconocer la preponderancia que ha tenido la tecnología como soporte del documento y por ende como base probatoria en las relaciones jurídicas modernas.

El Derecho debe crear una estructura segura desde el punto de vista sustancial y probatorio para que los negocios electrónicos surtan verdadera validez y eficacia, encontrando puntos necesarios de convergencia entre tecnología y Derecho.

La seguridad jurídica es lo primordial que se debe proteger con el fin de garantizar la correcta formación contractual para que logre los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes. Lo anterior entendiendo al contrato como el acuerdo para producir, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones con efectos jurídicos.

En cualquier forma de contrato, como acuerdo de personas, está presente una manifestación de voluntad en que coinciden los intereses de al menos dos sujetos de derecho, de manera que esas partes se relacionan jurídicamente para conciliar sus pretensiones; y dicha voluntad debe haber sido formada libremente, por sujetos capaces, y libre de todo vicio.

Como se indicó, el contrato tiene por objeto la producción de efectos jurídicos, sea de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y dicho objeto ha de ser lícito, equitativo y posible. Si una de las partes utiliza su situación de superioridad económica o jurídica para obtener resultados favorables hacia él y nocivos a la otra parte, el sistema jurídico remedia la falta de equidad con la teoría del abuso del derecho.

En ese sentido, los jueces pueden tomar medidas para que cese el abuso y descartar la aplicación de cláusulas contractuales abusivas por ser contrarias a Derecho, en presencia de un interés que cualquiera podría llamar en su defensa.

La globalización y el avance de la tecnología han permitido a la humanidad expresar la voluntad por medios electrónicos, y que generan los denominados contratos electrónicos.

La variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea básicamente dos problemas. El primero, el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico, y el segundo, el procedimiento. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica a las partes contratantes.

Por contrato electrónico o contratación electrónica se debe entender aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, directa o



indirectamente, o bien puede tener una incidencia real sobre la formación de la voluntad de las partes en el acuerdo.

Las declaraciones de voluntad, con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones son realizadas por medios electrónicos y se caracterizan, entre otras cosas, por la incorporeidad de las documentaciones al realizarse generalmente en ausencia física de las partes, y con la aparición de transferencias de datos electrónicos. Todo lo anterior, en la mayoría de los casos, con efectos transfronterizos y a través de distintas fases de formación del consentimiento.

Así, se puede establecer que el contrato celebrado a través de medios electrónicos será considerado como un contrato electrónico; pero lo más relevante es que la voluntad o acuerdo de las partes contratantes haya sido expresada por cualquier medio electrónico.

Sin embargo, ese intercambio de datos para la emisión de voluntades a través de la autonomía de la voluntad muchas veces no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica plena así como la confianza comercial. Así, para el pleno desarrollo de la contratación electrónica resulta necesaria la intervención legislativa, procurando contemplar el desarrollo de un régimen normativo bien elaborado sobre distintos negocios del comercio electrónico.

El consentimiento es un requisito primordial de todo contrato, que supone la concurrencia de al menos dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante.

Según la doctrina civilista, la oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y además, establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de manera que éste quedará perfecto si recae la aceptación.

La propuesta u oferta contractual se ha de emitir por un medio físico o electrónico con la intención de obligarse, y debe realizarse a conciencia de que obliga contractualmente al oferente de acuerdo con sus condiciones.

A manera general, coincide la doctrina contractual en que los requisitos básicos de la oferta es que debe ser lícita, declarada, con el propósito del oferente de vincularse contractualmente, dirigida en cuanto a los sujetos y en cuanto a objeto determinado y completo.

Por su parte, la aceptación es la declaración de voluntad positiva o negativa que emite el destinatario de una oferta por la cual acepta de manera expresa, pura y simple la correspondiente declaración de voluntad del oferente.

La formación del contrato mediante la concurrencia de oferta y aceptación, ya sea a través de medios electrónicos o tradicionales, exige en todos los casos declaraciones que incorporen todos los elementos esenciales del contrato.

Atendiendo a lo anterior, existen distintas teorías que analizan el momento de perfeccionamiento y validez del contrato electrónico. Estas teorías se exponen con brevedad, pero es necesario referirse a ellas para poder entender el mecanismo de formación y perfección en los contratos electrónicos entre ausentes.

Según la Teoría de la Emisión, el momento de la perfección del contrato electrónico es aquel en que el aceptante emite su declaración de voluntad y realiza el acto material de comunicar al oferente su aceptación. Según esta teoría, basta que el oferente haya declarado su oferta y posteriormente, al aceptarla el aceptante, el contrato quedaría perfeccionado.

No basta por tanto que la aceptación exista en la mente del aceptante y la voluntad esté formada, pues es preciso que se exteriorice de forma completa.

En caso de falta de acuerdo, eventualmente el lugar en el cual el aceptante emite su declaración de voluntad sería el lugar de la formación del contrato. En esa forma, hay contrato cuando el aceptante envía la comunicación de la aceptación al oferente.

Por su parte, según la Teoría de la Cognición el momento de perfección debe producirse no cuando el aceptante emite la declaración de voluntad, ya que en tal caso el oferente estaría vinculado sin saberlo, sino que debe producirse cuando la aceptación llega al conocimiento del oferente, pues se trata de una declaración de voluntad de carácter receptivo.

También han surgido otras teorías intermedias. En este sentido la Teoría de la Expedición surge para paliar las críticas de la teoría de la emisión, pues supone que el contrato se perfeccionará no sólo con la simple declaración de voluntad por el aceptante, debidamente expresa, sino que es necesario además que la canalice adecuadamente hacia el oferente para que razonablemente llegue a su conocimiento. Así, el contrato electrónico se perfecciona cuando el aceptante ha hecho todo lo que diligentemente debía como un “buen padre de familia” para canalizar la aceptación hacia el oferente.

La Teoría de la Recepción matiza la teoría de la cognición, al considerar que el momento de perfección del contrato es aquel en que la voluntad de aceptación llega al ámbito o círculo de intereses del oferente. Lo anterior sin perjuicio de que éste llegue a conocerlo o no, para establecer como lugar del contrato donde se recibe la comunicación.

Ante un nuevo sistema de perfección contractual digital, se propone adoptar una nueva teoría que bautizamos con el nombre de Teoría de la Confirmación, lo cual exigiría para la perfección del contrato celebrado electrónicamente y como un requisito de buena fe contractual, no sólo la recepción y el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, sino además la notificación de

la recepción al aceptante con carácter de recibido.

De admitirse esta tesis, existirían algunas ventajas prácticas. En particular, el contrato electrónico una vez celebrado con tan complejo sistema de perfección, sería relativamente sencillo probar su existencia, lo que dotaría de seguridad jurídica plena a todos los participantes de la contratación electrónica. En aquellos casos en los que no existiera firma digital, esta carencia podría suplirse parcialmente por la certidumbre que comporta el simple acuse de recibido de la aceptación por parte del oferente. Lo anterior sin implicar desde luego una cadena interminable de recibidos y como requisito de buena fe contractual.

Se ha considerado que el criterio fundamental que subyace en la contratación electrónica no es el de distancia, sino el de tiempo en el momento de la perfección del contrato, y ambos conceptos, sean el de distancia y el de tiempo, pierden trascendencia y se difuminan en la contratación por medios electrónicos, sobre todo en aquellos que se realizan en la Red.

Hoy en día, lo que caracteriza verdaderamente a la contratación electrónica – sea entre presentes o entre ausentes – es la interactividad a nivel mundial, donde cada contrato se puede perfeccionar de forma instantánea e inmediata, a pesar de que los contratantes se encuentren “físicamente ausentes” y distantes geográficamente entre sí.

Principios Generales de la Contratación Electrónica

La autonomía de la voluntad gobierna la materia contractual civil y mercantil como el principio de libertad de forma del contrato. Así se establece el principio de libertad de forma en la contratación y la forma electrónica válidamente admisible. De tal forma, las partes contratantes podrán pactar válidamente acuerdos por el medio que mejor convenga a sus intereses, salvo que ello esté expresamente prohibido por la ley.



Todo contrato se forma para crear un vínculo jurídico entre los contratantes, y está dirigido a crear un vínculo obligacional entre los contratantes por el que se crean, modifican, o extinguen relaciones jurídicas, lo cual constituye el efecto normal entre las partes, pues tiene fuerza de ley o fuerza obligatoria entre las partes intervinientes, produciendo los efectos queridos por las partes y los fijados por la ley, tales como la obligación de ejecución, la irrevocabilidad contractual, y la ejecución de buena fe manifiesta en las obligaciones de lealtad y cooperación en la ejecución de las obligaciones, cuyo incumplimiento podría generar la responsabilidad civil contractual y la eventual resolución judicial o ejecución forzosa.

El contrato electrónico se puede perfeccionar ya sea por un medio electrónico o por un medio físico, y siempre los mismos principios serían aplicables durante todo el proceso de su formación. Lo cierto es que los efectos jurídicos producidos por las declaraciones de voluntad exteriorizada a través de medios electrónicos son equivalentes a los producidos por una declaración de voluntad exteriorizada en forma escrita o verbal.

Ahora bien, en un mundo cada vez más interrelacionado e interdependiente entre sí, la seguridad en los diversos canales de comunicación son esenciales para que los comerciantes logren celebrar con plena validez jurídica sus actos. Lo anterior se convierte en una de las estrategias principales de competencia en mercados y economías cada día más exigentes. Por ello resulta evidente y necesario un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

Por su parte, con el principio de equivalencia funcional internacionalmente reconocido y establecido expresamente en muchas legislaciones, se equipara de manera funcional y jurídica la utilización de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas digitales al uso de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas manuscritas o en papel, lo cual implica aplicar imperativamente

una regla de no discriminación entre los distintos medios de celebración contractual.

Lo anterior en el sentido de que no se le negarán efectos jurídicos o probatorios a los contratos o acuerdos por el mero hecho de presentarse en forma electrónica o digital.

El juzgador, desde la óptica de la equivalencia funcional y de la autonomía de la voluntad, cuando se le presente como prueba de respaldo un contrato firmado electrónicamente que cumpla con todos los requisitos de seguridad y certificación de cada legislación, deberá atribuirle el valor de plena prueba, y en el peor de los casos, de prueba iuris tantum que admite eventualmente contraprueba por la parte que alegue su invalidez respecto a su autoría.

Finalmente, el principio de neutralidad tecnológica supone que cada Estado debe regular el impacto de las tecnologías en el ámbito jurídico; y que dicha regulación no debe comprender o dedicarse exclusivamente a una concreta tecnología, sino que ha de abarcar bajo una misma normativa, y en la medida de lo posible, la regulación de cualquier tipo o forma de tecnología. Así, los ordenamientos deberían acoger en su régimen todas las innovaciones presentes y futuras, sin necesidad de ser modificadas o crear legislación para cada tecnología.

El principio de neutralidad tecnológica implica un considerable valor añadido para el comercio electrónico y la contratación electrónica en general. Su plena vigencia y acertada formulación legislativa supone que las tecnologías incipientes deben ser comprendidas por el Derecho en la misma medida y extensión en que lo son las tecnologías plenamente operativas al día de su aprobación. El alcance de este principio responde al “Derecho Realidad” y una interpretación evolutiva de las normas existentes.

Buena Fe y “Contratación en Masa”

Seguidamente se manifiesta el principio de la buena fe contractual, entendido como una idea general de lealtad, rectitud y corrección. Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y los contratantes deberán presumirla y consagrarla en su relación de negocios, independientemente del medio que se utilice para su perfeccionamiento. La buena fe es una creencia que por efecto de un error excusable tiene la persona de que su conducta no peca contra el Derecho.

Ha sido plenamente comprobado que la buena fe en la contratación constituye uno de los fundamentos básicos del régimen jurídico contractual y comercial en cuanto a la búsqueda de un verdadero equilibrio de equidad y lealtad entre los contratantes.

Civilmente, los derechos han de ejecutarse siempre de buena fe, el cual tiene dos manifestaciones concretas: la obligación de lealtad y la falta de actitudes dolosas (*animus nocendi o vexandi*). En cualquier caso, la ley no debe amparar nunca el abuso del Derecho y establecer medios eficaces para evitarlo.

Más aún en la contratación electrónica, la buena fe debería ser respetada en grado superior en tanto y en cuanto las circunstancias de parcial desconocimiento y desconfianza persistan.

Los productos o servicios que generalmente se contratan en la Red aparecen en las web sites y el consumidor los adquirirá, generalmente, sin tratos preliminares, sin conversaciones previas, ni redacción de proyectos o borradores. La contratación realizada a través de internet es, en algunas ocasiones, una contratación compulsiva por el propio medio empleado y la facilidad de adquirir los productos o servicios se da con la simple aceptación haciendo un simple “click” sobre un icono.

Se vive en un mundo cada vez más interconectado por la globalización y por la revolución científico-tecnológica. Este desarrollo tecnológico ha revolucionado y ha transformado radicalmente las prácticas tradicionales de negociación contractual.

La evolución del concepto de contrato ha tenido distintas manifestaciones a lo largo de la historia jurídica. Inicialmente fue definido como una conjunción de consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas, resaltando la autonomía de la voluntad manifestada en un acuerdo tendiente a reglar sus conductas jurídicas. Y es que imaginar un contrato en donde la autonomía de la voluntad no es un pilar fundamental sería como cuestionar la esencia misma de los convenios como fuente de obligaciones.

El principio de autonomía de la voluntad ha sufrido importantes variantes a partir de la introducción de las condiciones generales dentro de los llamados “contratos de adhesión” o “contratos en masa”, a tal punto que algún sector de la doctrina afirma que existe una crisis del contrato negociado.

Dicho contrato negociado se caracteriza por estar constituido por un acuerdo entre las partes, conforme a principios rectores, como lo son la moral, el orden público, la ley, la buena fe y la equidad. La fuerza obligatoria de este tipo de contratos está en el reconocimiento de la condición de persona, de su dignidad y en ese tanto de su libertad para auto-regularse y auto-responsabilizarse. Se les denomina “negociados” porque para su perfeccionamiento se recurre a conversaciones previas entre las personas, discusiones y forcejeos, tratos preliminares, declaraciones concordantes, incluso respecto del contenido del contrato.

No obstante, es evidente que nuestra realidad, en materia de contratación, ha sufrido cambios importantes precisamente porque, en la actualidad,



es cada vez menor la posibilidad de negociar las condiciones de la contratación, pues en su mayoría se encuentran ya predispuestas.

Los denominados Contratos de Adhesión, Tipo o Producto son contratos predispuestos por una de las partes contratantes (proponente) que, por su envergadura económica, goza de mayor poder de negociación frente a la otra (adherente). También pueden haberse predispuesto que una tercera persona (*contratos standard*).

Estos contratos se caracterizan porque la autonomía de la voluntad se encuentra disminuida. La “parte débil” en la contratación, en este caso mejor llamada la parte adherente, se limita a dar su “consentimiento” – o más bien su manifestación- a las condiciones ya establecidas, sin posibilidad de discutir su contenido. Ante esta nueva versión, si bien válida como una forma moderna de realización de negocios jurídicos, el contrato deja de ser una regla de conducta obra de los contratantes.

El término contrato en masa se utiliza para designar la multiplicidad de estipulaciones de las empresas, las cuales, dirigiéndose a un número indeterminado de consumidores, ofrecen bienes y servicios en el mercado, por medios tradicionales o electrónicos, y bajo condiciones preestablecidas e inmodificables por parte de su clientela. Ello básicamente pues los negocios han de ser concluidos de manera rápida.

En cuanto a las Relaciones Contractuales de Hecho, también denominados conductas sociales típicas, serán aquellas relaciones jurídicas iguales a los contratos, salvo en su origen, en tanto adolece de declaraciones de voluntad propiamente dichas. No son propiamente relaciones contractuales, aunque de ellas nazcan obligaciones. Dentro de estos nuevos tipos de contratación, adquiere una especial importancia las denominadas “condiciones generales” de la contratación, las que constituyen un conjunto de reglas que una empresa, grupo o rama de industriales o de

comerciantes, establece para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar y que redacta unilateralmente impidiendo futuras modificaciones o discusiones sobre el contenido del contrato.

Las características de los contratos con “condiciones generales” son: a) pre-disposición unilateral: pre-redacción o predisposición; b) generalidad: se configuran las condiciones para ser aplicadas a todos los contratos. Se redactan en forma abstracta y articulada, como las leyes y; c) imposibilidad de negociación.

Dicha imposibilidad tiene dos reglas. La primera regla indica que la posibilidad de discutir una cláusula aislada, no excluye que se mantenga el principio de imposibilidad de negociación sobre el resto de condiciones generales (condiciones particulares frente a condiciones generales). La segunda gira en torno a la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que la parte adherente no prueba la imposibilidad de negociación, es la pre-disponente quien debe probar la existencia de un contrato negociado.

Las condiciones generales son propias de lo que la doctrina ha denominado “contratación en masa” que surge como consecuencia de la sociedad altamente consumista, más aún en el escenario digital.

El cyber-consumismo ha generado que los contratos no se negocien, sino que, se elaboran como un producto “masivo”, en el que carecen de interés las intenciones particulares de las personas contratantes. En otras palabras, hemos evolucionado de un contrato negociado a un contrato masificado con condiciones generales predispuestas por la parte proponente.

Así, la autonomía de la voluntad ha quedado limitada a dar un sí a las condiciones predispuestas o de lo contrario no adquirir el bien o servicio que se ofrece por el proponente. Esto no significa

“satanizar” este tipo de contratación, pues cumple importantes funciones dentro de nuestro sistema económico y comercial moderno. A través de esta contratación, las empresas, minimizan los costos de la transacción y de la negociación del contrato, y además favorecen la eficiencia y la misma división de tareas de los miembros de la organización empresarial.

La contratación con cláusulas predispuestas ciertamente cumple una función económica plausible, ya que muchas veces solo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales.

En la práctica, la creación y redacción de las condiciones generales del contrato se le encarga a un grupo tecnocrático que se ocupa del trabajo jurídico (crea las condiciones generales), en tanto que la venta del producto o del servicio se encarga a otro grupo especializado. De esta forma esas condiciones generales, reducen las necesidades de comunicación entre la empresa y las personas consumidoras, ante las eventuales incidencias del contrato.

Desde el plano jurídico, algunas doctrinas sostienen que la posibilidad de negociar el contenido del contrato es algo anticuado, lacunoso y ambiguo, por lo que, no se adapta a las necesidades del tráfico actual. Para las personas defensoras de esa posición, las “condiciones generales de la contratación” suministran una reglamentación más analítica, exhaustiva y clara. En consecuencia, remueven motivos de incertidumbre y así se evitan controversias, litigios y costes asociados, por lo que, desde el punto de vista económico hace del contrato un instrumento más eficiente.

Esta posición recibe sus críticas, precisamente, cuando se presenta una escasez de claridad y de corrección de las condiciones generales. Si las condiciones generales siempre fueran “claras” y “carentes de ambigüedad” no habría necesidad de que fueran interpretadas por los órganos jurisdiccionales, ello debido a que las empresas se

encargarían de formular condiciones generales de “alta calidad”.

No obstante, en ciertas ocasiones la realidad resulta contraria, ya que los jueces desaplican esas condiciones generales y las califican de “abusivas”. Al existir una parte pre-disponente, es evidente que, en la mayoría de los casos, las condiciones generales serán redactadas en beneficio exclusivo de la empresa. Bajo esta perspectiva, las condiciones generales son utilizadas en muchas ocasiones para dar seguridad a la empresa pre-disponente y no a la persona consumidora o adherente.

Esta modalidad contractual, que responde a una verdadera realidad del tráfico mercantil actual, ha motivado a la elaboración de un conjunto de normas de interpretación. Tomando en cuenta este nuevo régimen de contratación, cada ordenamiento jurídico debe contener un régimen jurídico de protección y sobre todo de interpretación clara de los términos en los contratos que incorporen condiciones generales. Lo anterior a través de reglas para que los consumidores y las empresas proponentes obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos.

Ante ello, es obligación de todo comerciante respetar las condiciones de la contratación; brindar información clara y veraz a la persona consumidora de los elementos que inciden en la relación de consumo; y apegarse a la equidad, los buenos usos comerciales y a la ley en su relación con el consumidor.

De esta manera, la ley de cada país debe ofrecer toda una serie de controles de inclusión para garantizar que a la parte adherente se le pongan en pleno conocimiento, de forma clara y veraz, las condiciones generales de la contratación en los convenios predispuestos so pena de que, si no se le otorga la posibilidad de conocerlas o aún conocidas no resultan ser claras sino más bien ambiguas, las cláusulas que reúnan esas características se declaren inválidas e ineficaces, sea cual sea el medio a través del cual se perfeccionó el



convenio entre ellas.

Para entender realmente el control de inclusión hay que distinguir las dos etapas de un contrato, o sea su celebración y, luego su ejecución. En el momento de la celebración del contrato que contenga condiciones generales, su eficacia no depende de otorgar su consentimiento a esas condiciones, sino más bien de la posibilidad efectiva de conocerlas (a través de la entrega de un formulario, o de una publicidad que las contenga, o a través de cualquier medio del cual se pueda derivar que, efectivamente, el adherente las conoce). Esto es lo que se entiende por “conocimiento efectivo”.

Bajo esta perspectiva, el control de inclusión cumple con dos funciones trascendentales:

- a) la función legitimadora: el cumplimiento de los requisitos de inclusión legitima las condiciones generales a las que la persona se ha adherido, en consecuencia la vincula con ellas en la medida en que sean conformes con la regulación pactada o legal (buena fe, justo equilibrio); y
- b) la función de publicidad o de información: antes de la celebración del contrato, la persona adherente carece de interés en las condiciones generales. Su conocimiento efectivo es trascendental, solo en el momento de su ejecución. O sea, es después de la celebración del contrato que los requisitos de inclusión desempeñan su función principal.

Posteriormente, a través de un efectivo control de contenido, aún y cuando se tenga la posibilidad de conocerlas y su redacción sea clara, debe ser posible anularlas cuando ellas sean eventualmente calificadas como cláusulas abusivas. Este control de contenido se aplica una vez superado el control de inclusión, a través de la declaratoria de nulidad o anulabilidad de las cláusulas “abusivas” expresamente establecidas por ley o bajo la interpretación de buena fe del juzgador.

A través del control de contenido se integra la equidad, la buena fe y el justo equilibrio a las condiciones pre-dispuestas en la contratación. En otras palabras, para que las condiciones generales adquieran eficacia deben haber sido conocidas por la parte adherente o al menos que hubieran podido serlo, a través de un parámetro de diligencia ordinaria (control de inclusión), y el control de contenido, somete las condiciones a un control de equidad y buena fe contractual.

Por citar algunos casos, se pueden considerar eventualmente abusivas y nulas las cláusulas generales de los contratos de adhesión que confieran al pre-disponente, plazos desproporcionados o poco precisos ejecutar una prestación; establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados en relación con los daños para resarcir por el adherente o bien impongan cláusulas arbitrales.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales, y las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente.

Como consecuencia del principio de la buena fe contractual nace la regla de *interpretatio contra stipulatorem*, regulada como interpretación *contra proferentem* en las distintas leyes comerciales y de protección a los consumidores, en razón del principio de *favor debilis*.

De tal forma, la doctrina confirma que el postulado básico es que en caso de duda en el alcance e interpretación de las estipulaciones pre-insertas en los contratos de adhesión, siempre se interpretarán en el sentido más favorable al adherente. Se observa una clara finalidad protectora de los intereses de una parte impuesto por la buena fe contra el posible abuso de la parte causante de la oscuridad de la cláusula. Con ello se evita que el predisponente, con un comportamiento contrario a la buena fe, pueda sacar ventaja de la ambigüedad de las cláusulas

unilateralmente redactadas, debiendo, en efecto, soportar el riesgo de un eventual defecto de claridad en la formulación elegida. La redacción debe ser *clare loqui* a fin de no lesionar la confianza de la contraparte.

El fundamento de esta regla se apoya en el principio de auto responsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad, pues al realizarla, el sujeto tiene la obligación de expresarse claramente, por lo que si no lo hace deberá cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. Así, el predisponente tuvo todos los medios a su alcance para evitar una redacción ambigua u oscura de la cláusula, y al no hacerlo, deberá correr con los riesgos jurídicos de su impericia, negligencia o mala fe.

Quien redacta las cláusulas está en condiciones de hacerlo con tiempo y asesoramiento; por ende, tiene la obligación de redactarlas de manera clara, ya que está en la mejor posición para hacerlo. Además de lo anterior, existe un fundamento económico basado en los bajos costos transaccionales, y un mandato jurídico plasmado nuevamente en la regla de la buena fe contractual, que obliga a obrar siempre de manera leal y transparente. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una auto responsabilidad cuando no se cumple con ella.

Así, a través de la *interpretatio contra stipulatorem* se establece una distribución equitativa del riesgo contractual, lo que significa que la parte adherente, al no haber participado en la redacción de las cláusulas, no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración. De acuerdo con este fundamento, la regla de interpretación cumple tres funciones básicas en el marco de la contratación en masa: a) una función de distribución equitativa del riesgo contractual derivada de la formulación ambigua, dudosa u oscura del clausulado; b) otra de protección al adherente al cargar el predisponente con el riesgo derivado de una dudosa redacción;

y c) una función de prevención y estímulo a los proponentes a fin de que redacten sus cláusulas con el mayor grado posible de claridad y transparencia, bajo pena de soportar los inconvenientes en caso de incumplimiento.

Ahora bien, para la aplicación práctica de esta regla, la cláusula debe ser dudosa, ambigua u oscura. Esto es que cuando a su tenor literal o de su aplicación al caso concreto puedan producirse varios significados, porque no proporciona la información suficiente o porque las palabras empleadas tengan varios significados admitidos. No cabe ninguna duda que esta regla constituye un baluarte eficaz para promover una redacción clara y comprensible de las condiciones contractuales, se presentan ellas a través de un formato tradicional o digital.

Esta regla se restringe a la aclaración del sentido de las cláusulas dudosas o ambiguas, más no a corregir eventuales desequilibrios o abusos contractuales a la parte adherente. Así, más allá de su inclusión y contenido, la regla de interpretación entra subsidiariamente a cooperar con las cláusulas generales conocidas y bien presentadas, pero con un contenido ambiguo.

Con ello, el comercio electrónico mundial es responsable de los profundos cambios registrados en la manera de hacer negocios estimulando la integración de los mercados globales. En la medida en que crece el comercio electrónico mundial, cada ordenamiento deberá establecer una estructura clara, adecuada y estable que respalde jurídicamente los distintos negocios jurídicos.



Bibliografía

- (1) BAUDRIT CARRILLO, Diego (2000). **Derecho Civil IV: Teoría General del Contrato**. Tercera Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.
- (2) DIEZ-PICASO, Luis (1996). **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Volumen primero. Quinta Edición, España.
- (3) LEYVA SAAVEDRA, José (2011). **La Regla de Interpretación Contra Stipulatorem**. Red Iberoamericana de Magistrados. Tomado de la página web www.rimjc.org.
- (4) MONGE DOBLES, Ignacio (2009). **Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos Comentada**. Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, San José, Costa Rica.
- (5) JURISPRUDENCIA. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- (6) JURISPRUDENCIA. Tribunal Primero Civil de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- (7) OBANDO PERALTA, Juan José (2000). **El Régimen Jurídico de la Compraventa Nacional e Internacional en Internet**. Tesis de Grado, Obra Inédita, Universidad de La Salle, San José, Costa Rica.



DIVISIÓN DE PODERES: GARANTÍA CIUDADANA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

Lic. Andrei Cambronero Torres¹

Aspectos preliminares

Resumen

El monopolio del poder lleva a la incertidumbre. Cuando un sujeto público o privado tiene a su haber una discreción para el uso de la fuerza (institucional o física) tiene un acervo incuantificable para doblegar voluntades, imponerse y mancillar la dignidad humana; conceptos impensables para las sociedades que aspiran al humanismo. El poder del Estado se reparte para lograr la tutela de la dignidad humana como fin inacabado y perpetuo de la democracia.

Abstract

The power's monopoly becomes uncertainty. When a public or private subject has to his own discretion the use of power (institutional or physical) has an unquantifiable cumulus for breaking wills, imposed and taint the human dignity; unthinkable concepts to the societies that claim the humanism. The State's power is divided to achieve the human dignity's tutelage as permanent and eternal goal of the democracy.

Palabras clave

División de poderes. Estado Democrático. Garantía de libertad. Separación de funciones. Poder Público.

Keywords

Democratic State. State's power. Check and Balance. Human dignity. Democracy.

¹ Licenciado y Bachiller en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Estudiante regular de la Maestría en Justicia Constitucional y del Bachillerato en Sociología, ambos programas de la UCR. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones. acambronerot@gmail.com

La limitación del poder público es uno de los temas medulares del constitucionalismo moderno. Ciertamente, la tutela efectiva de los individuos sólo se logra a través de la “enajenación de la arbitrariedad”, estableciendo medios de control y cuidando, celosamente, el ejercicio de las prerrogativas del Estado a través de la vigilancia efectiva de sus funcionarios. Sobre esto, el profesor *Bidart Campos* manifestaba: “no se reconocen derechos para limitar el poder, sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos”.

Sin perjuicio de lo indicado, no basta la existencia de contención formal del poder, debe darse una proscripción efectiva y real de toda acción con potencial autoritarismo. Así, en las siguientes líneas se hará un abordaje de aspectos básicos, pero aún hoy controversiales, del contenido del principio de división de poderes.

Comúnmente, por “deformación” profesional, los operadores jurídicos pensamos en términos formales, dejando de lado la tónica sustancial. Pese a autodenominarlos críticos, los análisis suelen ser unidireccionados y poco transversales. A partir de ello, como intento para reivindicar tales metodologías, se hará un desarrollo analítico de la cuestión tomando herramientas sociológicas, históricas, normativas y adversas a la postura mayoritaria. El fin de esto, y principalmente de la inclusión de elementos “subversivos”, es incentivar la discusión y generar posturas reflexivas.

Un marco referencial para el análisis

La doctrina sociológica especializada ha establecido, dentro del paradigma estratégico, que el poder es consustancial a lo social, no existe un ámbito de la dinámica del conglomerado exenta de éste, ni lugar donde exista amnistía para sus efectos.

A nivel conceptual, en la definición de *Martín-Baró* se encuentran contenidos los tres rasgos primordiales del “Poder”; éste se concibe como: “*el carácter de toda relación social basado en la posesión diferencial de bienes que permite a unos llevar a cabo sus intereses, individuales o de clase, e imponerlos a otros*”. Obsérvese, entonces, como un primer elemento lo constituye la “relación”: el poder responde a una condición relacional entre dos o más sujetos individuales o colectivos; además, su fundamento (segundo rasgo) lo es la tenencia de un bien –tangible o intangible– del cual carece el otro o los otros y, finalmente, el tercer elemento, deviene de los efectos: esa posesión de un “algo” distinto se traduce en una modificación a lo interno de la relación, siendo lo normal la subordinación y obediencia.

Ahora bien, conviene aclarar que dentro de esas relaciones no es necesaria la existencia de un marco preestablecido y formal, como mecanismo de imposición del orden o legitimador de la primacía de unos sobre otros. En palabras distintas, la “deformación” académica de los profesionales en Derecho, suele llevarnos al equívoco de pensar que sólo donde una norma reconozca o estatuya una situación o competencia, es donde existe la misma. Contrario a esto, la variabilidad en las formas de contacto e interrelación entre los sujetos origina un sin número de “*momentum*”, en los cuales el poder se ejerce fuera de la ley².

Algo de historia...

La doctrina ilustrada de la Europa pre-revolucionaria del siglo XVIII, al criticar el poder monárquico arbitrario y omnímodo; empezó a teorizar sobre la estructura de lo que debía ser un Estado. Surgen posiciones diversas en cuanto al modelo, pero consistentes en lo material: era necesario distribuir el poder en varios órganos.

El “*Siècle des Lumières*” se caracterizó por la utilización de lo literario para transmitir las nuevas ideas y despertar la inquietud popular de un nuevo régimen; así, la imprenta se convirtió en el arma de los pensadores para criticar los desmanes de los “Luisés” franceses. Empero, la producción ilustrada no se limitó al desprestigio de los reyes y su pomposa realeza sino, además, tuvo un predominio propositivo. Cuál debería ser el andamiaje del nuevo orden, fue una interrogante ampliamente debatida en la época.

Ciertamente, el contexto francés catalizador de los hechos de 1789 abarca ámbitos allende de lo meramente político; no obstante, por la naturaleza de este ensayo, el paso por los antecedentes históricos del fenómeno devine somero y puntual. Desde esa perspectiva, y remontándonos a la distribución del poder mencionada en el párrafo inicial de este apartado, es imperiosa la alusión a Montesquieu.

Es justo reconocer que *Hamilton*, *Locke* y *Rousseau* discurrieron por los antejardines de la división de poderes, sus obras explicitan una arquitectura del poder público disperso en varios órganos; mas la tríada clásica en la cual se estructura el mando dentro de los Estados Democráticos modernos, fue un aporte particular del pensador citado en el párrafo anterior.

En el *Espíritu de las Leyes*, *Montesquieu*, hace una descripción de la división de los Poderes del Estado en: legislativo, ejecutivo y judicial; otorgando la titularidad al Parlamento, el Gobierno y los Tribunales, respectivamente.

Tomada la Bastilla y una vez que el tercer Estado se procuró que el ciudadano Capeto no volviera a necesitar un sobrero jamás, se da paso a un nuevo paradigma: el centro de la dinámica del Estado era, a partir de ese momento, el individuo.

Los ideales revolucionarios de *liberté*, *égalité* y *fraternité*; serían medios de cauce para erigir un régimen favorable a la dignidad humana en todas sus dimensiones; distribuir el poder como lo había

2 Entiéndase “fuera de la ley” en un doble sentido: contrario a lo establecido por una norma o simplemente en ausencia de esta.



sugerido Montesquieu era prioritario. Cuando en un sólo individuo dejan de converger todas las funciones públicas, el *a priori* resultante es un marco de libertad general para el sujeto.

Sin perjuicio de lo señalado, la necesidad de organización suponía interrelaciones entre los poderes, puntos de encuentro que debían sustentarse en el control cruzado del ejercicio de competencias; de esta manera, la tríada supuso un *check and balance* propio del sistema anglosajón bosquejado en el texto constitucional estadounidense de 1776.

Merced de ello, el paradigma monárquico cae y todo vuelve a cero, un cero a partir del cual se construye un nuevo basamento: el poder no dimana de una autoridad divina o naturalmente superior (el rey), sino se origina en el “pueblo” mismo y este lo cede por conveniencia a sus representantes. Coincidentemente, la idea de “nación” como aquella etiqueta de un concepto ontológico cuyo contenido iba a ser determinado por nuevas fuerzas en franco posicionamiento, se empezaba a nutrir de mitos preparados al molde de cada sociedad.

Tal mixtura de elementos, un Estado con estructura ilustrada más una identidad nacional, trajo, a la postre, los Estados Nacionales contemporáneos y toda su tipología: democracias participativas, democracias representativas, etc.

En la actualidad, la división de poderes se ha redireccionado para encontrar un nuevo paso por la pila bautismal y hablarse de la “división de funciones”; claro, la dogmática moderna sustenta el nuevo mote a razón de explicar que en el Estado existe un único poder, el ciudadano. Los órganos serán entonces no poderes *per se*, sino ejecutores de funciones distintas y ello fundamenta un nuevo punto de abordaje de la cuestión. Ahora bien, como tales digresiones escapan al objeto en desarrollo, baste decir que tal postura —en personal criterio— es discutible pues cosifica el poder cual objeto aprehensible, siendo esto contrario a su naturaleza

relacional intersubjetivamente aceptada.

No todo ha sido pacífico...³

Como otro elemento de análisis para la conformación de un punto crítico sobre la cuestión, de seguido pasaré revista sobre algunas críticas a la división de poderes, tanto en su dimensión sustancial, como en su manifestación formal estructural de tríada.

Para el caso español, el profesor *García Enterría* adversa la concepción clásica de este tema, basado en la inexistencia conceptual-positiva, en la misma en Inglaterra, del Estado. El Estado no se encuentra previsto teóricamente en ningún pacto político fundamental escrito. Dentro de este contexto, afirma el jurista ibérico, en ese país existe un poder del pueblo representado en el Parlamento y una Corona encargada de todos los asuntos administrativos. Consecuentemente, el Parlamento es visto como un órgano del pueblo soberano y no del Estado como ente ontológico.

La judicatura, además, es un órgano del Derecho mismo que coexiste en las costumbres del pueblo. La estructura judicial no se haya como tal dentro de la jerarquía del Estado. Es una manifestación de la comunidad y su dinámica cotidiana.

Por su parte *Lowenstein*, eminentemente permeado por su inclinación sociológica, reconoce el enraizamiento de la idea clásica de división de poderes en el inconsciente colectivo, siendo tal concepción difícil de variar. No obstante, propone un esquema, igualmente tripartido, para reemplazar la anquilosada perspectiva. Este profesor alemán sugiere una partición en: a) decisión política fundamental, momento donde se adoptan políticas fundamentales que condicionan el presente y futuro de la sociedad,

³ Para este apartado se utilizó de base lo dicho al respecto por el Dr. Hernández Valle en su obra el Derecho de la Constitución tomo I.

los actores llamados a tomar esta decisión serán el Gobierno, el Parlamento y el electorado-; b) ejecución de la decisión —es la puesta en práctica de la decisión, corresponde hacerlo al Parlamento, al Gobierno y a los Tribunales de Justicia-; y, finalmente, c) control de la decisión —se incluyen los mecanismos para evaluar el cumplimiento de la decisión política, tanto horizontales como verticales. Son responsables de esta fase el Parlamento, el Gobierno, los Tribunales de Justicia y el Electorado-.

La teoría pura del Derecho, con *Kelsen*, también ha detractado los postulados de Montesquieu. Si se parte de una construcción jerarquizada de las fuentes normativas y los órganos encargados de su producción, entonces no puede existir la partición de algo que no es equitativo. La dinámica estatal con el Derecho como base supone la sobreposición y correlativa subordinación de los agentes entre sí. La interrelación de fuerzas en el Estado, en consecuencia, será una estructura vertical, acomodado que vuelve inaplicable la división de poderes en su dimensión de rigurosa: repartición de las funciones estatales. Empero, es aplicable en cuanto a la realización del proceso creativo del Derecho. En otras palabras, la división funciona desde la óptica de medio para evitar la concentración de poder a lo interno de una misma función, pero es fútil en cuanto a sus aportes a la estructuración de la organización.

Finalmente, nos limitamos a exponer a *Bourdieu*. El jurista francés parte de que la función debe ser un “algo” perfilado por un fin específico. Para acotar las funciones deviene imperioso depurar el fin. En cuanto al Estado, este tiene diversos fines por lo que no es oportuno hablar de “fin último”, sino de los objetos inmediatos derivados de realizar ciertos actos; ante ello, existirán únicamente dos conceptos relevantes: las decisiones y los actos para ejecutarlas. A esto se reduce todo.

División de poderes en el marco normativo costarricense actual: la ruptura de la triada

Desde su fundación, el pequeño Estado de Costa Rica se preocupó por establecer un gobierno distribuido en varias personas; por ejemplo, luego del vacío operado con la independencia de España, fue un órgano colegiado transitorio el encargado de establecer una organización interna para la otrora provincia.

En un primer momento, la Junta Superior Gubernativa regía los destinos del país; no obstante, con la aparición de un Congreso, trocó en un Triunvirato que luego se extinguió al consolidarse el Estado a partir de tres Supremos Poderes. El Dr. Castro Madriz, dio el espaldarazo final al andamiaje institucional declarando a Costa Rica como República. El modelo republicano de gobierno suponía, como es lógico de anticipar, una división de poderes clara y legalmente definida.

Esa distribución clásica se mantuvo, casi sin cambios relevantes, hasta la promulgación de la Constitución Política de 1949; texto fundamental que quebró la triada de Montesquieu para incorporar un cuarto órgano básico: el Tribunal Supremo de Elecciones.

Los antecedentes de la promulgación de la actual carta política fundamental costarricense, discurren entre disputas por el manejo de los resultados electorales y la tendencia del Ejecutivo —como ente administrador de los procesos electorales de entonces— para influir sobre el colegio electoral. Desde ese panorama, era obvio que el constituyente originario primara la pureza del sufragio, al punto de estatuir un órgano supremo e independiente encargado de los temas de elección de las altas autoridades del Estado.

En la actualidad, la división de poderes en Costa Rica se encuentra prevista en el artículo 9 constitucional, dándose el gobierno, además de al propio pueblo, a tres supremos poderes y a un tribunal electoral. En otras palabras, el Estado



costarricense incorpora a la tríada clásica de Legislativo, Ejecutivo y Judicial, un cuarto órgano —el electoral— que acaba con la construcción teórica clásica del siglo XVIII.

En concreto, el texto constitucional vigente señala:

“Artículo 90.- El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes.”⁴

Merced de lo anterior, debe adicionarse como otros estratos de división del poder las modalidades de descentralización normadas en el texto constitucional: las instituciones autónomas y las municipalidades. En ese tanto, es indefectible reconocer a estos entes una independencia funcional y administrativa.

En relación con esto, los artículos pertinentes del texto fundamental señalan, sobre los municipios:

“Artículo 170.- Las corporaciones municipales son autónomas. En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente.

La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados. ...”⁵

Y en relación con las instituciones autónomas:

“Artículo 188.- Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.”⁶

Jurisprudencia: un caso práctico de tutela de la libertad a través de la primacía de la división de poderes

Como último paso previo al análisis de la cuestión de fondo sobre la división de poderes y su ligamen con la libertad; resulta ineludible echar un vistazo a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, como órgano del Estado encargado de velar por la supremacía constitucional. Debe hacerse un reconocimiento acerca de cuáles son las discusiones prácticas, dónde se pone en entredicho un principio como el aquí desarrollado, especialmente cuando tiende a invocarse e incluso darse por sentado dentro de una República democrática.

Es así como en los párrafos subsiguientes se hará un abordaje descriptivo de la resolución 7379-1999 de nuestro Tribunal Constitucional —por considerarse de los pronunciamientos más representativos acerca del tema en desarrollo—, para luego, en el acápite final, hacer un desarrollo sucinto pero crítico.

El proyecto de Ley n.º 12.063 denominado “Ley de Administración Financiera de la República y de Presupuestos Públicos” evaluado en la sentencia de cita, previamente fue analizado en sede constitucional mediante el voto n.º

4 Constitución Política de la República de Costa Rica.

5 IBIDEM

6 IBIDEM

0919-99. En ese fallo, la cámara de control de constitucionalidad señala varios vicios en la redacción de las normas por contravenir el derecho de la constitución; particularmente se indicaba: a) al pretender el proyecto de ley incluir dentro del concepto “Gobierno Central” a los Poderes Legislativo, Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones, se transgrede el artículo 9 del texto fundamental habida cuenta de la independencia entre esos órganos, así como la filosofía del sistema normativo en una interpretación comprensiva; b) la propuesta legislativa pretende dotar a la Autoridad Presupuestaria de prerrogativas para diseñar e implementar directrices en el marco de la hacienda pública que vinculen a los entes descentralizados, una vez conocidas y aprobadas por el Poder Ejecutivo -entendido éste como el Consejo de Gobierno mancomunadamente con el Presidente de la República-; frente a esto, la única interpretación constitucional posible es que la vinculatoriedad de esos actos se da, no por la acción de la Autoridad Presupuestaria, sino por las competencias de la primera magistratura del Estado en cuanto a políticas públicas y de administración del Gobierno Central; c) se presenta una inconstitucionalidad en la definición de las competencias de la Autoridad Presupuestaria, en el extremo de los presupuestos de los entes descentralizados: el proyecto sujeta a las instituciones autónomas a someter sus proyectos de presupuesto a tal Autoridad antes de remitirlos al refrendo de la Contraloría General de la República; d) resulta inconstitucional legislar en favor de la competencia de la Dirección General de Presupuesto Nacional cuyo contenido tienda a establecer para todos los órganos del Estado, incluyendo los Supremos Poderes y el Tribunal Supremo de Elecciones, un plan de ejecución de los gastos. Admitir lo contrario sería dotar al Ejecutivo de mecanismos de presión para el resto de órganos públicos; e) obsta con la intención del constituyente el pretender que la Asamblea Legislativa no pueda modificar el proyecto en términos de aumentar el gasto salvo que lo justifique previendo nuevas formas de ingreso. La potestad de discusión y aprobación

del presupuesto fue, desde el génesis del texto de 1949, dotar al Congreso de esta prerrogativa; f) es inconstitucional sustraer a las empresas públicas cuyo capital no sea mayoritariamente público de la fiscalización de la Contraloría General de la República; entre otros vicios de constitucionalidad.

Desde la perspectiva de las inconstitucionalidades apuntadas por la Sala Constitucional y reseñadas en el párrafo anterior, surge la nueva consulta legislativa sobre el proyecto ya identificado, ello como una forma de constatar la enmienda de yerros.

Así, en nueva consulta, el tema de fondo continúa siendo la regularidad del proyecto de ley en tramitación para con el texto constitucional, en lo referente a la división de poderes. A razón de preámbulo, la Sala Constitucional se sirve recordar a los consultantes la valía de tal principio dentro de los Estados Constitucionales modernos: es impensable la vida democrática si no impera una separación del poder en varios órganos.

En palabras de la cámara constitucional:

“No es casualidad que desde los albores del moderno constitucionalismo se situara el principio de separación de poderes o funciones como uno de los pilares incuestionables del nuevo Estado Democrático de Derecho, tal y como quedó plasmado, por ejemplo, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, al grado de desconocer como constitucional el texto normativo que no lo prohijara.”⁷

Advertido lo anterior, se entra a la valoración del fondo del articulado del proyecto. Como se veía líneas atrás, uno de los vicios detectados era la inclusión de todos los Poderes Públicos bajo la nomenclatura “Gobierno Central”; situación que varía en esta nueva sentencia por cuanto el texto consultado solventó el equivoco decantando

7 Sala Constitucional. Voto 7379-99



por una redacción separada: “órganos y entes administradores o custodios de fondos públicos”. Además, en el contexto del proyecto, la inclusión de todos los órganos no transgrede la división de poderes en el tanto, al alimentarse del erario, los Poderes del Estado deben sujetarse a normas de control, rendición de cuentas y evaluación de resultados, por imperativo constitucional.

Otro punto nuevamente controvertido en esta consulta, es la independencia de los entes descentralizados. El Tribunal Constitucional costarricense vuelve a indicar que si bien existe un ámbito de acción amplio para este tipo de instituciones, lo ciertos es que existe un poder de dirección por parte del Poder Ejecutivo. La interpretación de las normas sometidas a consulta debe ser favorable a permitir una acción dinámica y libre, pero sin suponer a ultranza una ruptura de la dinámica: Gobierno Central- Instituciones Autónomas.

Finalmente, un aspecto nuevo en relación con la sentencia 919-99, lo constituye la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS). En este pronunciamiento (2771-99) se reconoce un vicio de constitucionalidad en el proyecto de ley consultado, puesto que en su articulado no se hace un tratamiento diferenciado de esta institución social. Si el constituyente realizó un tratamiento separado y especial con la CCSS, entonces equipararla al régimen común de las instituciones autónomas es contrario al bloque de constitucionalidad. En suma, indica la cámara constitucional, debe hacerse en la Ley de Administración Financiera de la República y de Presupuestos Públicos, un tratamiento preferente para el ente de seguridad social estatal.

La división de poderes como una garantía ciudadana consustancial al Estado Democrático

La división de poderes es un producto histórico, su nacimiento estuvo mediado por largas épocas de “oscurantismo” en el ejercicio de

las prerrogativas públicas. Durante las monarquías y más recientemente en los gobiernos autoritarios, el poder toma una dinámica centrípeta hacia un sujeto o reducido grupo de ellos; estos individuos al no encontrar límites ni espacio donde no puedan incursionar, deforman el fin del Estado como espacio vital del ser humano donde se respeta su dignidad, hasta pervertirlo en un “campo de juegos” donde se satisfacen intereses particulares.

No se puede ser injusto y hablar desmesuradamente de la evolución histórica de un instituto. Desde una perspectiva hegeliana, el modelo inicial de Montesquieu llegó a la sociedad francesa, como la síntesis constructora devenida de la contraposición de tiranía y libertad. Producto que sobreentendiéndose no pretendía ser perfecto y único, sino perfectible y con vocación al cambio.

Ciertamente, el contenido clásico y la tríada en tanto elemento formal bastaban para la Francia inmediata a la revolución. Pasar del “Estado soy yo” a un ciudadano Capeto despojado de sus poderes omnímodos terrenales con cierto misticismo divino, significó el quebranto de un orden centenario, el delta de un ejercicio de poder privatizado y absoluto a un tercer Estado empoderado, significó un gran avance.

Sin embargo, con el afianzamiento de los Estados nacionales y una cultura constitucional medianamente aceptable, el modelo clásico empieza a quedarse corto. El vacío de poder dejado por la caída de las monarquías, se presentaba como un espacio de oportunidad y ascenso para nuevos grupos hegemónicos, todos eran iguales ahora pero había sujetos más iguales que otros; la ciudadanía, por su parte, como elemento unificador se quedó como característica diferenciadora de unos con respecto de los otros.

Tener tres poderes independientes con competencias exclusivas y excluyentes, parece un postulado sólido *prima facie*, pero no debemos caer en el simplismo de las fachadas, sino debe

analizarse la sustancia. No es materialmente sostenible un postulado favorable a sustraer la arbitrariedad del ejercicio del poder, si no prevén mecanismos de blindaje o al menos si no se anticipan circunstancias oportunistas.

La estructura en un plano arquitectónico no garantiza una complacencia con la distribución y los accesos, me explico mejor: cuando se encarga el diseño de un habitáculo y únicamente se le dice al ingeniero la disposición presupuestaria, la medida final de la obra y la calidad de los acabados, nada nos asegura que esa edificación nos sea agradable en términos de estancia, ni siquiera nos asegura comodidad o acoplamiento a las necesidades de la dinámica familiar, si es que hablamos de una vivienda. El buen intencionado ingeniero puede ofrecernos un domicilio apegado a nuestra liquidez (o capacidad de endeudamiento) pero a la vez puede darnos grandes zonas “comunes” o “espacios sociales” para una familia donde la dinámica discurre en torno a la cocina por ejemplo; desde esa óptica, la construcción es buena mas no funcional.

Qué aporta lo dicho en el párrafo anterior a los menesteres propuestos en este ensayo, pues mucho. Pese a una construcción constitucional donde se reparta el poder en diversos órganos, de nada valdrá si no es funcional al fin de eliminar la posibilidad de monopolio en el ejercicio de las prerrogativas ¿cómo no sería funcional? pues desconociendo la necesidad de regular los mecanismos de acceso y siendo ingenuo al pensar que, aunque no existe una identidad real entre los sujetos a la cabeza de esos poderes, no será posible la dominación de unos pocos con capacidad simbólica de influencia.

Esto nos lleva a un campo escabroso. Con la evolución de las democracias vinieron también los partidos políticos; estructuras con monopolio de presentación de candidaturas a los puestos de elección popular. Esos espacios previstos como abiertos, propicios a la reflexión y vehículos de proyectos ideológicos, se convirtieron en

oligarquías sectoriales donde el poder lo ejercía una selecta jerarquía que, además, condicionaba a quiénes accedían y cómo accedían a los cargos. Aparece, entonces, una nueva necesidad: la democratización interna de los partidos políticos.

Pero no bastaba con democratizar los partidos, puesto que las fuerzas mayoritarias podían hacerse con el poder repartiendo entre sus adeptos los principales cargos; era imperioso prever mecanismos de control efectivos y espacios para la oposición y las minorías.

Algunas páginas atrás se habló de la previsión anglosajona de pesos y contrapesos (*check and balance*), como tónica consustancial a la división de poderes; nuevamente, cuál es el impacto real si quienes están llamados a controlar a los otros son los mismos —espacios de poder fuera del alcance de la ley como los denominábamos al inicio—. Es necesario el pluralismo en el tanto y el cuanto favorece una disparidad de protagonistas, incentivando verdaderamente esos límites recíprocos entre órganos.

La necesidad de un control real la establece la Sala Constitucional en la sentencia sub examine afirmando:

“Para que la separación de poderes tenga sentido en un Estado democrático, la misma debe ir acompañada de un sistema de frenos y contrapesos que permitan la colaboración y control recíproco entre los órganos constitucionales.”⁸

Ahora bien, ese requerimiento de control mutuo no se agota en la tríada, por ejemplo, en nuestro país se requirió de un órgano constitucional especializado en materia electoral para una ejecución material de la división de poderes. Era necesario acotar la participación del Ejecutivo y Legislativo en los procesos electivos, a fin de garantizar una alternancia en el ejercicio

8 Sala Constitucional. Voto 7379-99



de los altos cargos del Estado. Asimismo, la descentralización territorial y funcional, trajeron espacios para aumentar la repartición del poder: en un ejercicio aritmético básico cuántas más sean las partes donde se debe repartir, menores serán las cuotas que corresponderán a cada parte.

En palabras distintas pero en una tónica sustancial similar, el órgano constitucional costarricense señala:

“Su utilización (referido a la división de poderes) trasciende el problema de la organización del trabajo del Estado entre diversos agentes que permita su funcionamiento de forma más ágil, sino que, desde la óptica del Derecho de la Constitución, constituye verdadera garantía de libertad para los individuos, a través de la disminución de la esfera de poder de los órganos estatales por medio de su distribución entre detentadores plurales que ostentan controles entre ellos.”

Del párrafo transcrito se debe resaltar el porqué de la división de poderes. Hemos ahondado en los aspectos históricos, la posición doctrinal y la teoría del poder en sentido estricto; pero ¿cuál es el sustento de repartir las prerrogativas del Estado en varias parcelas? Como bien lo señala la Sala Constitucional: la garantía de libertad para los individuos.

Nótese que si se proscriben los espacios normados donde un órgano o funcionario tienen control absoluto de las relaciones con los Administrados —posibilidades de suspender garantías por ejemplo—, entonces correlativamente los individuos gozarán de mayores segmentos donde la subordinación no sea absoluta. Concretamente, si cada decisión del Estado se encuentra mediada por un marco normativo que, además de definir claramente competencias, dote a la ciudadanía de mecanismos de control y medios procesales efectivos para reprochar las arbitrariedades de

los detentores del poder; entonces el ejercicio de la libertad se tendrá como un orden continuo, la incursión será la excepcionalidad y, como tal, deberá ser justificada.

A razón de cierre...

El monopolio del poder lleva a la incertidumbre. Cuando un sujeto público o privado tiene a su haber una discreción para el uso de la fuerza (institucional o física) tiene un acervo incuantificable para doblegar voluntades, imponerse y mancillar la dignidad humana; conceptos impensables para las sociedades que aspiran al humanismo.

En suma, el poder se reparte para lograr la tutela de la dignidad humana como fin inacabado y perpetuo de la democracia. El modelo republicano de varios órganos de poder público no se agota en una estructura progresista, postrevolucionaria sino persigue un objetivo: minar los espacios de arbitrariedad a través de controles reales y efectivos. La separación de funciones es el “*divide et impera*” del constitucionalismo moderno en pro del individuo; es él quien impera por la fragmentación del poder.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente.
Constitución Política (7 de noviembre de 1949).
República de Costa Rica.

Bourdieu, Pierre. Poder, Derecho y Clases Sociales. Bilbao, España: Editorial Desclee de Brouwer, 2001.

Hernández Valle, Rubén. El derecho de la Constitución T.I. 1^{era} edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2008.

Hernández Valle, Rubén. El derecho de la Constitución T.II. 1^{era} edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2008.

Hernández, Rubén. El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica. 1era edición. San José, Costa Rica: Juricentro, 2001.

Ley n.º 7135, “Ley de la Jurisdicción Constitucional”. Diario Oficial La Gaceta, número 198 del 10 de octubre de 1989. República de Costa Rica.

Light, D; Keller, S; Calhoun, C. Sociología, 7ma edición. México: McGraw-Hill, 2000.

Martín-Baró, Ignacio. Sistema, grupo y poder: Psicología social desde Centroamérica. Tomo II, El Salvador. VCA Editorial. 1989.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat. El espíritu de las leyes (De l'esprit des lois).

Sala Constitucional. Voto N.º 0919-1999

Sala Constitucional. Voto N.º 7379-1999



LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

MS.c Maikol J. Andrade Fernández¹ Palabras clave

Resumen

El trabajo que a continuación se presenta, busca más que una repetición de conceptos básicos, un estudio del uso que de la interpretación jurídica, efectúan los Tribunales Constitucionales, pues es allí, en el uso habitual de la Constitución Política, en donde se desarrollan modelos de interpretación actuales; métodos garantes en resguardo de los derechos fundamentales, los cuales merecen ser reverenciados como lo inspira el texto originario de nuestra Carta Magna. Cómo debe entenderse la interpretación jurídica de los derechos fundamentales en este nuevo siglo, cuál es la realidad ecuménica de los Tribunales especializados, cuando eligen una interpretación novedosa y ajustada a la realidad temporal de una situación fáctica que debe ser resuelta en aras de una justicia constitucional.

Abstract

The work presented below, seeks more than a repetition of basics, a study of the use of the legal interpretation, carried out the constitutional courts, as it is there, in the habitual use of the political Constitution, where current models of interpretation; develop methods guarantors in safeguarding fundamental rights, which deserve to be revered as the originating in our Magna Carta text inspires him. How should understand the legal interpretation of fundamental rights in this new century, which is the Ecumenical reality of the specialized courts, when they choose a novel and interpretation adjusted to temporal reality of a factual situation which must be resolved for the sake of a constitutional justice.

Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Justicia Constitucional, Interpretación Jurídica, Estado Social de Derecho.

Key words

Fundamental rights, rights human, constitutional justice, legal interpretation, Social State of law.

I. EL DIMENSIONAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

De entre los contenidos de la constitución, los derechos son, en este paradigma, la pieza fundamental. Se le atribuyen a los derechos fundamentales un papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado, y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal impone fines y objetivos que deben ser realizados².

Conuerdo con el gran jurista, Luigi Ferrajoli, cuando caracteriza a los derechos fundamentales como aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones del gobierno: derecho a la vida, derechos al libertad, derechos sociales, derecho a la salud, a la educación a la conservación del ambiente, entre otros.

Es decir, que el modelo de Estado Constitucional, el Derecho y el poder encuentran su legi-

¹ Máster Profesional en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica. Abogado- Área de Derecho Público-Procuraduría General de la República

² FERRAJOLI, LUIGI, *La Constitución como norma sobre la aplicación de norma*. Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995.: *Derecho y razón*, pág. 883.

timidad en un presupuesto de orden externo, que no es sino la persona como valor, y la primacía de este sobre cualquier otro.

Por consiguiente, se puede decir que, la Constitución y los derechos fundamentales, son realidades jurídicas que cobran todo sentido, en tanto se den límites al poder y garantías e inmunidades a las personas³.

Es claro, entonces señalar que los derechos existen para maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes –públicos y privados sobre sus vidas–.

En suma, los derechos fundamentales son un contenido básico del orden jurídico, –tanto en sentido formal como material–, dado que son los derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que estos deben orientarse.

En el Estado Constitucional, los derechos fundamentales, son a la vez garantías institucionales, norma objetiva del sistema jurídico y de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES

La denominación derechos fundamentales surge, más o menos contemporáneamente, tanto en los Estado Unidos como en Europa. En 1787 se promulgó el “**Bill of Rights**” de la constitución norteamericana, que constituye, como lo menciona el *Jurista Costarricense, Ruben Hernández Valle*, el primer catálogo de derechos fundamentales debidamente incorporado en un texto constitucional.

Paralelamente, surgió en la Francia – el concepto de Derechos Fundamentales– (**droits fon-**

damentaux), en las últimas décadas del siglo XVIII, y significó sobremanera la articulación individuo-Estado en el orden jurídico político cuando fue asumida en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, proyectándose luego en casi todas las Constituciones del moderno constitucionalismo. Se trata de un «concepto histórico»⁴ que corresponde al mundo moderno, del que se factura el vislumbrar de la dignidad humana afiliada básicamente a un sentido actual de libertad e igualdad.

Estos derechos, denominados –fundamentales– sin más⁵, son puentes del ordenamiento jurídico con la naturaleza y dignidad humanas, que posibilitan, en tanto criterios normativos, las libertades individuales en un orden institucional y social reflexionado de la Constitución que se enclava en la democracia contemporánea.

Razón ésta que es suficiente para que, a diferencia de cualquier otro enunciado que no sea constitucional, no requiera de desarrollo legislativo para tener aplicación y justiciabilidad directa⁶ o inmediata.

El fundamento de estos derechos emana de (i) la doble funcionalidad que tienen en tanto son límites del poder público y propósitos a realizar por éste, y (ii) la elevada importancia o primacía de los bienes que tutelan, y del posicionamiento precursor que asumen en el ordenamiento jurídico, del que se reconocen como –construcciones jurídicas–⁷ esenciales y determinantes.

4 PECEB-BARBA MARTINEZ, GREGORIOS. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Editorial: Dykinson Publicación: 1999.

5 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Régimen constitucional de los derechos fundamentales*, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 81.

6 JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 21-22.

7 ZANICHELLI, Maria, *Il discorso sui diritti. Un atlante teorico*, Cedam, Milán, 2004, pág. 1.

3 PRIETO, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid. págs. 9 a 11.



Los derechos fundamentales van más allá de la estructura conceptual tradicional del derecho subjetivo, las transformaciones cualitativas y condicionamiento del resto del ordenamiento jurídico y sistema social que propician hacen que estos derechos siendo fundamentales sean más que derechos subjetivos, particularmente porque no se establecen de la lógica del funcionamiento del ordenamiento jurídico como todo derecho subjetivo, sino porque ellos establecen esa lógica que condiciona al resto del ordenamiento jurídico y social.

Son pues mucho más que cualquier expectativa⁸ positiva o negativa asignada a un sujeto por una norma jurídica, tanto que basta ver en ellos no sólo su naturaleza de ser derechos subjetivos sino su carácter objetivo de valor, que da pie a un efecto irradiación, una eficacia frente a terceros o una concepción como mandatos de acción y deberes de protección.

a. DIVERSAS TEORIAS QUE ASISTEN A LA EXPLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Son diversas las teorías⁹ que concurren al entendimiento de los derechos fundamentales, y según cada una de ellas la definición o entendimiento de estos varía; así; **(i)** la teoría liberal, entrona los derechos fundamentales, entendidos absolutos, ilimitados y anteriores y superiores¹⁰ a un Estado (liberal-burgués de derecho) de actitud pasiva frente a ellos, radicando su efectivización en las fuerzas sociales sin que exista, al interior de éstas, vinculación entre particulares; **(ii)** la teoría institucional, añade al carácter individual de los dere-

chos fundamentales su carácter institucional del que la actuación del legislador determina, siempre que se disponga expresa o tácitamente por norma "iusfundamental", el contenido de los derechos desarrollado, en consecuencia, mediante el complejo normativo no necesariamente constitucional; **(iii)** la teoría axiológica, superpone la libertad en el tejido de valores, en tanto se constituye como valor para los valores de los derechos fundamentales, bajo esta línea el fundamento axiológico de los derechos, fluido de la comunidad estatal, determina su contenido objetivo; **(iv)** la teoría democrático-funcional, condiciona los derechos fundamentales a su función en la construcción democrática formal de la voluntad política para la asignación de libertades a los grupos sociales, dejando a un lado la consideración de los derechos fundamentales como fines en sí mismos; y, **(v)** la teoría del Estado social, remite el contenido de los derechos fundamentales a la consecución de prestaciones sociales en las que el rol protagónico está en manos del poder público.

Teorías que no logran cristalizar en el sistema constitucional de derechos fundamentales pues evidencian desperfectos; así, **(i)** no hay una real promoción de derechos fundamentales pues el Estado es un pasivo e inerte ente que sólo contempla derechos ilimitados o absolutos; **(ii)** el legislador podría ser quien fije sus propios límites frente a la integridad de los derechos fundamentales; **(iii)** la relativización de la libertad según los momentos de la historia; **(iv)** la exclusión del componente de libertad individual de cada derecho; **(v)** el reduccionismo de los derechos fundamentales como derechos imposibles¹¹.

El resultado de todo esto es que no hay una definición de los derechos fundamentales que compenetre en la unidad del constitucionalismo actual.

Sin embargo, el panorama se esclarece si se complementa desde su contenido mínimo, expre-

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2000., pág.19.

⁹ BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 45-ss. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.285-ss.

¹⁰ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pág. 169.

¹¹ , v. 6, págs. 159-172.

sado de mejor manera desde su estructura trialista integral, es decir, desde su composición de eficacia, efectividad y eficiencia.

La eficacia de los derechos fundamentales compete al elemento teleológico que nutre su núcleo de exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas. Así, los derechos humanos son exigencias de valores y principios jurídicos que fluyen de la naturaleza y dignidad humanas, de manera tal que la sola existencia de la persona humana hace exigibles sus inherentes derechos fundamentales en su correlativa línea de lo debido y justo.

La efectividad de los derechos fundamentales refiere la positivación que reconoce el contexto de eficacia de estos derechos y la realización en la vida real de los hombres de los mismos, es decir, la concreción real de la dignidad del hombre demarcada temporal y espacialmente. La suma de todo esto revela en los derechos fundamentales (i) su cualidad legitimadora del poder¹² y de la organización política que éste asume en el Estado de derecho, y (ii) su doble funcionalidad: subjetiva y objetiva.

La eficiencia de los derechos fundamentales enmarca la tutela de los mismos cuando no actúan espontáneamente, lo que se asume a través de las pretensiones (acciones o garantías) constitucionales y de los mecanismos de control difuso de constitucionalidad, particularmente el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad.

Son derechos fundamentales los valores y principios jurídicos inspirados en la naturaleza y dignidad humanas, positivados expresa o tácitamente en la Constitución, desde donde se concretizan, horizontal y verticalmente, legitimando el poder, organización y actuación (positiva y negativa) del Estado bajo un control amplio y una tutela reforzada.

b. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Clasificar¹³ los derechos fundamentales amerita nuevamente mirar su estructura trialista integral; tendremos, entonces, como criterios clasificatorios (i) la eficacia, que agrupa derechos fundamentales a razón de la función de los fines axiológicos y principales perseguidos; (ii) la efectividad, que comprende los derechos fundamentales según su objeto, contenido o modalidad de ejercicio, y, (iii) eficiencia que atiende a los derechos configurados por la tutela que reciben y los procedimientos pertinentes a ella.

En el primer criterio, compete esclarecer que la dignidad humana convoca todos los derechos fundamentales por lo que la utilidad de este criterio está en establecer los derechos fundamentales en razón de los valores o principios que se suman al "corpus" de la dignidad; así, los derechos (i) de libertad, implican la contención del obrar estatal frente a la autonomía individual, aquí se asocian los derechos de primera generación; (ii) de igualdad, que refiere a aquellos derechos denominados de prestación que reconocen prestaciones sociales al individuo por parte del Estado, convoca los derechos de segunda generación; (iii) de identidad, referidos a los derechos que dignifican grupos colectivos o difusos, asume los derechos de tercera generación.

El segundo criterio, obedece a la clasificación que aparece de la Constitución, por tanto agrupa a los derechos fundamentales, derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales.

En el tercer criterio, se señalan los derechos fundamentales según la tutela instrumental asignada; así, en algunas constituciones, como la española, se tienen los derechos fundamentales y los derechos que no siendo fundamentales son

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1992, pág. 20.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos...* cit., p. 161; ATIENZA, Manuel, *Una clasificación de los derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4, Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, pág. 29.



constitucionales diferenciándose por la tutela que para cada clase se prevé; y, en otras constituciones, como la peruana y Costa Rica, que asignan homogénea fundamentalidad a todos los derechos que emanan directa o indirectamente de la Constitución y por tanto homogénea protección, la clasificación según la eficiencia funciona en tanto los mecanismos de control de constitucionalidad corresponden al conocimiento especial o común.

c. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Son diversos los puntos de vista desde los cuales se ha pretendido abordar la explicación de la razón misma a la que obedecen los derechos fundamentales, apreciaciones que refiriéndose a un núcleo motivador atienden a los derechos humanos antes que a los derechos fundamentales; sin embargo, de más está decir que las explicaciones brindadas son válidas para ambos en cuanto son proyección, como más adelante veremos, de una misma fuente.

Una primera explicación es aquella que apela a que la carga axiológica implícita en la persona humana, y por tanto superior al ordenamiento jurídico, es una realidad cuya actuación y protección llegan a concretizarse en unos derechos, recaídos en un titular de los mismos, que por ser receptores de esos valores primarios (o elementales) también gozan de esa condición.

d. LA PERSONA HUMANA: DIGNIDAD, LIBERTAD, IDENTIDAD, IGUALDAD.

¿Qué valores y en que concepciones se comportan los derechos fundamentales? Sin duda el abanico de valores que responden la pregunta está encabezado por la dignidad y confluyendo en ella la **libertad, igualdad, seguridad jurídica, solidaridad, etcétera**. Veamos algunos de ellos.

La **dignidad** es el valor descollante o superior que canaliza la actividad estatal, tanto como que el Estado existe por la persona humana y para ase-

gurar su dignidad. Como derecho a ser considerado como ser humano promueve y soporta en su titular la gravitación de todos sus demás derechos fundamentales sin que lleguen a quebrarse¹⁴.

Si bien conceptualmente dignidad traduce la dignificación del hombre la carga axiológico-normativa de la que se ha ido nutriendo rápidamente la ha entronado como origen y remisión del resto de valores del sistema constitucional al punto que es eje de construcción, estructura, funcionamiento e interpretación constitucionales.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado la dignidad de la persona humana ha asumido relevancia prioritaria innegable en los ordenamientos constitucionales pasando a ser el centro nervioso del esqueleto fundamental de derechos, convergiendo todos estos en ella. La lectura histórica de los derechos fundamentales se resume en la dignidad, que sustituye con creces la noción de honor¹⁵, por eso no es raro que hoy esa lectura provenga de renglones jurídicos y políticos que canalizan su comprensión y reconocimiento como principio constitucional.

Por libertad se entiende un valor que fundamenta los derechos haciendo de su -referente central¹⁶ o entraña que determina la gravedad y eje de circulación de los demás valores que definitivamente resulta atraídos por ella.

Es expresión teleológica de moralidad universal que discurre por los derechos fundamentales y por ellos a través de todo el sistema jurídico normativo proyectándose en lo social, político y jurídico desde la Constitución.

No hay derecho fundamental que no sea remisivo a la libertad sea **(i)** protectora, fundamento

14 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos...* cit., pág. 91.

15 MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro III, cap. 7.

16 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos...* cit., p. 226.

de los derechos individuales y civiles; **(ii)** promocional, fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales; o, **(iii)** participación, fundamento de los derechos políticos.

La igualdad, es un valor organizador de los otros valores que, junto a ella, fundamentan los derechos fundamentales; se emparenta directamente, y en primer orden, con el valor libertad, pues es a su través que se interpreta, sea en su sentido¹⁷ **formal (igualdad ante la ley)** o **material (igualdad entre los hombres)**. La igualdad ante la ley es expresión del valor seguridad jurídica al que se vincula como **(i)** igualdad como generalización, la ley es igual para todos los hombres, **(ii)** igualdad procesal, base de los derechos procesales fundamentales (derechos de acción, de contradicción y al debido proceso); e, **(iii)** igualdad de trato formal, que es cuando se entiende paridad por igualdad.

La igualdad de trato material, expone la libertad individual en una alta dosis moral que evita confundirla con el igualitarismo o el colectivismo, tiene una mayor expresión en relación a los derechos sobre las necesidades básicas que, en una realidad como la nuestra, da lugar a hablar de derechos imposibles¹⁸ en el Estado Social de Derecho.

Si en este grupo de valores se mencionó también la **seguridad jurídica y la solidaridad** fue en el entendimiento de estas como fundamentos de los derechos fundamentales; así, la seguridad jurídica, entendida como -seguridad del Derecho-¹⁹ o -seguridad en el derecho-²⁰, es generadora de eficacia de los derechos fundamentales en un marco de certeza del sistema jurídico que aleje de él la ar-

bitrariedad y posibilite su efectividad en un marco de predictibilidad, lo que bien se entiende articulado con la -seguridad a través del derecho-²¹ que protege al individuo de los abusos del poder; y, la solidaridad, que enfrenta el individualismo egoísta solventando la individualidad con libertad altamente moral desplegada en una sociedad jurídicamente controlada, en la que interpretados los derechos con este criterio (de solidaridad) se hacen propios los problemas de la realidad de otros.

Seguridad jurídica y solidaridad son valores superiores del sistema jurídico que acogidos políticamente suponen la concepción de derechos humanos con acciones estatales orientadas de la eficacia de los derechos fundamentales a su efectividad, que de por sí es plena.

e. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En nuestro país, las limitaciones o límites externos están recogidos en el artículo 28 de la Constitución Política -CP- y son los siguientes:

- I. *El orden público.*
- II. *La moral.*
- III. *Las buenas costumbres.*
- IV. *Los derechos de terceros.*
- V. *Los deberes constitucionales -Art. 18 CP-*
(i). Respetar la constitución y las leyes, (ii). Defender la patria, (iii). Contribuir para los gastos públicos.

f. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El -contenido esencial- de los derechos fundamentales es el conjunto de facultades e intereses jurídicamente tutelados, de efectividad (subjettiva y objetiva) necesaria según la fundamentalidad o médula constitucional que retienen en su delimitación, que es esencial y por tanto irrestringible o ilimitable externamente, y que vincula a los

17 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos...* cit., pp. 284-294.

18 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Estado social de derecho y derechos imposibles*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Piura, 2005, v. 6, pp. 159-172.

19 ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica: Una teoría formal*, Dykinson, 2000, pág. 32.

20 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos...* cit., pp. 252-253.

21 *Ibidem*.



particulares (horizontalidad) y poderes públicos (verticalidad), positiva (efectivización de derechos fundamentales por acción, comprende una medida, acto o decisión) o negativamente (efectivización de derechos fundamentales por omisión de acción, comprende un no lesionar derechos fundamentales).

Por lo tanto, solamente el -contenido no esencial- de los derechos fundamentales es pasible de restricción o limitación mediante el principio de proporcionalidad.

Esto hace que (i) según el objeto tutelado el contenido de un derecho fundamental comprende simultáneamente una dimensión **objetiva (teoría objetiva: es objeto de protección el derecho fundamental considerado como institución, v. gr., la libertad de expresión en el sistema constitucional costarricense)** y otra subjetiva (teoría subjetiva: es objeto de protección el ámbito individual o de libertad de cada persona en concreto, v. gr., la libertad de expresión de cada ciudadano); (ii) según la naturaleza delimitable del contenido de los derechos fundamentales resulta que éste *no es limitable absolutamente* (teoría absoluta: el contenido se reparte en dos círculos concéntricos, el círculo interior es el núcleo duro del derecho de vinculación absoluta e ilimitable o irrestringible y el círculo exterior es el margen de acción en el que oscila la limitación o restricción del derecho y por tanto tiene vinculación débil y relativa) *ni relativamente* (teoría relativa: el contenido de un derecho fundamental es único y homogéneo de vinculación débil o relativa).

La teoría absoluta²² declara un círculo o esfera interior (nuclear), permanente, inmune e into-

cable del derecho fundamental que está envuelta o cubierta por otra esfera que es permeable, exterior y limitable, de manera tal que cualquier limitación, y por tanto el accionar del principio de proporcionalidad, sólo podrá gravitar en la parte o esfera exterior pero nunca, so riesgo de ser «ilegítima»²³, tocará la parte del núcleo interior o esencial. **Esto es consecuencia de entender el contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de los límites.**

La teoría relativa²⁴, asigna siempre una justificación, directa o indirectamente proveniente de la Constitución, a toda limitación de derechos, siempre que con ella se consigan derechos o bienes tutelados constitucionalmente de los que se obtiene un extracto o contenido «esencial» luego de una ponderación²⁵, claro está, como componente del principio de proporcionalidad o propiamente como el tercer subprincipio que lo integra: el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Esto indica que para esta teoría no existe con carácter fijo o preestablecido un contenido esencial, sino que se determina **de la interpretación del sentido y fin de los derechos fundamentales en la complejidad de la Constitución que justifique los límites marcados más allá de su entendimiento literal**. Se trata de una interpretación formal²⁶ del derecho fundamental diferente de la interpretación material propia de la teoría absoluta.

23 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág. 148.

24 NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 140-142. ALEXANDER, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 288.

25 MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XIII editores, Trujillo, 2005, pág. 28.

26 *Ibidem*.

22 NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 142-146; DE OTTO Y PARDO, Ignacio, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 131-135.

g. DUALIDAD FUNCIONAL DE LAS DIMENSIONES (SUBJETIVA Y OBJETIVA) DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) La función subjetiva, también denominada -carácter subjetivo- o -dimensión de libertad-, expone los derechos fundamentales como garantías de las libertades individuales, los derechos sociales y los derechos colectivos que no sólo tutelan a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado, realizando para ello todo lo necesario, determinadas prestaciones concretas (facultades de acción del titular) a su favor o defensa; son, entonces, derechos subjetivos que garantizan y defienden la libertad del individuo comunicando e imponiendo al poder estatal se abstenga (vinculación negativa) de perturbar o entorpecer la esfera que irradia.

En una expresión simple, la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales los expone como derechos subjetivos, que otorgan facultades o pretensiones que sus titulares pueden hacer valer en circunstancias concretas, posibilitando el desarrollo de la dignidad²⁷ humana.

b) La función objetiva, también denominada dimensión -institucional-, -de valores objetivos- o -prestacionales-, muestra los derechos fundamentales como (i) normas de un ordenamiento jurídico al que lo identifican e (ii) institutos funcionales de realización de los elementos teleológicos y axiológicos de la Constitución, son factores componentes, constitutivos y legitimadores del ordenamiento jurídico que estructura el Estado constitucional, es decir, son fundamento del orden jurídico, de la paz social y de la justicia que emana de la Constitución para irradiarse a todo el ordenamiento jurídico; y esto se trasunta en un «deber especial de protección» —mejor formulado como

27 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 113-121.

deber —general—²⁸ de protección— u obligación asignada (mandato de actuación) al poder público a fin de encaminar por su obrar adecuado o proporcional (vinculación positiva) la efectividad, entendida como pleno ejercicio y realización, de los derechos fundamentales en la vida real de los hombres. La función objetiva identifica la finalidad política de los derechos que se sintetiza en las finalidades del Estado de Derecho, en tanto éste se legitima²⁹ por los derechos fundamentales.

h. ESTRUCTURA NORMATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS).

1. Las normas son reglas o principios. Las reglas pertenecen al ordenamiento infraconstitucional y tienen presencia en el orden constitucional al margen del subsistema de los derechos fundamentales. Diferenciar los principios de las reglas equivale a distinguir³⁰ la Constitución de la ley, por eso las normas constitucionales no referidas a derechos o la justicia y las normas legislativas infraconstitucionales son reglas; en cambio, las normas constitucionales (sobre derechos y sobre la justicia) son principios.

2. Las reglas aún si aparecen de la letra de la Constitución sólo son leyes reforzadas por su forma especial, no son constitutivas al margen de lo que significan, se consumen en sí mismas. Las reglas si posibilitan una aplicación mecánica del juzgador. Los principios son constitutivos del sistema jurídico.

28 DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La idea de derechos fundamentales en la constitución española*, en AA. VV., *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pág. 402.

29 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 76-ss.

30 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 1995, pág. 60.



3. A las reglas se obedece, a los principios se adhiere³¹, porque en las primeras la orientación hermenéutica apunta a la voluntad del legislador dado que regulan la conducta según su propia previsión, en los últimos esto no es más que tenue porque regulan la conducta a partir de la indeterminación del supuesto fáctico (carecen de supuesto de hecho) por eso los principios deben *-reaccionar-* ad casum porque solamente los casos concretos demarcan su proyección.

4. Los principios son normas fundamentales, y los derechos que estas positivizan, que bien pueden tener connotación colectiva o difusa, también.

5. Los derechos fundamentales, por tener cada uno un contenido único (todo él esencial), no toleran colisiones ni, por tanto, ponderación entre ellos, porque no soportan limitación exterior, debido a su naturaleza limitada, ilimitable y delimitable. No existen casos difíciles.

6. Las reglas y los principios tienen cumplimiento pleno, se aplican por subsunción, diferenciándose en ello por el carácter pleno del mandato de las reglas y el carácter *prima facie* de los principios.

7. La subsunción no es incongruente con los principios, porque ponderación y subsunción se vinculan recíprocamente, la primera se da por sentada para la segunda y ésta a su vez es ideal de aquella. La ponderación se aplica cuando aún no se ha alcanzado el ideal de subsunción. La subsunción se da cuando la ponderación se entiende realizada.

8. Hay una evidente integración de la moral en el Derecho y una inminente remisión al principio de proporcionalidad en relación a los principios.

9. La delimitación de los derechos fundamentales, que dibuja el radio de acción (optimización) de éstos en el caso concreto, queda sujeta a posibilidades jurídicas y fácticas que condicionan el peso de los intereses jurídicos comprometidos. Consecuentemente el principio de proporcionalidad asume un rol importante en la delimitación de los derechos fundamentales exigiendo una reconceptualización que lo ajuste al sistema constitucional.

10. Existe una única respuesta correcta en la solución del caso concreto, por lo que **debe rechazarse la discrecionalidad judicial.**

11. El modelo reglas/principios debe integrarse con el de los procedimientos: reglas/principios/procedimientos, en la medida que el Derecho no sólo es normas (reglas y principios) y valores, sino también expresiones fácticas (procedimentales) y por tanto no sólo es efectividad, eficacia, sino también eficiencia (trialismo integral-funcional). Las dimensiones de reglas y principios tienen articulación con la dimensión instrumental del razonamiento jurídico: la argumentación jurídica.

III. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) Los Derechos Fundamentales como informadores de la interpretación constitucional.

Es claro que para departir de la interpretación del orden jurídico, se debe tomar en consideración una regla básica, la relación puntual entre los derechos fundamentales —arquetipo esencial— y la interpretación conforme a la Constitución. Además, la interpretación a la luz de los derechos fundamentales, como la interpretación de estos, debe responder al principio de interpretación más favorable a su ejercicio³², el cual tiene dos vertientes: el Principio pro homine y el principio pro libertatis.

31 BÖECKENFÖRDE, *Ernst-Wolfgang, Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pág. 129.

32 HERNANDEZ VALLE, Ruben, *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*, Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, págs. 44-45.

a.1. Principio pro homine: Sin duda, el más importante de ellos es aquel al que la doctrina llama también el *“principio pro persona”*. Acudimos a la definición de este principio como *“(…) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”³³ (…)*.

Sin embargo, acerca de este principio, el jurista costarricense, Rubén Hernández Valle, ha señalado respeto a la manera de interpretar el principio en estudio, por parte de la Sala Constitucional, de la siguiente manera:

“(…) La Sala Constitucional ha aplicado este principio en su jurisprudencia en relación con los derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 constitucional al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan, lo que favorezca a la persona (voto 5759-93) (…)

(…) No obstante a lo anterior, la Sala Constitucional, tratando de llevar a sus últimas consecuencias el principio constitucional en examen, ha llegado a sostener la equivocada tesis de que los “instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución” (Voto 3435-92) (…)” El realce y el subrayado no es del original

³³ PINTO, Mónica: *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos; en: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”*; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997. pág. 163.

Acerca de la afirmación planteada, por Hernández Valle, deviene importante mencionar, que la Sala Constitucional, en virtud del principio, “Pro homine”, y ante el respeto a los derechos humanos, el juez constitucional está llamado a aplicar la norma nacional o internacional más beneficiosa para el justiciable, pero de ninguna manera la Sala Constitucional a tratado de poner por encima de la supremacía constitucional las normas de rango internacional.

a.2. Principio pro libertatis: De conformidad con dicho principio, los derechos fundamentales deben ser interpretados a favor de la libertad. Por consiguiente, la interpretación debe ser amplia en relación con aspectos que favorecen la libertad y restrictiva en lo que concierne a las limitaciones. En el voto 3173-93 antes citado, la Sala señaló lo siguiente:

“…El principio pro libértate, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.”

Es claro que el principio pro libertatis, como un principio de interpretación busca de entre varios entendimientos posibles de una regla de Derecho, la que mejor se amolde a los dictados constitucionales, en relación con la interpretación conforme a la Constitución, a favor de la persona.

Sin embargo, siendo que la interpretación jurídica de los Derechos Fundamentales, tiene sus metodologías, y discusiones tales como la Teoría de interpretación Constitucional del Originalismo Radical, de los EEUU, según la cual, lo único que ha de regir en la interpretación de la Constitución es la voluntad o la intención de los constituyentes (original intent)³⁴

³⁴ BELTRAN, Miguel, *Originalismo e interpretación,*



O bien, el “*approach*” –enfoque–, particularmente interesante; del profesor Phillip Bobbitt, el cual aduce que la interpretación es un objeto de estudio de aquellos que estudian la aplicación (cómo se aplica) la Constitución. Si se trata de un objeto de estudio en una actual discusión legal (en un acto de decisión legal) como por ejemplo una Corte (Federal) resolviendo una cuestión constitucional. La Corte está obligada –indefectiblemente– a caer en ciertos argumentos desarrollados largo tiempo atrás, derivados del acto de decisión uniforme de los tribunales.

Lo cierto del caso es que, a criterio personal, tal y como lo menciona el reconocido jurista **Ale-*mán, Matthias Herdegen***, corresponde a cada generación crear su propio concepto de la jurisdicción constitucional y la relación con los poderes políticos a la luz del texto de la Constitución.

Debemos considerar la Jurisdicción Constitucional no solo como una voz auténtica de la Constitución, sino como una autoridad máxima en su interpretación, con la libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones.

IV. EL ACTIVISMO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Las cortes supremas del modelo norteamericano, muestran cierto interés por la letra, y por la intención de los autores de los textos fundamentales. Sin embargo, son pocas las cortes supremas, con una específica jurisdicción constitucional que demuestre un alto grado de dinamismo en la interpretación constitucional, como es el caso de nuestro país.

Ahora bien, el caso del Tribunal Federal Alemán, ha venido sentando un precedente importante, en cuanto a que ha fraguado una función especial de los derechos fundamentales, como valores constitucionales, los que el legislador, el

Poder Ejecutivo y el Juez, deben proteger y alimentar, incluso entre particulares.

De manera similar, otras cortes de Europa y América Latina – v. gr., Colombia, Guatemala y Costa Rica–, basan una jurisprudencia activista, en el sentido de destilar los principios y valores del texto constitucional y de ensanchar los parámetros tradicionales de interpretación con cierta creatividad³⁵

A manera de conclusión, concluyo este trabajo, citando la frase célebre de **Thomas Jefferson**, la cual reza:

“ALGUNOS HOMBRES SANCTIMONIUS VEN LAS CONSTITUCIONES CON REVERENCIA Y LAS CONSIDERAN, COMO EL ARCA DEL PACTO, DEMASIADO SAGRADO PARA SER TOCADO. ELLOS ATRIBUYEN A LOS HOMBRES DE LA ÉPOCA ANTERIOR UNA SABIDURÍA MÁS HUMANA... YO SABÍA QUE ERA BUENA, ERA MUY SIMILAR A LA DEL PRESENTE, PERO SIN LA EXPERIENCIA DEL PRESENTE... NO DEJEMOS QUE LOS ESTADOS UNIDOS SIGAN TALES EJEMPLOS, NI DÉBILMENTE CREAN QUE UNA GENERACIÓN NO ES CAPAZ COMO OTRA DE CUIDAR DE SÍ MISMO Y DE ORDENAR SUS PROPIOS ASUNTOS³⁶.”

35 Véase el excelente análisis de M J Cepeda Espinosa: “Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of Colombian Constitutional Court” *Washington University Global Studies Law Review* 3 (2004), número especial.

36 *Texto original: “SOME MEN LOOK AT CONSTITUTIONS SANCTIMONIUS REVERENCE AND DEEM THEM LIKE THE ARK AT THE COVENANT, TOO SACRED TO BE TOUCHED. THEY ASCRIBE TO THE MEN OF THE PRECEDING AGE A WISDOM MORE THAN HUMAN ... I KNEW THAT AGE WELL... IT WAS VERY LIKE THE PRESENT, BUT WITHOUT THE EXPERIENCE OF THE PRESENT... LET US FOLLOW NOT SUCH EXAMPLES, NOR WEAKLY BELIEVE THAT ONE GENERATION IS NOT CAPABLE AS AN OTHER OF TAKING CARE OF ITSELF, AND OF ORDERING ITS OWN AFFAIRS”.*

Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional. Cuadernos Civitas, Madrid, pág. 53 y ss. BORK Robert, “Original intent is the only legitimate basis for constitutional decision”, Time, 13 de Julio de 1987, pág. 25.

Referencias Bibliográficas

Análisis de M J CEPEDA ESPINOSA: "Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of Colombian Constitutional Court" Washington University Global Studies Law Review 3 (2004), número especial.

ARCOS RAMÍREZ, Federico, La seguridad jurídica: Una teoría formal, Dykinson, 2000.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2000.

BELTRAN, Miguel, Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional. Cuadernos Civitas, Madrid, pág. 53 y ss. BORK Robert, "Original intent is the only legitimate basis for constitutional decision", Time, 13 de Julio de 1987.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Escritos sobre derechos fundamentales, trad. de Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 45-ss. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos humanos, Estado de derecho y constitución, Tecnos, Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, La idea de derechos fundamentales en la constitución española, en AA. VV., Constitución y constitucionalismo hoy, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, La Constitución como norma sobre la aplicación de norma. Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995.: Derecho y razón.

FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2000.

HERNANDEZ VALLE, Ruben, El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica. 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Tabla XIII editores, Trujillo, 2005.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, Régimen constitucional de los derechos fundamentales, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, Derechos fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid. 2006.

MONTESQUIEU, El espíritu de las leyes, Libro III, cap. 7. 1987.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

PECES-BARBA MARTINEZ, GREGORIOS. Derechos sociales y positivismo jurídico. Editorial: Dykinson Publicación: 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, ATIENZA, Manuel, Una clasificación de los derechos humanos, en Anuario de Derechos Humanos, nº 4, Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987.

PINTO, Mónica: El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos; en: "La aplica-



ción de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990.

PRIETO, Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid. 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, Estado social de derecho y derechos imposibles, en Revista de Derecho, Universidad de Piura, Piura, 2005.

SCHMITT, Carl, Teoría de la constitución, Alianza, Madrid, 1982.

SOLIS FALLAS, Alex. La Constitución es lo que los jueces dicen: El problema de la Interpretación Constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Primera Edición. San José, Costa Rica. 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúcil. Ley, derechos, justicia, trad. de Marina Gascón Abellán, Trotta, Madrid. 2002.

ZANICHELLI, Maria, Il discorso sui diritti. Un atlante teórico, Cedam, Milán, 2004.

Jurisprudencia:

Sentencia de la Sala Constitucional número 3194-1992 de las dieciséis horas del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Sentencia de la Sala Constitucional número 4453-2000 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del veinticuatro de mayo del dos mil.

Sentencia de la Sala Constitucional número 7730-2000 de las catorce horas cuarenta y siete minutos del treinta de agosto del dos mil.

Sentencia de la Sala Constitucional número 2771-2003 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril del dos mil tres.

Sentencia de la Sala Constitucional número 1273-2008 las quince horas y veinte minutos del veintisiete de agosto del dos mil ocho.



LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROMOCIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DEL MERCADO Y LA ECONOMÍA

Licda. Isaura Guillén Mora ¹

RSE desde un enfoque que va más allá de políticas de asistencia y sensibilización social.

Resumen

La responsabilidad social empresarial se manifiesta en diversas áreas. Las conductas comerciales honestas son parte de esa responsabilidad social de las empresas y un tema importante para la paz social y la eficiencia económica de un país. Ese trabajo expone algunas consideraciones sobre esos temas.

Summary

Corporate social responsibility is manifested in various topics. Honest business are part of the corporate social responsibility, an important issue for social peace and economic efficiency of the country. This paper presents some considerations on these issues.

Palabras clave:

Responsabilidad social, Empresa, Consumidor, Competencia, Comercio desleal

La Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE) se asocia en términos generales a una forma de conducción de la empresa tomando en cuenta los objetivos económicos de la misma pero compatibilizando esos objetivos económicos con los aspectos sociales y medioambientales. No obstante, esos aspectos sociales van más allá de temas relacionados a condiciones laborales y al tema de un medio ambiente sostenible. En esta oportunidad, se pretende abordar el tema de la

En términos generales, *“La Responsabilidad Social Empresaria es la forma de gestión que se define por la relación ética y transparente de la empresa con todos los públicos con los cuales se relaciona y por el establecimiento de metas empresariales compatibles con el desarrollo sustentable de la sociedad, preservando recursos ambientales y culturales para generaciones futuras, respetando la diversidad y promoviendo la reducción de las desigualdades sociales.*

Responsabilidad Social Empresaria estará reflejada en las diversas relaciones que mantenga la empresa: en la transparencia con que ella afronta sus obligaciones; en la forma como trata a sus empleados, o sea, su público interno; en el modo en que cuida al planeta, nuestro medio ambiente; en el tipo de relación que tiene con sus proveedores y clientes; en la clase de vínculo que busca establecer con sus vecinos, su ciudad, o sea, con la comunidad a la cual pertenece; y, finalmente, en el tipo de contribución que brinda para organizar la sociedad e influir en el gobierno y en la sociedad.”²

El tema de la Responsabilidad Social Empresarial ha tomado relevancia en los últimos tiempos con numerosos estudios y aportes y nuestro país no ha sido la excepción. En esta oportunidad nos referiremos a la responsabilidad social empresarial enfocada a la relación de la empresa con el mercado, es decir, sus políticas con relación a proveedores, clientes (consumidores) y competidores.

¹ Especialista en Derecho Público y Comercio Exterior. Asesora en la función pública y profesora de Derecho Internacional Privado.

² Concepto tomado del Manual del Municipio de Morón, Argentina.

Con relación a lo anterior, el tema de los valores y principios éticos, son una necesidad para la empresa si quiere mantener su proyecto en el corto y mediano plazo, está asociado al *marketing responsable*, el cual involucra un conjunto de políticas sobre los consumidores, prácticas comerciales, precios, en general, el comportamiento de la empresa en el mercado. Lo anterior, nos lleva a una dimensión más hacia la cual se debe enfocar la responsabilidad social empresarial, que es, como principio ético, *la no afectación o distorsión del mercado*. Es decir, no incurrir en distorsiones que tienen un efecto negativo en la economía en general, al afectar la soberanía del consumidor y el normal funcionamiento y la adecuada ordenación del mercado.

Si partimos de que existe como principio la libertad empresarial, no se debe perder de vista que esa libertad, que no es irrestricta, se debe desarrollar dentro de un entorno legal, pero también dentro de un entorno ético, donde existen limitaciones concretas a la capacidad dispositiva de los empresarios. En ese sentido, lo cierto es que si bien la empresa tiene libertad para decidir frente a diversas posibilidades de actuar, es responsable por sus decisiones y sus actuaciones.

En ese orden de ideas, la responsabilidad social empresarial desde el enfoque de una *“actuación responsable”* de las empresas en el mercado, tiene el componente social de proteger o librar al consumidor de prácticas comerciales que a corto o mediano plazo le van a perjudicar, como por ejemplo, en materia de precios. Asimismo, tiene el componente social de contribuir y no entorpecer al crecimiento económico de PYMES, productoras e industriales, las cuales no se encuentran en capacidad de afrontar prácticas de comercio desleal y prácticas anticompetitivas de sus competidores más fuertes.

De esta forma, la responsabilidad social de la empresa debe manifestarse tanto en la abstención de conductas que afectan el entorno social y económico como en promover por sí mismas

condiciones para participar activamente en un mercado apto para el eficiente desarrollo de las potencialidades y crear estrategias diferenciadoras dentro de una visión a largo plazo, que pueda ayudar a la empresa a alcanzar ventajas competitivas sostenibles en el tiempo y darle un valor agregado a esa empresa.

De ahí que algunas empresas en el país han diseñado manuales de ética social, en el cual se destaca la importancia también de estos temas asociados al comportamiento de la empresa en el mercado.

Por ejemplo, el Manual de Buenas Prácticas de Protección al Consumidor (Manual BPPC) es un documento de adopción voluntaria que establece pautas de conducta de las empresas con relación a los consumidores, y a la vez cumple la función de Código de Conducta y de Guía de interpretación a la Ley de Protección al Consumidor (#7472). La adhesión al BPPC genera una certificación que sirve de respaldo a los clientes respecto a que los distintos procesos tanto hacia el cliente como internos son transparentes y adecuados a los deberes de los comerciantes y derechos de los consumidores.

Certificaciones como la anterior con la seguridad y confianza que pueden generar en los consumidores representan un factor importante de atracción de clientela y con ello, de una posible expansión o un mayor posicionamiento en el mercado meta. Lo anterior, con los consiguientes beneficios de incremento en ventas por preferencia del consumidor, mejor imagen corporativa, mayor publicidad en el mercado, entre otros.

Este tipo de acciones se enmarcan entre lo que se conoce como *“Pactos de integridad”* que buscan promover acciones para luchar contra la corrupción, la ilegalidad y las conductas de comercio desleal.

Estos *“pactos de integridad”* implican que en el desarrollo del comercio la empresa adoptará como



parte de su actuar aspectos como los siguientes:

- No establecer condiciones contractuales difíciles de cumplir o abusivas y respetar las condiciones pactadas.
- Establecer plazos de pago razonables a los proveedores.
- Evitar sobornos o dádivas para adjudicar un contrato.
- Garantizar la calidad, inocuidad y seguridad de los productos y servicios.
- Ofrecer información veraz y relevante sobre los productos y servicios.
- No incurrir en publicidad engañosa.
- No incurrir en publicidad discriminatoria o difamatoria.
- Desarrollar campañas de educación para el bien común.
- Promover prácticas de venta éticas y evitar ofrecimientos indebidos.
- Disponer de procedimientos para recibir y tramitar las quejas y reclamos de los clientes.
- Monitorear la satisfacción del cliente.
- No incurrir en prácticas que obstaculicen la libre competencia, como precios predatorios
- No incurrir en prácticas tendientes a monopolizar el mercado
- No incurrir en prácticas de comercio desleal como desacreditación de competidores, imitación de marcas y demás signos distintivos, entre otras.

Como se puede apreciar, la RSE no es un tema de mero altruismo, sino que implica acciones concretas, medibles y con una connotación también económica. De hecho, mucho se ha discutido sobre la relación que existe entre Responsabilidad Social Empresarial y el desempeño o rentabilidad financiera de la empresa y las posiciones son diversas. Sin embargo, si bien la sensación es que normalmente los objetivos económicos privan sobre los sociales, los cuales son considerados sólo en la medida en que aportan beneficios económicos a la empresa, cada vez más estudios señalan que

efectivamente el cumplimiento de objetivos asociados a la RSE generan beneficios directos en el desempeño financiero de una empresa, de manera que más que una mera argumentación, resulta ser un hecho apreciable.

En ese sentido, la actividad de las empresas para el logro de objetivos de éxito debe analizar su desempeño y su actuar dentro de un contexto. En ese contexto intervienen factores sociales e imperativos de ética y moral comercial que deben ser atendidos para alcanzar un efectivo éxito económico. Lo anterior, ya que las políticas de una empresa están destinadas en todo momento a interactuar en el mercado con distintos agentes, con distintas fuerzas, con “grupos de interés” que pueden ser determinantes. Lo que se conoce como “*stakeholders*”, es decir, aquellos grupos o individuos con quien la organización interactúa o tiene algún tipo de Interdependencia. Tal como lo definió Richard Edward Freeman “cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la empresa”.³

Respecto a estos grupos, puede decirse que tienen el potencial de *ayudar o dañar a la empresa*, entre ellos cabe citar a las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas y las ONGs. De ahí la importancia de darles respuesta a sus inquietudes e integrarlas dentro de la toma de decisiones de la empresa. La atención a las inquietudes de esos grupos de interés es parte de la RSE y un mecanismo en sí mismo de obtener beneficios concretos para la empresa, ya que tal y como se ha mencionado, existe una relación directa entre RSE y rentabilidad financiera.

Cabe resaltar el caso de las organizaciones de consumidores, en nuestro país, es en la década de los años 90, cuando inician con mayor organización y fuerza las organizaciones de consumidores, generando organizaciones de diferentes tipos principalmente para velar por el

³ Richard Edward Freeman, *Strategic Management. A Stakeholder Approach*. Pitman, London, 1984. Pág. 24

correcto desarrollo y desempeño de los mercados locales. Dentro de esas organizaciones pioneras se encuentra Consumidores de Costa Rica en la cual se aprecia día con día una mayor profesionalización en temas del consumidor y una mayor proyección a nivel nacional.

La acción de organizaciones como Consumidores de Costa Rica han contribuido notablemente en el proceso de sensibilización social a lo interno de las empresas y han propiciado un ambiente de mayor comunicación entre las partes (empresas-consumidores) y un mayor conocimiento de las empresas sobre su responsabilidad en el reconocimiento y protección de los derechos de los consumidores.

Adicional al tema de las buenas prácticas respecto a los consumidores, está también el tema de las buenas prácticas respecto a la interacción de las empresas con los demás agentes económicos y su incidencia en el desarrollo normal y eficiente del mercado. En ese sentido, nos avocaremos a tratar dos aspectos que crean perjuicio al mercado y de manera indirecta a los consumidores también. El primer supuesto se relaciona con la necesidad de que las empresas eviten acudir en sus estrategias a prácticas de competencia desleal. Este tema se desarrolla, principalmente en el artículo 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual establece:

“Competencia desleal.

Entre los agentes económicos, se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados. Esos actos son prohibidos cuando:

a) Generen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores.

b) Se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial, los productos, la actividad o la identidad de un competidor.

c) Se utilicen medios que inciten a suponer la existencia de premios o galardones concedidos al bien o servicio, pero con base en alguna información falsa o que para promover la venta generen expectativas exageradas en comparación con lo exiguo del beneficio.

d) Se acuda al uso, la imitación, la reproducción, la sustitución o la enajenación indebidos de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a bienes o servicios propiedad de terceros.

También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores.

Los agentes económicos que se consideren afectados por las conductas aludidas en este artículo, para hacer valer sus derechos sólo pueden acudir a la vía judicial, por medio del procedimiento sumario establecido en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Civil. Lo anterior, sin perjuicio de los procedimientos administrativos y judiciales, que se realicen para proteger al consumidor, por los efectos reflejos de los actos de competencia desleal, en los términos del inciso b) del artículo ()50 de esta Ley.*

()(Actualmente corresponde al artículo 53”)*

A partir de lo anterior, asumir un compromiso por parte de las empresas respecto a no incurrir en esas prácticas es una actitud responsable en beneficio del resguardo de las buenas prácticas mercantiles y la eficiencia del mercado, lo cual



favorece no sólo el sistema económico del país sino mejores condiciones en general de los distintos participantes en nuestra sociedad, entre ellos usuarios, consumidores y competidores.

Otro aspecto relevante a destacar es el compromiso de promover la libre y sana competencia en el mercado, a través de integrar en los respectivos manuales de empresa el respeto y cumplimiento efectivo de la normativa de competencia vigente, la cual también se recoge en la Ley 7472 citada líneas atrás.

Al respecto, para no afectar principalmente los intereses de los consumidores y usuarios los empresarios que compiten en un mismo sector de la economía deben abstenerse de incurrir en acuerdos, los cuales en la práctica generan condiciones monopolísticas con la consiguiente eliminación de opciones para el consumidor y el alza de precios. Tales conductas se recogen en la ley 7472 en el artículo 11 que establece:

“Prácticas monopolísticas absolutas.

Las prácticas monopolísticas absolutas son los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*
- b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.*
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de*

bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.

d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

Adicional a los acuerdos entre competidores antes indicados, existe normativa específica que le atañe de manera directa a las empresas de poder de mercado, es decir, aquellas cuya participación de mercado, tamaño, extensión y otras condiciones, les permite influir de manera significativa en el mercado, imponiendo distintas situaciones que perjudican la coexistencia pacífica de agentes económicos. Entre las conductas prohibidas bajo este supuesto están:

Artículo 12°.-Prácticas monopolísticas relativas.

Sujeto a la comprobación de los supuestos referidos en los artículos 13, 14 y 15 de esta Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a) La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre sí.*
- b) La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.*

c) *La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre la reciprocidad.*

d) *La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.*

e) *La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.*

f) *La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal.*

g) *En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.” (Ley 7472).*

Sobre los beneficios de una competencia efectiva, desprovista de las conductas antes señaladas cabe citar que “*Nuestro entendimiento nos indica que buena parte del éxito de las reformas de mercado realizadas en el pasado reciente en la región depende de la evolución de la política de competencia por cuanto es ésta la que dispone de los criterios más adecuados para corregir potenciales errores o desviaciones de los objetivos de largo plazo que deberían perseguirse (Singh y Dhumale, 1999). La idea de política de competencia a la que nos referimos es, por supuesto, más amplia que la mera teoría del antitrust sino más bien una política económica que actúe a todo nivel aumentando la eficiencia a través del mejoramiento en el funcionamiento de los mercados.*”⁴

4 Oficina de la CEPAL en Buenos Aires N° 28, Serie Estudios y Perspectivas: Defensa de la Competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias, junio del 2005, página 58

A partir de lo señalado, se puede sostener a manera de conclusión, que de la relación que existe entre Responsabilidad Social Empresarial y el desempeño o rentabilidad financiera de la empresa a través de mecanismos de sana y honesta participación en el mercado, se derivan elementos concretos que confirman el carácter positivo de esa relación, entre los que comúnmente se mencionan están los siguientes:

1. Las empresas que adoptan criterios de RSE reducen los riesgos derivados de ciertos comportamientos socialmente irresponsables, que por ser reprochables entrañan la posibilidad de recibir multas u otras sanciones económicas por parte del Estado.
2. Las políticas de RSE contribuyen a mejorar la reputación de las empresas que las desarrollan.
3. Las empresas que practican la RSE aparecen como más atractivas, es decir, tienen una capacidad superior para atraer y conservar los recursos humanos más competentes, pero también para atraer inversiones y para acceder en ciertas ocasiones a créditos y otras facilidades de entidades públicas y privadas.
4. Adoptar prácticas comerciales “responsables” puede contribuir a modificar las pautas de la demanda en los mercados de bienes y servicios en un sentido positivo. Mayor predisposición de compra de sus clientes. Asimismo, la RSE promueve la diferenciación de productos, así como la diferenciación por marca.
5. Muchos aspectos de la RSE crean una imagen de producto o servicio renovado o potencian en general un proceso de innovación y nuevas técnicas de gestión.
6. Se promueven relaciones estables con clientes y proveedores, lo cual genera mayor previsibilidad y control, que es vital en el ámbito organizativo de una empresa.



La RSE como se ha visto, tiene un impacto directo en el aspecto financiero de una empresa, es decir, adoptar estrategias de RSE contribuye o favorece el mejor desempeño económico de la empresa a la vez que satisface intereses sociales relevantes, pero también repercute en el crecimiento económico en general de un país. La RSE favorece la competitividad agregada, *“entendida ésta como el atractivo de un país, la capacidad de una economía de generar renta, y de atraer recursos productivos por encima de otras no demasiado diferentes gracias a una combinación de elementos entre los que cabría situar el grado de responsabilidad social de sus empresas”*⁵

Partiendo de lo antes señalado, el crear una estratégica de la empresa inmersa en una filosofía de RSE, puede apoyar los intereses financieros de la organización, también los de sus grupos de interés, y los del Estado, lo cual se revertirá a la empresa en efectos positivos apreciables.

Para lograr esa estrategia de empresa, los objetivos de RSE deben estar relacionados con la misión de la empresa y con su plan estratégico, de manera que se constituyan como una verdadera prioridad. Lo anterior, debe ser visto no sólo en beneficio de la empresa misma, sino como un aporte o contribución que las empresas pueden dar a un plan de desarrollo país. Así por ejemplo, en un contexto impulsado por el Estado de apertura comercial, mayor competencia, mayores demandas de los consumidores, las empresas deben promover prácticas comerciales sanas y responsables, tal como en el caso del derecho de la competencia, evitar estructuras o conductas asociadas a condiciones monopólicas o cuasi monopólicas que perjudican a los consumidores y restringen las posibilidades reales de existencia o subsistencia de competidores, así como también, evitar prácticas de comercio desleal que igualmente pueden comprometer a futuro los intereses de los consumidores y que generan daño a sectores

productivos en un país, manipulando precios y creando condiciones artificiales.

La sensibilización sobre el efecto negativo de esas conductas y la consecuente acción en contra, es parte de la responsabilidad social que una empresa debe asumir.

Bibliografía:

- Manual del Municipio de Morón, Argentina.
- Richard Edward Freeman, Strategic Management. A Stakeholder Approach. Pitman, London, 1984.
- Oficina de la CEPAL en Buenos Aires N° 28, Serie Estudios y Perspectivas: Defensa de la Competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias, junio del 2005
- José Luis Navarro Espigares y José Manuel González López. Responsabilidad Social Corporativa y Crecimiento Económico. Estudios de Economía Aplicada. 2006
- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

⁵ José Luis Navarro Espigares y José Manuel González López. Responsabilidad Social Corporativa y Crecimiento Económico. Estudios de Economía Aplicada, Volumen 24-2, 2006, p- 724



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS NUEVOS TIPOS PENALES DE ESTAFA INFORMÁTICA Y SABOTAJE INFORMÁTICO: ANÁLISIS DE TIPO SISTEMÁTICO, TIPO GARANTÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Lic. Freddy A. Sandí Zúñiga*
 Lic. Mario de Jesús Jiménez Aguilar*¹

Key Word:

Informatic Crimes. Informatic Fraud. Informatic Sabotage

Resumen

El presente artículo pretende ofrecer algunos lineamientos elementales de cara a la entrada en vigencia de la Ley de Delitos Informáticos N° 9048 que viene a reformar nuestra legislación sustantiva, particularmente en el ejercicio jurídico-penal de los nuevos delitos de *Estafa Informática* y *Sabotaje Informático* previstos en los numerales 217 bis y 229 ter del Código Penal, de manera que el lector pueda contar con una herramienta de interpretación y aplicación a nivel de tipo sistemático, tipo garantía y política criminal de estas novedosas conductas prohibitivas y su trascendencia en la denominada sociedad de la globalización económica.

Abstract

This article will offer readers elemental guidelines of recent legal reform incorporated by "Informatic Crimes Law N°9048", about systematic, constitutional principles and criminal policy interpretation and application of new prohibited behaviors named "Informatic Fraud" and "Informatic Sabotage" (arts. 217 bis and 229 ter. Costa Rican Criminal Law) and its effects on the economic and globalized society.

Palabras Clave:

Delitos Informáticos. Estafa Informática. Sabotaje Informático

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Delitos Informáticos –no poco cuestionada en los últimos días por algunos sectores mediáticos– pretende desde la óptica de la criminalización primaria y a partir de los tipos penales bajo estudio, desestimular mediante su prohibición, la comisión de ciertas conductas lesivas socialmente y que generalmente se cometen en la clandestinidad de los medios electrónicos donde existe de por medio un *software* que es empleado por los autores del delito con la finalidad de menoscabar bienes jurídicos de carácter tradicional y no tradicional como el patrimonio ajeno, la propiedad o la información. Sin descartar algún vestigio de carácter simbólico que pudiera el estimable lector advertir, creemos que esta Ley pretende en términos generales equilibrar los beneficios que produce los avances en la tecnología frente a su subutilización con fines estrictamente criminales, lo que queda en evidencia en la exposición de motivos ofrecida por el Poder Legislativo.²

II. BREVE RESEÑA HISTORICA.

La aparición de delitos informáticos, es casi tan contemporánea como el surgimiento de la era de la información. Paralelamente a la creación de los primeros procesadores y programas informáticos, cuya finalidad inicial no era otra que hacer más fácil la vida del ser humano mediante la introducción de innumerables beneficios en la economía de mercado, donde las empresas encon-

1 *Jueces de Juicio, actualmente en Maestría de Administración de Justicia, Universidad Nacional.

2 Informe de Servicios Técnicos N° ST. 039-2010 J de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

trarían una herramienta para hacer más ágiles, automatizados y seguros los procesos de producción, algunas personas con especiales habilidades en este nuevo y emergente mundo del conocimiento vieron la oportunidad de sacar ventajas patrimoniales mediante la manipulación de ese “mundo intangible de datos” y cometer millonarios fraudes utilizando de por medio, tan sólo una computadora. Es en los años setenta en los Estados Unidos de Norteamérica, que se registran las primeras defraudaciones de seguros y bancarias que vendrían en definitiva a constituir un cambio de paradigma en las formas típicas de criminalidad convencional. En Costa Rica los primeros pasos que se dieron en relación con una legislación que llenara el vacío existente hasta ese momento con delitos relacionados a la tecnología y la globalización, datan del año 2001 pues anterior a esto, todas aquellas conductas lesivas en las que se utilizaba un programa informático, eran adecuadas a otras formas típicas tradicionales como la estafa o la apropiación indebida. Es luego, con la reforma al Código Penal mediante Ley 8148 del 24 de octubre de 2001, que nuestro país experimenta el inicio del cambio para reprimir la criminalidad cibernética, al incorporarse entre otros, los delitos de *fraude informático* (217 bis) y *alteración de datos y sabotaje informático* (229 bis) recientemente reformados por Ley 9048. De esta manera, aunque el mundo empezó a conocer sobre medios informáticos desde varias décadas atrás, no fue sino recién iniciado el siglo XXI que la voluntad política en nuestro país estimó necesario regular todo el tema de los delitos que se estaban cometiendo vía internet o sistemas informáticos institucionalizados (como estafas, pornografía infantil, entre otros) y que quedaban impunes por no encajar objetivamente a los modos tradicionales de delincuencia convencional. Así por ejemplo, pese a la vigencia desde hace ya varios años del tipo penal de Estafa (art. 216 Penal), resultaba abiertamente problemático, tanto desde el punto de vista dogmático como procesal, perseguir conductas delictivas en las que el delincuente se escudaba en el anonimato o si en vez de engañar a su víctima personalmente, fraguaba su plan desde un café internet o de la sala

de su casa y aquélla terminaba disponiendo injustamente de su patrimonio. Asimismo, existía una anomia importantísima tratándose de aquéllas transferencias fraudulentas cometidas en perjuicio del patrimonio del ofendido quien al consultar el estado de su cuenta bancaria, descubría sorprendentemente deducciones que nunca realizó y cuyo origen delictivo se encontraba precisamente, en la manipulación de sistemas informáticos.

III. ASPECTOS GENERALES.

Desde el surgimiento de los primeros *software* a nivel mundial y particularmente en los países industrializados, el efecto integrador y totalizador de la globalización ha permeado fuertemente tratándose del mundo de la informática, expresado fundamentalmente en la cohesión planetaria que representa el ciberespacio y la internet, donde prácticamente esta última ha logrado afincarse como una herramienta indispensable del desarrollo humano en prácticamente todo el orbe. El nuevo “mundo de los datos” funciona va más allá de una sencilla forma comunicación global, pues su incursión en el sistema económico es una realidad y además, una necesidad. La sistematización de los sistemas financieros, la creación del “dinero plástico”, la inversión en bolsas o la posibilidad de realizar trasferencias económicas con sólo un *click*, han permitido no sólo una economía más ágil, desentramando los mecanismos añejos e incipientes del tráfico mercantil y por lo demás favoreciendo radicalmente la adquisición de bienes y servicios, sino que este panorama se vendría a convertir en el caldo de cultivo de las nuevas formas de criminalidad. Por eso decimos que la delincuencia informática, es la delincuencia de la globalización y que ha tenido en la praxis, importantes implicaciones de orden económico. A partir de estas ideas, es que algunos incluyen al derecho informático como parte del Derecho Económico, dada la trascendencia de la *ciencia de la información* en los procesos económicos y financieros en general. Sin embargo, la criminalidad informática no necesariamente va a tutelar como bien jurídico, el patrimonio individual o el orden socioeconómi-



co de un país, pues aquella tiene sus expresiones además, en la mera inutilización de un sistema sin la obtención de un lucro injusto como elemento subjetivo distinto del dolo. Ahora bien, ¿qué debemos entender por delito informático? Para Chinchilla, es "...la acción delictiva que realiza una persona con la utilización de un medio informático o lesionando los derechos de un titular de un elemento informático, se trate de máquinas -hardware- o de los programas"³. Otros autores, entienden al delito informático como, "... cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto, el delito Informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin"⁴. Dicha definición es más amplia y nos introduce en la finalidad específica del autor al cometer el injusto, sea utilizar los sistemas como un medio o como un fin en sí mismos, pues como veremos más adelante, de la misma forma como el ordenador o el *software* pueden constituir el objeto material sobre los que recae la acción delictiva, bien pueden servir como un instrumento de medio a fin, para obtener otros propósitos verbi gratia como ocurre con el *fraude patrimonial*. Ahora bien, los delitos informáticos pueden clasificarse según se trate de un medio o instrumento o como fin u objetivo. Esto es, si la acción delictiva pretende utilizar el ordenador o el sistema como medio para alcanzar un fin predefinido (generalmente patrimonial) o si por el contrario, la acción lesiva va a recaer sobre el objeto mismo que se pretende dañar, en cuyo caso estaríamos hablando de la *inutilización o destrucción de aquél*. Estos criterios nos permiten definir que el ámbito de protección del legislador puede importar desde la tutela del patrimonio de una persona física o jurídica que confía su administración a un *software* especialmente creado para hacer más

ágiles las transacciones personales o comerciales, pero que ha sido manipulado con fines fraudulentos, hasta el solo comportamiento que tuvo por finalidad, dañar un sistema informático determinado, para bloquearlo o hacerlo inutilizable. El Manual para el Control y Prevención de Delitos Informáticos de Naciones Unidas viene a constituir el documento modelo en los que se basan los países miembro para definir sus políticas legislativas internas de combate a este tipo de criminalidad. Resalta sobre el particular lo dispuesto en el 10° Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Viena Austria en febrero de 2000, en el que se define la misma clasificación de este tipo de conductas ilegítimas en el ámbito de la ciberdelincuencia. Algunas expresiones tipológicas cuando la acción delictiva recae sobre el sistema mismo (criterio del fin u objetivo) son: destrucción de programas, secuestro de información privilegiada y su ulterior publicación (por ej. secretos de Estado, *wikileaks*) introducción con uso ilegítimo de passwords, la lectura de mensajes en correos electrónicos ajenos, espionaje a entes gubernamentales, entre otros. Como *medio*, los casos más comunes lo constituyen el "hacking" de contraseñas en entidades financieras o tarjetas de débito de personas físicas o jurídicas para la realización de transacciones de dinero a cuentas del delincuente o a una tercera persona dentro o fuera del país. Por otra parte, hoy día se discute quién puede ser sujeto activo de este tipo de delincuencias, habida cuenta de los especiales conocimientos que deben ostentarse cuando se trata de la manipulación de un sistema informático con fines de destruirlo o de obtener un beneficio patrimonial antijurídico. Para algún sector de la doctrina, aunque esta modalidad delictiva no puede estimarse como delincuencia de cuello blanco en los términos comprendidos por Edwin Sutherland, sí la ubica dentro de los llamados "delitos de ocupación" (*occupational crimes*), ya que quien ejecuta la actividad delictiva, lo hace con ocasión de su posición en una empresa, las funciones de confianza que realiza o los elevados conocimientos científicos. A nuestro parecer, acudir al criterio de *delito ocupacional* sólo podría justificar-

3 CHINCHILLA SANDÍ (Carlos), *op.cit.* p. 25

4 De la Luz Lima (María), citado por RAMÍREZ BEJERANO (Egil Emilio) y AGUILERA RODRÍGUEZ (Ana Rosa). *Los delitos informáticos: Tratamiento Internacional*, San José, tomado de www.hacienda.go.cr, 2008.

se en la medida en que por la particular forma de comisión de la delincuencia informática, el sujeto activo no puede serlo cualquiera, sino solo aquél que cuente con altos niveles de conocimiento sobre el manejo de software sofisticados que permitan por estos medios, el *fraude patrimonial* o la *inutilización* de sistemas, mas no como parte de una posición especial en una empresa en tanto que dentro de la política criminal de represión a estos ilícitos, no necesariamente se debe formar parte de un colectivo institucional o corporativo, basando solamente las especiales habilidades cognitivas que puedan tenerse en la materia y, desde luego, el conocimiento y voluntad de realizar un comportamiento delictivo. Quienes sí apoyan que el delito informático constituye un “delito de cuello blanco” o al menos en su sentido “ocupacional”, parten estadísticamente del porcentaje de delitos que se cometen mayoritariamente dentro de los entes corporativos empresariales según la posición que ostente el autor y quien muchas veces no es señalado como delincuente sino como una persona de reconocida respetabilidad. Sin embargo, creemos que la evolución tecnológica prácticamente ilimitada que experimenta el planeta hoy día, constituye un cambio de paradigma y con ello, la necesidad de replantearse estos criterios, habida cuenta que no necesariamente debe ostentarse una posición empresarial específica para delinquir sino como se dijo, basta la adquisición de conocimientos especiales y avanzados y una computadora con el *software* indicado para desde su casa, el parque o un café internet, poner en marcha su plan criminal. En el 12° Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia Penal, se afincó la idea de que si bien el sujeto activo podía ser cualquier persona –con conocimientos especializados en temas informáticos–, el núcleo del problema se enfatizaba en el uso ilegítimo que verifica la delincuencia organizada a través del ciberespacio, para consumir sus objetivos delictivos que se ven ahora mejorados con el empleo de estos mecanismos o como medio para encontrar nuevas formas de delinquir. En lo que concierne al sujeto pasivo, debemos decir que éste se constituirá en el titular del ordenador o sis-

tema dañado o inutilizado (criterio de finalidad u objetivo), o del patrimonio tratándose de los fraudes dinerarios que se cometen con transacciones ilegítimas que se fraguan desde un computador (como medio). Puede tratarse de una persona física o jurídica, entidad estatal o corporativa. Como otro de los ítems generales, la doctrina señala algunas particularidades que permiten individualizar esta “novedosa” modalidad delictiva diferente de la delincuencia convencional: a) Rapidez en el tiempo: el delito se configura utilizando un ordenador o *software* especial que le permite a su autor, la materialización de los verbos típicos (v.gr. dañar con un virus o sustraer millones de colones) con sólo *un click*; b) La víctima puede ser tan cercana como lejana de su autor: a diferencia de alguna de las modalidades de estafa que contempla nuestro ordenamiento, el delito informático no exige la presencia física ni la interacción entre ofensor y su víctima, aunque desde el prisma de un *delito ocupacional*, en muchas ocasiones dichos actores forman parte de una misma empresa; c) Facilidad de encubrimiento: los sistemas de redes traspasan las fronteras físicas con facilidad, de tal manera que el delincuente que idee provocar un daño a un ordenador o un fraude monetario puede viajar a través del ciberespacio, cometer la actividad ilícita y guardar siempre, el secreto sobre su identidad. Dentro de los principales inconvenientes que la doctrina cita para descubrir cuándo estamos ante un delito informático se citan: la complejidad técnica de los sistemas informáticos, el desconocimiento generalizado sobre la tecnología de avanzada por parte de los directivos (dentro de una empresa) o de la población en general y la facilidad para suprimir las evidencias o rastros del delito, entre otros.

IV. EL PROBLEMA DEL BIEN JURÍDICO.

Una de las mayores discusiones que se han erigido en torno a los delitos informáticos lo constituye sin lugar a dudas, qué es lo que se pretende proteger y en qué debe consistir esa protección de cara al resguardo de los principios constitucionales



propios del Estado Democrático de Derecho, desde la perspectiva del bien jurídico como límite al poder punitivo. Es decir, aunque es cierto que para cualquier conglomerado social es necesario definir políticas de prevención y persecución criminal como mecanismo para asegurar la convivencia social, esta tarea no la es tan sencilla tratándose de delitos que surjan en la *era de la información* pues la complejidad y evolución tecnológicas pueden devenir en nuevas formas de criminalidad, que lesionen significativamente bienes jurídicos individuales tradicionales o aun de carácter universal o sectorial. En nuestro criterio, el desarrollo de tecnologías de avanzada logran no sólo una afectación positiva en la vida de los individuos, sino que pueden permear en las más arraigadas prerrogativas fundamentales, lesionando desde su patrimonio hasta su intimidad o incluso la vida misma⁵. El problema es que la criminalidad cibernética es impredecible y en la medida en que se presenten en la realidad jurídica y social así se podrá considerar la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos y con ello, la construcción de tipos penales prohibitivos. Esto quiere decir, que la enunciación de bienes jurídicos no podría determinarse a priori o taxativamente, como sí es perfectamente posible tratándose de delitos contra la vida y la integridad física, donde ese ámbito de protección se encuentra bien definido y no admite confusión alguna. Empero, en la criminalidad cibernética, esa protección se tendrá que tutelar tan pronto como el surgimiento de nuevas formas de criminalidad y resultados dañosos relevantes socialmente así lo exijan. Las primeras manifestaciones criminógenas en los Estados Unidos fueron evolucionando y lo que en un inicio representó fraudes informáticos con fines claramente de “sustracción” patrimonial en perjuicio de empresas consolidadas, hoy día podemos ir mucho más allá, cuando la conducta ilícita tenga la finalidad de destrucción o inutilización

de un software con un resultado perjudicial importante o más recientemente, del menoscabo al derecho fundamental a la intimidad, el que se perfecciona con el solo acceso a correos electrónicos, cuentas de redes sociales y otros medios de “suplantación de identidad” o modalidades todavía más sofisticadas como el terrorismo cibernético, la revelación de informes sobre secretos de Estado o la pornografía infantil. En este orden de ideas, la pretensión sobre la taxatividad de bienes jurídicos solo conforma un límite a modalidades de criminalidad que son, merced a la globalización de las comunicaciones, prácticamente ilimitadas y de ahí que sea entonces inconveniente, afirmar que bienes jurídicos (individuales o colectivos) son privativos de la delincuencia informática. Para algún sector de la doctrina, el bien jurídico lo constituye *la información*, mas en nuestro criterio, aquélla será desplazada en la medida en que el plan del autor al transgredir la norma prohibitiva busque una finalidad distinta –v.gr un beneficio patrimonial antijurídico- a excepción de los supuestos de destrucción, supresión, borrado o inutilización de datos de un sistema, en cuyo caso sí estaríamos protegiendo la *información* como tal.

Del análisis de los artículos 217 bis y 229 ter del Código Penal, se logra inferir que el legislador pretendió introducir las dos tipologías señaladas en la doctrina a partir del elemento informático como medio o instrumento para alcanzar fines patrimoniales ilegítimos o como objeto en sí mismo cuando la acción típica recaiga sobre el *software* mismo, de tal manera que se produzca una lesión o daño significativos merecedores de tutela penal. A la luz de lo dispuesto por el legislador, podemos afirmar que el bien jurídico trazado para el primero de los artículos lo constituye **el patrimonio ajeno** mientras que para el segundo, lo es la **información**. Esto, porque en la relación de *medio a fin* del primer supuesto, el designio que se propone el autor no es el empleo del sistema informático en sí con propósitos de violentar la intimidad de los usuarios del ciberespacio o la supresión de algunos datos, sino más bien, la posibilidad de obtener un lucro injusto, utilizando como *instrumento* el programa o el ordenador.

⁵ Chinchilla no descarta la posibilidad de cometer homicidio a través de una computadora, en el caso del paciente que está recibiendo determinado tratamiento regulado por un *software* en la que se modifican a lo interno del programa las instrucciones, perjudicando al paciente hasta provocarle la muerte. CHINCHILLA SANDÍ (Carlos), *op.cit.* p.58.

VI. ANÁLISIS DE TIPO SISTEMÁTICO

ESTAFA INFORMATICA

“Se impondrá prisión de tres a seis años a quien, en perjuicio de una persona física o jurídica, manipule o influya en el ingreso, en el procesamiento o en el resultado de los datos de un sistema automatizado de información, ya sea mediante el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos, programación, valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico, o bien, por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial o indebido para sí o para otro.

La pena será de cinco a diez años de prisión si las conductas son cometidas contra sistemas de información públicos, sistemas de información bancarios y de entidades financieras, o cuando el autor es un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.”

VERBOS TÍPICOS: “Influir” (en el ingreso, procesamiento o resultado de datos de un sistema); “manipule” (los datos de un sistema).

Influir: Dicho de una cosa: Producir sobre otra ciertos efectos; ejercer predominio, o fuerza mora; Contribuir con más o menos eficacia al éxito de un negocio.

Manipular: Operar con las manos o con cualquier instrumento; Trabajar demasiado algo, sobarlo, manosearlo; Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares.

ACCESORIOS AL VERBO: “mediante uso de datos falsos o incompletos”, “uso indebido de datos” “programación” “valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico” o “cualquier otra acción que incida en los datos del sistema o que de cómo resultado información falsa, incompleta o fraudulenta”. Todos, elementos accesorios de modo.

SUJETO ACTIVO: Figura básica: Indeterminado. Recuérdense las consideraciones en torno a los especiales conocimientos en materia de procesamiento de sistemas informáticos, sin que ello implique que estemos ante un delito especial propio o impropio.

Tipo Agravado: Cualidades específicas: Cuando el autor es un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.

OBJETO MATERIAL: “los datos de un sistema automatizado de información” en el delito básico y “sistemas de información públicos, sistemas de información bancarios y de entidades financieras” en el delito agravado.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO: “con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial para sí o para un tercero”.

Procurar: Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa; conseguir o adquirir algo. **Obtener:** Alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende; tener, conservar y mantener.



ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN:

TÉCNICOS:

“**procesamiento**”: m. *Inform.* aplicación sistemática de una serie de operaciones sobre un conjunto de datos, generalmente por medio de máquinas, para explotar la información que estos datos representan.

“**datos**”: 1. m. *Inform.* Programa o conjunto de programas que efectúan la gestión de los procesos básicos de un **sistema** informático, y permite la normal ejecución del resto de las operaciones.

“**sistema automatizado de información**”: m. *Inform.* Programa o conjunto de programas que efectúan la gestión de los procesos básicos de un **sistema** informático, y permite la normal ejecución del resto de las operaciones.

“**Programación**”: f. Acción y efecto de programar.

“**Artificio**”: m. Arte, primor, ingenio o habilidad con que está hecho algo.

“**Tecnológico**” Relativo o perteneciente a la tecnología (conocimientos técnicos).

“**Telemática**”. . Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada.

Elementos Normativos: Persona Física o jurídica.

Tipo Subjetivo: requiere una conducta dolosa activa.

Bien Jurídico Tutelado: El bien jurídico tutelado en esta figura penal es el **patrimonio ajeno**.

Es un delito de peligro concreto, en la medida que el sujeto activo “...*procure la obtención de una ventaja patrimonial para sí o para un ter-*

zero” mientras que es de **RESULTADO** si **efectivamente** alcanza esa finalidad. Sin embargo, es nuestro criterio que el solo hecho de procurar ese beneficio patrimonial (“procurar”= “hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”), el verbo típico se perfecciona y la conducta se **consume** cuando se despliegan los actos de ejecución idóneos para lograr aquélla ventaja, aunque no logre finalmente obtener ese beneficio patrimonial.

TIPO GARANTÍA

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: consideramos que el tipo penal evaluado contiene cláusulas abiertas que impiden individualizar las conductas prohibitivas. Los verbos típicos (influir, manipular) son términos abiertos que exigen de su necesaria interpretación y máxime si recaen sobre sistemas informáticos, en cuyo caso esa labor interpretativa debe ajustarse a lo que *técnicamente* debe entenderse por dichos verbos. Asimismo, el tipo está plagado de elementos de *interpretación técnica* (procesamiento, datos, sistema de automatizado de información, programación, operación informática o artificio tecnológico), lo que exige de los operadores jurídicos el definir desde donde inicia y hasta donde llega el ámbito de prohibición. Finalmente, el legislador introduce un “verbo típico” absolutamente abierto en la frase “*cualquier otra acción que incida en el proceso de datos de un sistema o que de cómo resultado información falsa, incompleta o fraudulenta*”.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD: El contenido del elemento subjetivo distinto del dolo, logramos inferir la inexistencia de parámetros objetivos de medición sobre el menoscabo al bien jurídico (patrimonio ajeno), pues se limita a afirmar solamente la producción de un beneficio patrimonial o indebido. Esto significa que, si desde el ámbito de criminalización primaria no se definieron sus alcances, corresponderá necesaria y obligatoriamente al juez hacerlo, en cuyo caso debe recordarse que la vulneración al bien jurídico debe ser significativa (Principio de Ofensividad).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD: Consideramos que este tipo penal si es adecuado y pertinente ya que cumple con la expectativa del legislador de tratar de penalizar a las personas que utilizan medios informáticos para obtener beneficios patrimoniales en daño de los ofendidos. También es necesaria la intervención del Derecho Penal, ya que otras disciplinas no han logrado con éxito sancionar estas conductas o detenerlas pero resulta evidente la desproporción en las penas, sobre todo en el *quantum* del extremo menor del tipo agravado, ya que contiene un mínimo de cinco años, al tiempo que el monto defraudado en este caso no se gradúa como sí lo hace el legislador en el delito de Estafa del numeral 216 sustantivo, con lo que podemos decir que indistintamente del monto económico defraudado por medios informáticos, la pena de no será menor que cinco años con el agravante de que ello impide la aplicación del beneficio procesal de ejecución condicional de la pena.

POLÍTICA CRIMINAL

En la tarea de criminalización primaria, el legislador acudió a la redacción de tipos abiertos, que obligan al operador jurisdiccional a integrar los de acuerdo al caso concreto habida cuenta de su amplitud e incorporación de un buen número de elementos de interpretación. Llama la atención la agravación del tipo simple tratándose de si la acción lesiva recae sobre bancos (públicos o privados), entidades públicas y financieras, en la medida de que lo que podrían estar en juego son bienes de muchas personas y por ello los legisladores se han inclinado por esa agravación de la figura típica.

SABOTAJE INFORMÁTICO Art. 229 ter del Código Penal

“Se impondrá pena de prisión de tres a seis años al que, en provecho propio o de un tercero, destruya, altere, entorpezca o inutilice la información contenida en una base de datos, o bien,

impida, altere, obstaculice o modifique sin autorización el funcionamiento de un sistema de tratamiento de información, sus partes o componentes físicos o lógicos, o un sistema informático.

La pena será de cuatro a ocho años de prisión cuando:

- a) Como consecuencia de la conducta del autor sobrevenga peligro colectivo o daño social.
- b) La conducta se realice por parte de un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.
- c) El sistema informático sea de carácter público o la información esté contenida en bases de datos públicas.
- d) Sin estar facultado, emplee medios tecnológicos que impidan a personas autorizadas el acceso lícito de los sistemas o redes de telecomunicaciones.”

Verbos típicos: I párrafo: “destruya, altere, entorpezca o inutilice” (la información contenida en una base de datos); **II párrafo** “ impida, altere, obstaculice o modifique” (el funcionamiento de un sistema de tratamiento de información, sus partes o componentes físicos o lógicos, o un sistema informático.) **“Destruir”:** Reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño; deshacer, inutilizar algo no material. **“Alterar”:** Cambiar la esencia o forma de algo. **“Entorpecer”:** retardar, dificultar. **“Inutilizar”:** hacer inútil, vano o nulo algo; **Impedir:** estorbar, imposibilitar la ejecución de algo; **“Obstaculizar”:** Impedir o dificultar la consecución de un propósito; **“Modificar”:** Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes.

Elementos accesorios al verbo: “sin autorización”, elemento accesorio de circunstancia.



Sujeto Activo: Indeterminado, pero entendiendo que el sujeto que realiza la acción típica tiene conocimientos especiales que no fueron introducidas por el legislador como especial condición del sujeto activo.

Cualidad especial: La conducta se realice por parte de un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos. (Tipo agravado).

Objeto Material: “Información contenida en una base de datos” y el funcionamiento de un sistema de tratamiento de información, sus partes o componentes físicos o lógicos, o un sistema informático”.

Elementos subjetivos distintos del dolo: El tipo exige que la actividad del sujeto activo en relación con el verbo y objeto, busque un provecho propio o de un tercero.

Elementos de interpretación:

a) **Técnicos: “datos” o “base de datos”:** 1. m. *Inform.* Programa o conjunto de programas que efectúan la gestión de los procesos básicos de un **sistema** informático, y permite la normal ejecución del resto de las operaciones.

“sistema de cómputo” o “programa de cómputo” y “redes de telecomunicaciones”: m. *Inform.* Programa o conjunto de programas que efectúan la gestión de los procesos básicos de un **sistema** informático, y permite la normal ejecución del resto de las operaciones.

“Datos públicos: Que el ciudadano común tiene acceso a ellos.

b) **CULTURALES: Peligro Colectivo; Daño social; Carácter público; Provecho propio.**

Tipo subjetivo: requiere una conducta dolosa activa.

Bien jurídico tutelado: La Información.

Es un delito de resultado toda vez que los **verbos típicos** *destruir, alterar, entorpecer o inutilizar*” (la información contenida en una base de datos) o en su parte segunda: *“impedir, alterar, obstaculizar o modificar”* (el funcionamiento de un sistema de tratamiento de información, sus partes o componentes físicos o lógicos, o un sistema informático), exigen la obtención **efectiva de un resultado que tiene como objeto el provecho propio o de un tercero**, todo lo cual podemos inferir que, de no alcanzarse esta finalidad, no se completaría ese elemento objetivo del tipo. Por su parte, los daños que resulten de la acción que no consuma una finalidad “provechosa”, no encuadran objetivamente en este artículo sino en el delito propio de “Daños” también incluido dentro del proyecto de Ley 9048.

Tipo Agravado: Se deben dar todos los presupuestos del tipo básico, pero que además que se produzca un peligro colectivo o un daño social, conceptos evidentemente abiertos que se deben definir de acuerdo al caso concreto y en muchos casos la definición debe provenir del propio juzgador.

TIPO GARANTÍA

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: Consideramos que se violenta este subprincipio de legalidad, porque este nuevo tipo penal contiene la misma técnica de redacción dirigida a la apertura de la mayor cantidad de formas verbales que lesionen el bien jurídico, es decir, que puedan afectar la información contenida en un sistema de cómputo. Además, se evidencian términos que requieren de esfuerzo interpretativo del operador jurídico y a modo de ejemplo se puede observar cuando en su forma agravada se introduce el “peligro colectivo” o “daño social”, lo que resulta en buena medida jurídicamente peligroso, habida cuenta de los fac-

tores morales, religiosos o culturales que podrían influir en el intérprete jurídico.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD: La conducta delictiva en este particular delito informático (criterio del *fin u objetivo*) está dirigida a dañar o inutilizar las computadoras, accesorios o programas como entidad física y de su *información* siempre y cuando sea en *provecho propio o de un tercero*, pues como dijimos, el *daño* propiamente dicho sobre los centros neurálgicos de un computador o sobre el *hardware* mismo, es tutela de otro tipo penal distinto (Daño Informático) introducido también en la nueva Ley de Delitos Informáticos. Atendiendo a este término (“provecho propio”), su inexcusable amplitud que podría abarcar desde un provecho patrimonial hasta económico e incluso moral o cualquier ventaja en cualquier campo, es evidente que queda muy extenso y nuevamente es el juzgador quien deberá integrar el contenido de la norma con la interpretación de un concepto plagado de imprecisiones.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD:

Consideramos que la intervención del derecho penal para la protección de la información no es estrictamente necesaria, pues hay otras disciplinas en el derecho administrativo e incluso civil, con los cuales se puede proteger la información, no siendo tan gravosos como una sanción penal como la expresión de mayor violencia estatal. Además, se violenta el principio de prohibición en exceso, pues no existe un equilibrio entre la vulneración del derecho fundamental de la libertad por parte del Estado y la urgencia y el peso de la conducta que se tipificó, ya que al poner la balanza entre la información y un provecho propio, que por supuesto no es patrimonial, resulta demasiado invasivo de derechos fundamentales de la persona. Por supuesto consideramos que la pena de prisión es incluso en sus máximos de seis y ocho años y en sus mínimos de tres y cuatro años, desproporcional de acuerdo a la conducta desplegada.

POLÍTICA CRIMINAL

El legislador acude a una técnica idéntica respecto del primer tipo evaluado, es decir la redacción de tipos abiertos, que obligan al operador jurisdiccional a integrarlos de acuerdo al caso concreto habida cuenta de su amplitud e incorporación de un buen número de elementos de interpretación. Llama la atención la agravación del tipo simple tratándose de si la acción lesiva recae sobre bancos (públicos o privados), entidades públicas y financieras, y su consecuente aumento de pena en relación con el sujeto activo, entendiéndose que no es lo mismo que cualquier sujeto sea el autor de un delito informático cualquiera, a que *sea* un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos, ya que por la confianza o bien por su puesto, puede más fácilmente manipular estos sistemas informáticos.

V. CONCLUSIÓN.

A modo de corolario, podemos afirmar que si bien esta Ley resulta pretenciosa de cara a la desincentivación y punición de la emergente y creciente *ciberdelincuencia*, colisiona al mismo tiempo con una inapropiada técnica legislativa que acude a la introducción de la mayor cantidad de verbos típicos que por su amplitud e imprecisión, terminan lesionando principios constitucionales como los apuntados en este artículo. De igual forma, creemos que la política criminal inserta con la reforma a los numerales 217 bis y 229 ter del Código Penal responde a una forma de ampliar el radio de acción del poder punitivo del Estado en aquellos comportamientos delictivos propios de la *era de la información*. Los legisladores abogan por la tutela de bienes jurídicos tradicionales y no tradicionales cuando exista de por medio un sistema informático; sin embargo el proyecto deja en evidencia algunos rasgos expansionistas y de derecho penal simbólico con la introducción de términos a ultranza técnicos y abiertos o penas irreflexiva-



mente altas y desproporcionadas sin graduación alguna de los montos defraudados como sí sucede con el delito de Estafa de nuestro Código Penal vigente.

BIBLIOGRAFÍA

CHINCHILLA SANDÍ (Carlos). Delitos Informáticos, San José, Editorial NORMA, 1 era edición, 2004, 152 p.

ACURIO DEL PINO (Augusto). Delitos Informáticos: Generalidades, www.oas.org.

RAMÍREZ BEJERANO (Egil Emilio) y AGUILERA RODRÍGUEZ (Ana Rosa). Los delitos informáticos: Tratamiento Internacional, San José, tomado de www.hacienda.go.cr, 2008.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 10° Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, febrero de 2000, tomado de www.uncjin.org.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 12° Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, Enero 2010, tomado de www.unodc.org.

ZUÑIGA MORALES, Ulises, Código Penal, reenumerado, concordado. Editorial, Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2012
la Ley de Delitos Informáticos N° 9048.



CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA REINCIDENCIA

Lic. Miguel Zamora Acevedo.¹ Palabras clave

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo ofrecer una visión metodológica de la reincidencia, ya que el nivel de confusión respecto del término, tanto jurídica como metodológicamente, es equivalente a su uso intensivo por parte de los actores del sistema político.

El concepto de reincidencia dentro del derecho penal está en el centro de la discusión de los enfoques sobre el derecho penal de autor y el derecho penal del acto.

En el caso de Costa Rica, se usa como una forma agravante de la pena, con lo cual va en contra de los principios de Culpabilidad y Derecho Penal de acto.

Abstract

The article in question aims to offer a methodological view of reoffending, as the level of confusion on the concept, legally and methodologically, is equivalent to its intensive use by actors in the political system.

The concept of recidivism, within the criminal law field, is part of the central debate between the approach of the criminal author law and the criminal act law.

In the case of Costa Rica, is used as an aggravating form of punishment, which goes against the principles of Culpability and Criminal Law Act.

Reincidencia, delito, pena, criminología, derecho penal de autor, derecho penal del acto.

Key words

Recidivism, relapsing, crime, punishment, Criminology, Personality, criminal author law, criminal act law.

“A pesar de que los principios que inspiraban la Ilustración se fundamentaban en la razón y en el respeto a la humanidad, y se iniciaba la instauración de un nuevo sistema de garantías jurídicas, la intimidación continúa siendo objetivo prioritario de la sanción penal”²

I- Introducción.

Conceptualización del problema.

El fenómeno delictivo y la inseguridad ciudadana se ha vuelto un verdadero bum noticioso después de que muchos antes la iniciativa se centrada en el control espacio urbano de la actividad delictiva, lo que se llama la teoría situacional del delito.

Este crecimiento noticioso va de la mano con el progresivo aumento de las formas y medios de acceso a la información, que ponen al instante cualquier incidencia de carácter penal en fracción de segundos, incluso en el mismo celular de cada sujeto y de forma gratuita.

Dentro de este proceso comunicativo, la reincidencia es una de las nociones más utilizadas por

¹ Licenciado en Derecho, Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centroamérica, Defensor Público en materia penal de adultos.

² Rubio Lara, Jesús (2006). *El tratamiento de la reincidencia en el Derecho Penal Español. (siglo XIX y XX)*. Navarra, En Revista de Derecho y Proceso Penal. Número 16. Editorial Thompson-Aranzadi. 2006. pág. 104.

el sistema social para referirse a la problemática de la seguridad ciudadana, aunque se sepa poco sobre sus reales dimensiones y su incidencia e incluso su definición.

En una primera acepción, se puede decir que la reincidencia remite a una repetición de una acción delictiva de un sujeto, no obstante, solo será reincidencia en el momento en que el sistema penal tenga plena certeza de que dicha acción penalizada por la norma penal se ha realizado dos veces, y como segunda acepción, respecto al procedimiento judicial para la imposición de esa segunda sanción.

De esta manera, para configurar la reincidencia debe haber dos momentos (acciones) comprobadas y separadas entre sí por un tiempo determinado y habiendo recibido las persuasiones por el Estado para no volver a cometer ilícitos, primordialmente en la primera de esas acciones.

Con ello, se puede distinguir reincidencia de reiteración³: La reiteración es la suma de acciones delictivas, las que pueden o no estar separadas por espacio temporales, pero en el cual no existe una sanción estatal que limite algún derecho en aras de frenar dichas acciones delictivas⁴.

También se debe distinguir entre reincidencia y re encarcelamiento, ya que este último puede ser entendido como la circunstancia en la cual un sujeto ha sido ingresado dos o más veces al sistema penal sin hacer distinción a la situación procesal, por ejemplo puede estar bajo prisión preventiva. Por lo que solo dos o más condenas ejecutoriadas se pueden suponer como reincidencia.

De ahí que, la importancia de la definición del instituto sirva para delimitar su aplicación y por ende su incidencia en una verdadera política criminal y evitar caer en tendencias populistas⁵ que únicamente arengan sobre los fines emotivos de las palabras, sin ahondar en la proyección de su contenido.

Por lo anterior, es que se puede decir, existen algunas limitantes al objeto de estudio de la reincidencia. La primera se refiere a un nivel polisémico⁶, el cual es tan amplio que se podría nombrar una serie de conceptos asociados a éste que van desde la reiteración hasta el re encarcelamiento; sin que hasta el momento se haya fijado alguno de ellos como indicador claro en el sistema de justicia penal para su incidencia empírica.

La segunda limitación está en las inexistentes variables de los elementos sociales que confluyen en el fenómeno delictivo y en la reincidencia, considerando más bien la reincidencia como un factor individual. Incluso, no sería necesario identificar la correlación existente entre la estancia en prisión del autor del delito con su conducta posterior para (ello solo sería para la reincidencia verdadera o propia, tal o como sucede en normativa argentina⁷); esto en aras de realizar los análisis de la reincidencia ya que para el instituto no distingue si se ejecutó la pena o se dio ejecución condicional de la pena.

3 La reiteración delictiva tampoco es ajena al sistema penal, ya que en nuestro medio se toma como un peligro procesal para poder sustentar una imposición de medida cautelar, e incluso prisión preventiva.

4 Artículo 239 inciso b in fine. La continuación de la actividad delictiva no es reincidencia, tampoco conlleva una sanción per se, sino que es un supuesto de hecho para la imposición de una medida cautelar.

5 Garland, David (2005). *La cultura del Control*. Barcelona, Gedisa Editorial. Traducción de Máximo Sozzo. Pág. 49.

6 Para un análisis de la indeterminación del lenguaje en el Derecho, ver: Haba Muller, Pedro (2003). *El Espejismo de la Interpretación Literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*. Tomo I. San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. Pág. 195.

7 Breglia Arias, Omar (2010). *Código Penal Comentado*. Buenos Aires, Segunda edición. Editorial Astrea. Pág. 115.



II.- La Reincidencia.

a. Definición.

Tal y como se sostiene en la introducción, la reincidencia es polisémica, incluso analizada en el contexto, por ello algunas definiciones pueden servir de orientación.

Además, de sostener desde ya una posición jurídica del concepto.⁸

El diccionario de la real Academia española de la Lengua (DRAE), indica que reincidencia es, Reiteración, en la segunda acepción del DRAE, es la circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa del que se juzga.⁹

La revisión etimológica¹⁰ del término se explica en la utilización de dos palabras: re- prefijo en latín que significa repetición, movimiento hacia atrás, e intensificación; y el verbo incidir- del latín incidere que se utiliza para significar el caer o incurrir en una falta o error extremo, hacer hincapié en algo y acompañado con adjetivos permite reforzar el valor o intensificación. Según esto, la significación de la incidencia.

Para Guillermo Cabanellas, reincidente es “Quien repite un mal o delito: El delincuente o infractor que, luego de condenado, incurre en el mismo delito o en otro muy similar”¹¹.

Por su parte el código penal costarricense establece que:

“Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición”¹². Por lo que se denota en nuestro ordenamiento jurídico una clara inclinación al instituto de índole jurídica y de distinta índole o tipo de reincidencia, no solo la contenida en el artículo 39 del código penal ya mencionado sino en muchos otros de la parte especial¹³.

En este orden de ideas, algunos doctrinarios han definido la reincidencia como “comisión de una infracción penal por parte de quien con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción”...¹⁴ mientras que otros optan por no definir reincidencia sino estudiar su objeto, -como Zaffaroni- señalando que la reincidencia se ocupa de los problemas de aquellas disposiciones legales que hacen derivar consecuencias más graves del hecho (que habilitan mayor poder punitivo), en razón de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito¹⁵

⦿ Otros establecen que la reincidencia es insistir en el delito o volver a delinquir bajo ciertos requisitos establecidos en un cuerpo legal (...) agregando en definitiva, el problema de la reincidencia es mucho más profundo que la mera repetición de delitos. En realidad, se trata de un problema social de abusos de injusticias sobre los más débiles que

8 Genéricamente, reincidencia es la recaída en el delito, pero este concepto natural no es congruente con el concepto jurídico, pues solamente se puede hablar de reincidencia cuando la recaída tiene ciertas características que se refieren a la naturaleza del delito y a su punibilidad. Ver: Soler, Sebastián (1989). *Derecho Penal Argentino, tomo II*. Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina. pág. 507.

9 www.lema.rae.es/reincidencia. Consulta, 9 de setiembre de 2012.

10 www.rae.es/drae Consulta, 9 de setiembre de 2012.

11 Cabanellas, Guillermo (2001). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires, Heliasta editorial, Pág. 201.

12 Código Penal de Costa Rica, artículo 39.

13 Para citar algunos ejemplos, artículo del código penal 117,128, 254 bis,373 y 380.

14 Mir Puig, Santiago (1974 b). *La Reincidencia en el Código Penal*. Barcelona, Editorial Bosch, pág. 7.

15 Zaffaroni, Raúl Eugenio (2000). *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar Editorial, pág.1009.

difícilmente pueden ser erradicados por y desde el derecho pena.¹⁶ Con lo cual se orienta hacia la definición genérica de la reincidencia.

Como se puede apreciar, se utilizan nociones similares, más estos conceptos se distinguen entre sí por aspectos específicos. Por ello, la doctrina y los cuerpos legales definen reiteración -como género-abarcativo de varios institutos diferentes entre sí, caracterizados por la pluralidad de condenas. Autores como Bergalli¹⁷ y Mir Puig la caracterizan por requerir que la condena haya sido ejecutada (reincidencia verdadera o propia). Mientras que Donna¹⁸, por citar uno contrario, consideran que hay reiteración cuando se cometen varios delitos sin que medie sentencia condenatoria firme (Reincidencia impropia). Por lo que en criterio de los primeros, para que haya reincidencia únicamente se requiere condena precedente como elemento constitutivo; es indiferente que la condenatoria esté seguida o no del cumplimiento efectivo de la misma.

Por otra parte, se distingue respecto de la habitualidad, en donde coinciden los autores en que ésta exige que la repetición de delitos incorpore una costumbre al modo de actuar del sujeto y en ello se diferencia de la simple reincidencia.

b. Fundamentos de la reincidencia.

La reincidencia hace referencia a delitos, por lo que se debe excluir las contravenciones¹⁹ e in-

cluso excluye delitos de condenatorias en materia penal juvenil. Así mismo hace referencia a la pena de prisión por sentencias condenatorias y no a medidas cautelares como la prisión preventiva.

Para su determinación se tiene con el apoyo básico del Registro Judicial de Delincuentes, que tiene como "función esencial la de comprobar los antecedentes penales de los habitantes de la República²⁰,..." además en el mismo registro "... se coleccionarán los resúmenes de las sentencias condenatorias pronunciadas en los juicios tramitados en la provincia respectiva por delitos dolosos o culposos, así como por las faltas o contravenciones, que tengan establecida la pena de prisión para la reincidencia..."²¹

c. Tipos de reincidencia.

Ante un objeto de difícil definición, es claro que admita muchas clasificaciones, en este caso, la doctrina parte de cuatro elementos para poder distinguirla.

La cual tiene su importancia para poder distinguir a cuál de ellas se hace referencia la normativa costarricense y por ende precisar mejor su aplicación.

En este sentido la jurisprudencia de la Sala Tercera, máximo tribunal en materia penal -en tratándose de jerarquía organizativa- ha sosteni-

16 Marín de Espinoza Ceballos, Elena (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Granada, Editorial Comares, pág. 1

17 Bergalli, Roberto (1980). *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona, Editorial Serte S.A., pág. 62.

18 Donna, Edgardo, otro (1984). *Reincidencia y Culpabilidad*. Buenos Aires, Editorial Astrea, pág. 33 y ss.

19 Aunque en Costa Rica existe una excepción en materia de contravenciones ya que existe la posibilidad de aplicar la reincidencia en la contravención de lesiones levisimas para cambiar la pena al reincidente por prisión, pero de la misma contravención, sea una reincidencia específica. Artículo 380. Se impondrá de diez a treinta días multa a

quien causare a otro un daño en la salud que no le determine incapacidad para desempeñar sus ocupaciones habituales.

La pena será de quince a sesenta días multa si el daño causado equivale a una incapacidad por cinco días o menos para el desempeño de las ocupaciones habituales de la víctima.

En caso de reincidencia en cualquiera de estas conductas, la pena será de diez a treinta días de prisión.

20 Artículo 3, Ley 6723 del 10 de marzo de 1982 y su reforma mediante ley 9055. Ley de Registro y Archivos Judiciales.

21 Artículo 5, Ley 6723 del 10 de marzo de 1982 y su reforma mediante ley 9055. Ley de Registro y Archivos Judiciales.



do uniformemente la viabilidad de la reincidencia como parámetro en la individualización de la pena, lo mismo que la sala Constitucional. Indica la Sala Tercera:

“... De igual forma, en cuanto al tema de la reincidencia y su valoración por el A quo, esta Sala Tercera mediante reiterada jurisprudencia ha indicado que la reincidencia del imputado no constituye una fundamentación ilegítima de la sanción per se, pues dicho aspecto puede ser tomado en consideración al momento de determinar el quantum de la sanción, siempre y cuando no se consideren los antecedentes penales como base de la culpabilidad del acusado en el hecho concreto -lo que evidentemente no es adecuado- sino cuando se tome esa circunstancia personal del sujeto activo para reprocharle jurídicamente su conducta actual, lo que si resulta viable...” Voto 26-12. Curiosa no es del original.

Como se puede apreciar, para la jurisprudencia penal, la noción de reincidencia es simplemente la reiteración de un delito, sin entrar en consideraciones el tipo de delitos.

1. Según el delito.

Genérica²²: Se refiere aquella que se produce cuando los delitos cometidos en cuya reiteración se supone, pueden ser de distinta naturaleza o especie. Esto es, que lo que se tutela la llamada reincidencia genérica es cualquier bien jurídico lesionado y su forma comisiva.²³ Verbigracia, la concurrencia entre delitos dolosos y culposos, o entre delitos contra la integridad física de las personas y contra el patrimonio, cuyos bienes jurídicos les da características distintas, como se preceptúa el código penal costarricense.

Específica: En sentido contrario a la genérica, será reincidente -en sentido específico- cuando debe tratarse de delitos de la misma especie, requiriendo identidad o similitud entre delitos.

En esta distinción, se discute cual es la apreciación de quede darse a tendiendo a criterios de reprochabilidad y/o peligrosidad; para unos es más reprochable quien comete delitos de diversa índole que aquellos que los comenten de la misma especie²⁴.

En lo que respecta a la legislación costarricense, no se extrae de nuestra normativa expresamente cual tesis sigue respecto a esta clasificación, aunque se aplica la tesis genérica²⁵ pero en algunos delitos de la parte especial señalan una aplicación de reincidencia específica a efectos de agravar su condición en cuanto a penas accesorias, como el caso de los delitos de homicidio culposo²⁶ y lesiones culposas²⁷ y en otros casos para aumentar

24 Ver, Puig Peña, Federico (Sf) Derecho Penal, parte general, tomo II. Madrid, Editorial revista de derecho privado, pág. 162 y ss.

25 Cf. Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Voto 1438-1992, Sala Tercera, voto 26-2012.

26 Código Penal. Artículo 117.- ...Se impondrá pena de prisión de tres (3) a quince (15) años e inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, por un período de cuatro (4) a veinte (20) años, a quien, por culpa y por medio de un vehículo, haya dado muerte a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N° 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre.

Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de diez (10) años y el máximo podrá ser hasta de treinta (30) años....

27 Código Penal. Artículo 128. ...En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis (6) meses a dos (2) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un

22 Algunos consideran en esta clasificación como propia e impropia respectivamente para lo genérico y específico.

23 Mir Puig, Santiago (1974 a). *La reincidencia en el código penal español. Análisis de los artículos 10, 14, 15, 61 y 516.* 3. Barcelona, Casa editorial Bosch, pág. 13 y ss.

la penalidad de prisión en forma directa del tipo penal, como lo es el delito de conducción temeraria²⁸.

2. Según El cumplimiento de la pena²⁹.

En esta clasificación se divide de dos formas: Propia e Impropia.

Propia. Esta se presenta cuando se exige que el sujeto haya cumplido efectivamente la pena anterior. Se deduce de ello que haya cumplido al menos una parte de la condena privado de su libertad. También se le ha llamado verdadera³⁰ por parte de la doctrina.

Impropia: Esta es la que mayormente acoge los sistemas jurídicos. Bajo esta clase de reincidencia, ésta se presenta cuando el sujeto tenga

período de uno (1) a dos (2) años.

Se impondrá pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, a quien por culpa y por medio de un vehículo, haya causado lesiones a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.º 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre.

En los casos previstos en este párrafo, al autor del delito se le impondrá una pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos por un período de dos (2) a diez (10) años. Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de cinco (5) años y el máximo podrá ser hasta de quince (15) años....

28 Código Penal. Artículo 254 bis. ... Se impondrá prisión de uno (1) a tres (3) años, a quien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75), gramos de alcohol por cada litro de sangre.

Al conductor reincidente se le impondrá una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años....

29 En este sentido ver: Arenas Vicente Antonio (1981). *Comentarios al código penal. Tomo I Parte General*. Bogotá, Editorial Temis, pág. 249. El cual asocia la clasificación por el delito y por su cumplimiento.

30 Reyes Echendía, Alfonso (1989). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá, Editorial Temis, pág. 276.

una sentencia en firme, es decir basta la mera imposición de la pena sin ser necesario el cumplimiento de la pena anterior. Algunos autores le llaman a este tipo ficta³¹.

Sobre esta clasificación la normativa costarricense no hace referencia a la misma, no obstante la aplicación que se le viene dando es de carácter impropio, ello puede verse incluso en los casos de reincidencia específica señalados en la clasificación anterior.

En el derecho comparado esta distinción desaparece del código penal español de 1955, subsistiendo únicamente la reincidencia específica, de modo que la reincidencia genérica ha dejado de configurarse como circunstancia agravante.³²

Siguiendo con la doctrina española, algunos siguen la tesis de exigir identidad de bienes jurídicos lesionados, o puestos en peligro, por tanto se debe interpretar "la identidad o similitud de tipo"³³ como identidad del bien jurídico violado. Sin embargo, y en grupo de minoría, representado entre otros por Cerezo Mir, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, ha interpretado "la identidad de naturaleza no solo referida a identidad de bien jurídico sino también al desvalor de la acción"³⁴. El ejemplo indicado sería, el caso en que un sujeto cometa un delito doloso y otro culposo.

3. Según el Tiempo.

Esta clasificación distingue entre Permanente y temporal³⁵.

31 Reyes Echendía, Op. Cit. 276.

32 Monge Fernández. Antonia (2009). *Las circunstancias agravantes de reincidencia desde los fundamentos filosóficos y fines de la pena*. Barcelona, Editorial Bosch, pág. 82.

33 Monge Fernández, Op. Cit. Pág. 83.

34 Monge Fernández, Op. Cit. Pág. 86.

35 Reyes Echendía, Op. Cit. 276.



Reincidencia Permanente: Bajo esta premisa, existe reincidencia cuando se establece cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre la comisión del nuevo delito respecto a la sentencia que condena al sujeto por el hecho precedente, o de la fecha en que se cumplió la pena del mencionado hecho.

Reincidencia temporal: Establece que existe la reincidencia en el tanto el sujeto cometa un nuevo hecho delictivo dentro de cierto período contado a partir del cumplimiento de la sentencia del hecho anterior, siendo en consecuencia que no haya reincidencia si el nuevo hecho delictivo se realiza después de vencido el término de ley acordado.

En el caso costarricense es claro que se sigue la tesis de la reincidencia temporal ya que existe una norma que expresamente señala que los antecedentes penales (que es la forma para determinar la sanción) solo se pueden establecer por un período de 10 años³⁶, contados a partir desde el cumplimiento de la condena³⁷.

4. Según la obligatoriedad o facultad del juzgador para reconocerla³⁸.

Reincidencia Obligatoria o Forzosa: Este tipo indica que el juez reconoce la reincidencia por el solo hecho de que una persona que cometió un delito con sentencia firme, cometa otro nuevamente. Por lo que, por mandato de ley, le juez declarará la reincidencia con base a datos objetivos: sea la condena anterior vigente en el registro respectivo y la realización del nuevo delito.

Reincidencia facultativa: Esta como su nombre lo indica, se presenta cuando el juez tiene la potestad de reconocerla o no, por lo que no de-

pende de una condena precedente y un nuevo hecho delictivo, sino que se desprende además de ello otros factores predicables del sujeto infractor y las características de su delito.

En Costa Rica se parte de la reincidencia obligatoria, aunque hasta antes del año 2007 se establecía una forma *sui generis* de reincidencia potestativa aplicable únicamente al delito de retención y apropiación indebida de las cuotas obrero patronales de la Caja Costarricense del Seguro Social, misma que fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Establecía dicha norma:

Las sentencias condenatorias dictadas en los juicios a que se refiere este capítulo no se inscribirán en el Registro Judicial de Delincuentes, salvo el caso de que la Caja, dada la gravedad de la falta, así lo solicite expresamente al tribunal respectivo. Las multas impuestas con ocasión de la aplicación de esta ley ingresarán a los fondos de la Caja Costarricense de Seguro Social debiendo ser giradas de inmediato a dicha Institución una vez practicado el depósito respectivo.

La acción penal y la pena en cuanto a las faltas contempladas en esta ley, prescribirán en el término de dos años contados a partir del momento en que la Institución tenga conocimientos de la falta.

El derecho a reclamar el monto de los daños y perjuicios irrogados a la Caja, sea que se ejercite la vía de ejecución de sentencia penal o directamente la vía civil, prescribirá en el término de diez años. (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 2765 de 4 de julio de 1961)³⁹. —El resaltado en negritas no es del original.

36 Sala Tercera, voto 117-12.

37 Artículo 11 de la Ley 6723 del 10 de marzo de 1982. Ley de Registro y Archivos Judiciales.

38 Arenas, Vicente Antonio (1981). Comentarios al código penal... Pág. 249.

39 Artículo 56 de la Ley 2765 del 4 de julio de 1961, ley constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social.

Dicha norma fue declarada inconstitucional mediante resolución 3905 del año 2007, emitida por la Sala Constitucional.⁴⁰

5. Según el Derecho aplicable: Interno o Externo.

Reincidencia de Derecho Interno: Este se presenta cuando el sustento de la condenatoria precedente se realiza mediante normas del derecho interno esto es, una condenatoria por algún tribunal penal de la república.

Reincidencia de Derecho Externo: En contra posición a la anterior, esta refiere a la condenatoria penal por un tribunal extranjero. Sentencia debidamente reconocida y admitida en Costa Rica bajo los presupuestos del derecho interno, como lo es que el delito admita el proceso de extradición.

40 En lo que interesa estableció la Sala: "...estima esta Sala que es contrario a la ideología constitucional (normas, principios y valores del Derecho de la Constitución) que exista una ley que permita un trato diferente a personas que jurídicamente se encuentran en igualdad de condiciones, como sucede con las y los condenados a pena privativa de libertad como consecuencia de la comisión de un delito. En el caso que se somete a conocimiento de este Tribunal Constitucional, con el agravante que la ley deja al arbitrio de la Caja Costarricense de Seguro Social la aplicación de esa excepción que consiste en la no inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes de las sentencias condenatorias dictadas en los juicios a los que se refiere su Ley Constitutiva, mientras que a todas las demás personas, igualmente condenadas por conductas tipificadas como delito, se les debe anotar el antecedente penal en el Registro Judicial de Delincuentes según establece la Ley N° 6723 del tres de marzo de mil novecientos ochenta y dos "Ley del Registro y Archivo Judiciales". Se crea, con esa posibilidad legal, un privilegio odioso a favor de algunas personas al eximir las, con fundamento en el arbitrio de un ente público ajeno al Poder Judicial y sin justificación objetiva alguna, de una de las consecuencias del fallo condenatorio que apareja la comisión de todos los demás delitos que contempla nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, en detrimento de los fines que cumple en nuestro Ordenamiento Jurídico el Registro Judicial de Delincuentes".

III.- Consecuencias de la Reincidencia.

Peligro Procesal.

La reincidencia constituye en materia procesal y tratándose de medidas cautelares un elemento que constituye un peligro procesal, pero condicionado a cierta forma o modo de realización de los delitos. En este sentido, la norma refiere que "se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas"

Por lo que no es la reincidencia por sí misma la que viene a constituir el peligro procesal⁴¹, sino que debe estar supeditado a que el delito sea bajo el modo indicado, tanto en el delito investigado en el proceso y en el delito ya condenado.

En este sentido sería muy limitado en estricto sentido su aplicación, sin embargo, también la normativa procesal en su regulación de medidas cautelares contiene otra norma sui generis la cual es la continuidad delictiva⁴², la cual la Sala Constitucional viene avalando su aplicación.⁴³

Incluso, en materia penal juvenil, en la cual ni siquiera existe un registro judicial de condena-

41 Código Procesal Penal. Artículo 239 Bis. Otras causales de prisión preventiva...C) Cuando se trató de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

42 Código Procesal Penal, artículo 239 b. Procedencia de la prisión preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias...b. Exista una presunción razonable, por apreciación de la circunstancias del caso particular, acerca de aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

43 "...en el caso presente concurren los presupuestos procesales que justifican el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, entre ellos el peligro de reiteración delictiva, al haberse demostrado policialmente en grado de probabilidad la existencia de más de una venta de droga, lo cual permite sostener que de encontrarse en libertad, el encartado continuará con su actividad delictiva..." Sala Constitucional, voto 5973-11.



torias, se pretende incluir la reincidencia⁴⁴ como causal de detención provisional, no obstante, siguiendo a Cardenal Montraveta “Si se rechaza que el derecho penal de menores se oriente al cumplimiento de una función retributiva”⁴⁵, ésta no puede servir para justificar la reincidencia en menores.

Como impedimento para Acceder a Medidas Alternas.

Aunque de la lecturas de los institutos de medidas alternas que tiene el código procesal penal, -conciliación y suspensión del proceso a prueba- no se indica que la reincidencia sea un impedimento para acceder a los mismos, por vía de interpretación⁴⁶, la Sala Constitucional ha indicado que no es posible al reincidente poder transar algunas de las medidas indicadas⁴⁷, salvo la reparación integral del daño.

Elemento que impide la conmutación de la pena.

Establece el código penal que en los casos donde se imponga pena de prisión donde no exceda de un año, el juez puede conmutarla por una pena de multa⁴⁸, según las condiciones económicas del sujeto. Sin embargo, requiere que el individuo sea primario. En este caso, opera una metamorfosis de la calidad de la sanción impuesta a criterio del juzgador.

Como obstáculo para restablecer los derechos.

La rehabilitación es habilitar de nuevo o restituir a alguien de algún derecho que previamente como sanción se le había desposeído. Como puede ser la conducción de vehículos⁴⁹, cancelación de licencias por ejemplo.

La normativa penal establece que procede la rehabilitación, una vez que ha transcurrido la mitad del término fijado en la pena de inhabilitación.

Sin embargo, cuando se trate de una persona reincidente, la rehabilitación solo procederá seis años después de que se extingue la pena impuesta, según dispone el código penal.

Impedimento para la ejecución condicional de la pena.

El Código Penal establece el instituto de condena de ejecución condicional, que en realidad es una suspensión de la ejecución de la pena de prisión, por cuanto lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, no la condena en sí misma, la cual sigue surgiendo los efectos legales de la misma, como por ejemplo su inscripción en el registro judicial de delincuentes o las consecuencias civiles.

Dicho instituto busca evitar que las personas tengan que descontar la pena de prisión⁵⁰. En ese sentido, el 60 del Código Penal señala que el Tribunal otorgará el beneficio cuando de la consideración de los diferentes elementos ahí señalados, y como requisitos para aplicar la suspensión de

49 Código Penal, artículo 117 y 128.

50 El proyecto de Ley 17489, pretende modificar dicho instituto para hacer improcedente la ejecución condicional de la pena en los siguientes casos:

- a) Dolosos contra la vida e integridad física de las personas.
- b) Relacionados con explotación sexual y corrupción de menores.
- c) Secuestro extorsivo.
- d) Contra la propiedad.
- e) Contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial.
- f) Delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado”

44 Proyecto de ley, 18474. Reforma al artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

45 Cardenal Montraveta. Sergi (2010) En: *Derecho Penal Del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid, Editorial La Ley, pág. 670.

46 Ver en este mismo sentido, Vega Quesada, Karol (2010). *La Reincidencia como Limitante a la Aplicación del Instituto de la Conciliación, en el Proceso Penal Costarricense*. San José, Tesis de Licenciatura de la Universidad de Costa Rica.

47 Sala Constitucional, voto 11729-03.

48 Sala Constitucional, voto 5520.12.

la ejecución de la sentencia se establecen que la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento y que se trate de un “delincuente primario”.

El problema es que nuestra normativa no define que debe entenderse por primario, ya que podría ser:

1. Quien comete el primer delito, (según artículo 39 del código penal)
2. Quien comete un delito doloso con pena superior a seis meses. (según la interpretación del artículo 63 y 65 del código penal)

Sin embargo, nuestra jurisprudencia, parte de la idea de que “debe entenderse como delincuente primario, aquél que comete un “delito” por primera vez, lo cual debe interpretarse como aquél sobre quien haya recaído sentencia firme declarando su culpabilidad por vez primera. Es indiferente si se trata de un delito doloso o culposo, sancionado con prisión, multa u otra sanción.”⁵¹

Impedimento para obtener la libertad condicional.

Este instituto está regulado en el Código Penal (art. 64 al 67), y se aplica con ciertas restricciones a la persona que estando cumpliendo pena de prisión, ya haya llegado a la mitad de la pena impuesta, surgiendo el derecho a reconocer su salida de la cárcel, sin importar los años de condena ni el delito cometido.

Para ello establece como requisitos, el artículo 65 del código penal:

“1) Que el solicitante no haya sido condenado anteriormente por delito común sancionado con pena mayor de seis meses;⁵² y

51 Con lo cual prácticamente solo dejaría por fuera a los delitos culposos.

Sala Constitucional, voto 9693-00.

52 Aunque este artículo es más claro que el de la ejecución condicional de la pena, tiene en igual sentido al

2) Que el Instituto de Criminología informe sobre la buena conducta, servicios prestados, ocupación y oficios adquiridos por el condenado que le permitan una vida regular de trabajo lícito; y acompañe un estudio de su personalidad, de su medio social, así como un dictamen favorable sobre la conveniencia de la medida.”

IV. Reincidencia y Principio de culpabilidad.

Los Puntos anteriormente analizados, conllevan necesariamente analizar cuáles es la aplicación práctica de la reincidencia en la imposición de la pena.

Para ello, se parte de una distinción que la doctrina mayoritaria indica, sea bajo dos condiciones, para agravar la pena o atenuarla o no utilizarla del todo a efectos de imposición o agravante.

a. Agravante de la pena.

Generalmente el agravamiento de la pena en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad, lo que viene a demostrar el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por el respeto a las normas penales, quien, pese a haber sufrido antes el proceso, recae nuevamente en el delito

Se puede decir en forma contundente que la jurisprudencia costarricense toma la reiteración delictiva como un factor agravante en la imposición de la pena, tanto de la Sala Tercera⁵³ como de la Sala Constitucional⁵⁴ aceptan dicho elemento en la imposición de la sanción.

señalar como parámetro de reincidente una pena de prisión dolosa superior a seis meses.

53 Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia. Votos, 405-93, 1309-99, 550-07, 845-10, 357-10, 0001-11, 264-11, 995-11, 26,-12, 116-12, 117-12, entre otros.

54 Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Votos 88-92, 1438-92, 3017-95, 2748-99, 10327-00, entre otros.



La construcción de dicho paradigma, se puede extraer de vieja data, en concreto de la resolución 88-92, que determinó la inconstitucionalidad de ciertas medidas de seguridad, pero sostuvo el tribunal constitucional que:

“La Sala señaló la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que **“el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar”**. En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción.” Destacado no es del original.

Estos criterios son los que a su vez también permiten la aplicación de pena de prisión al reincidente de ciertas contravenciones⁵⁵, mismo que también paso por el filtro de constitucionalidad de la Sala Constitucional.

Igualmente es aceptado, la reincidencia⁵⁶ como un parámetro para la imposición de medidas cau-

55 Lesiones levísimas. Artículo 380. Se impondrá de diez a treinta días multa a quien causare a otro un daño en la salud que no le determine incapacidad para desempeñar sus ocupaciones habituales.

La pena será de quince a sesenta días multa si el daño causado equivale a una incapacidad por cinco días o menos para el desempeño de las ocupaciones habituales de la víctima.

En caso de reincidencia en cualquiera de estas conductas, la pena será de diez a treinta días de prisión.

56 Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, voto 53-08.

telares incluida la prisión preventiva violentando la presunción de inocencia⁵⁷.

b. Atenuante de la pena.

Como atenuante no se encuentran criterios jurisprudenciales, no obstante si existen algunos votos del antiguo tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en los cuales se establece que la reincidencia no puede ser utilizada para aumentar la pena, ello analizando los Principios de Culpabilidad y ne bis in ídem.

En el voto 547-05, el tribunal de Casación analiza el siguiente argumento del tribunal de juicio:

“En relación al encartado G. B. C, el Tribunal considera que si bien es la primera sentencia por delitos de esta naturaleza, no es la primera vez que es pasado a los Tribunales, sino que carga una serie de hechos similares, que han sido acusados, pero no se ha llegado a la condena (...)

Como se puede apreciar, no es en realidad la reincidencia en sí, sino la reiteración delictiva-lo cual es más preocupante- lo que conllevó aplicar la pena, y ante ello el tribunal de Casación resolvió que “Un razonamiento como éste no es admisible, ya que supone un quebranto al principio de presunción de inocencia, establecido implícitamente en el artículo 39 de la Constitución Política, puesto que se utilizan hechos por los que no ha recaído una sentencia condenatoria,... Se agrega a ello que no solamente se violenta el principio indicado, sino también el de culpabilidad, previsto en el mismo artículo constitucional arriba citado, puesto que la consideración peligrosista de la que se parte es propia de un derecho penal de autor y no de un derecho penal de acto, no pudiendo utilizarse la conducta anterior o posterior al hecho delictivo para agravar la pena a imponer, puesto

57 Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Proceso Penal Comentado*. San José, 4 ed. Editorial Jurídica Continental, pág. 378.

que la culpabilidad es en relación con la conducta concreta realizada, que es la que es penada.⁵⁸

Los anteriores argumentos, se reiteran por el mismo Tribunal de Casación Penal en los votos 603-04 y en el 818 de la Sala Tercera pero en el voto Salvado⁵⁹. Esto es por cuanto los magistrados ponentes hicieron mayoría en la integración del antiguo Tribunal de Casación Penal –en el cual integraban tres jueces- pero en la Sala Tercera fueron minorías, al integrar cinco magistrados.

V. Conclusiones.

Como bien señala Rubio Lara en el epígrafe, de la mano con la sanción viene la intimidación en el derecho penal.

La reincidencia como agravamiento de la condena produce una violación a los principios de *ne bis in idem* –artículo. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁰ y artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹, y de Culpabilidad –39 Constitución Política de Costa Rica-, lo cual demuestra una tesis contraria a un garantismo penal y tiende peligrosamente hacia una visión populista punitiva de la persona en conflicto con la ley penal.

Si se parte del principio de culpabilidad⁶², éste

se constituye como la medida de la pena, y si la misma se ha definido como el reproche que se le debe efectuar a quien realiza el injusto penal, en consecuencia es claro que en un objeto de connotación orientado exclusivamente al delito que se cometió, cualquier estimación relacionada con la personalidad del infractor tiene que ajustarse de manera directa a las circunstancias que rodearon la conducta punible⁶³, y no a consideraciones peligrosista que son más cercanas al derecho penal de autor, propio de la filosofía lombrosiana que buscan como sustentar una mayor afectación al bien jurídico por el hecho de que el autor ostenta una “personalidad propensa al delito”⁶⁴ o dicho de otra forma, porque se trata de un delincuente.

Por ello, las razones de su utilidad son infundadas, más allá de tener una justificación para el aumento de la pena.

Desde este punto de vista, las tesis de Manzini de mayor alarma social causada y ofensa al interés general de la conservación del orden jurídico, en el cual y para ello se concibe el delito como una doble lesión, tanto del precepto penal particular, como del interés general del mantenimiento del orden jurídico no resultan aceptados a un derecho basado en el principio de culpabilidad.

58 Antigua Tribunal de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, voto 547-05. Mediante ley 8837 del 3 de mayo de 2010, publicada en la Gaceta N° 111, alcance 10-A del 9 de junio de 2010, reforma que entró a regir el 9 de diciembre de 2011, crea los Tribunales de Apelación de Sentencia penal y desaparecen los tribunales de Casación Penal.

59 Los Magistrados ponentes son Javier Llobet Rodríguez y Rosario Fernández Vindas.

60 Artículo 8. Garantías Judiciales

...4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

61 Artículo 14...7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento penal de cada país.

62 “La importancia de la culpabilidad está no sólo en que es un elemento más de la teoría del delito, sino que funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional

al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada.” Dicho estadio de la teoría del delito, analizado desde la teoría normativa, requiere que el operador del derecho valore las circunstancias que rodearon al imputado al momento del hecho, para establecer el grado de exigibilidad que tenía, de actuar conforme lo dicta el ordenamiento y así cuanto más exigible más reprochable, consecuentemente, mayor pena....” Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, Voto. 68-11.

63 De acuerdo a ello la culpabilidad se define “como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto...” Córdoba Rodá, Juan (1977). *Culpabilidad y pena*. Barcelona, Editorial Bosch, pág. 16.

64 Rivera Beiras, Iñaki (2011). *Política Criminal y sistema penal*. Barcelona, Editorial Anthropos, 2 ed., pág.54 y ss



Las tesis de Antolisei⁶⁵, respecto a la mayor peligrosidad, tampoco resulta de recibo porque tal pronóstico configuraría un juicio a futuro sin relación al hecho que se juzga y aplica la pena en ese momento y en consecuencia habría que admitir que todo reincidente es un sujeto peligroso incluso aquellos sancionados por delitos culposos.

Igualmente, existe una clara tendencia de la visión de un derecho penal de autor, al tomar elementos de la personalidad del sujeto que no necesariamente incide en el hecho realizado y también es una visión desde la prevención general negativa porque busca penar para que la amenaza de sanción sea disuasiva a la sociedad, todo ello no es más que una clara ideología etiológica que ve en el delincuente alguna causa exógena o endógena, que en este caso se considera en la personalidad del sujeto.

Siguiendo estas ideas, se puede observar que la utilidad de la reincidencia en medidas cautelares es prácticamente un elucubración que busca sustentar meras hipótesis sin sustento fáctico, más allá que la condición del sujeto.

Igualmente en materia de medidas alternas, resulta contrario a la lógica del sistema, ya que la conciliación y la suspensión vienen a ser oportunidades de las partes de poder decidir por sí mismas —donde la normativa así lo permita— y bajo criterios de voluntariedad, por lo que no tiene sentido que vía interpretación se venga cerrar su aplicación al reincidente.

Siendo así, se puede ver que resulta necesaria la supresión de la reincidencia en la normativa penal, tanto a nivel procesal como legislación de fondo y así evitar la tendencia de aplicar el derecho penal de autor, ya que si la tesis de la responsabilidad penal es subjetiva, se presume penar al sujeto por un comportamiento, que puede ser una acción u una omisión, que ocasionó un daño o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley.

En consecuencia será punible el comportamiento del sujeto por lo que hizo o por lo que no hizo y debería haber hecho; se le sanciona por la opción que aceptó de hacer la conducta incorrecta pudiendo no hacerlo, ello analizado en su conjunto y no por lo que pudo haber hecho o lo que se le señala es.

Pareciera que un Estado de Derecho como se pregona es Costa Rica, la respuesta ante la disyuntiva entre derecho penal de acto o derecho penal de autor⁶⁶, la respuesta debería ser clara hacia lo primero, no obstante, una cosa es la proyección doctrinaria o los discursos jurídicos y otra muy diferente la aplicación práctica del instituto.

66 Cf. "Para el impugnante, la condición económica de su defendido, así como la circunstancia de ser de limpios antecedentes penales, son razones suficientes para concluir que éste no incurrió en los hechos delictivos. Esta Sala considera que dichas afirmaciones resultan ser a todas luces meras apreciaciones subjetivas, pues de acuerdo con la lógica del recurrente, únicamente las personas de escasos recursos y con previos antecedentes penales podrían incurrir en conductas delictivas, lo cual implicaría asumir una concepción de un derecho penal de autor (sanción se impone de acuerdo a la personalidad o forma de vida del imputado), lo cual resulta inadmisibles en un Estado de Derecho como el costarricense, basado en un derecho penal de acto (en razón de la demostración del hecho delictivo en cada caso en particular)..." Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera. Voto 1312.-10.

65 Monge Fernández, Op. Cit. Pág. 111.

Bibliografía.

Albrecht, Peter Alexis (2000). *El Derecho penal en la intervención de la política populista*. En: La Insostenible situación del Derecho Penal. Granada, Editorial Comares.

Arenas, Vicente Antonio (1981). *Comentarios al código penal*. Tomo I Parte General. Bogotá, Editorial Temis.

Bergalli, Roberto (1980). *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona, Editorial Serte S.A.

Breglia Arias, Omar (2010). *Código Penal Comentado*. Buenos Aires, Segunda edición. Editorial Astrea.

Cabanellas, Guillermo (2001). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires, Heliasta editorial.

Monge Fernández, Antonia (2009). *Las circunstancias agravantes de reincidencia desde los fundamentos filosóficos y fines de la pena*. Barcelona, Editorial Bosch.

Córdoba Rodá, Juan (1977). *Culpabilidad y pena*. Barcelona, Editorial Bosch.

Donna, Edgardo, otro (1984). *Reincidencia y Culpabilidad*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

Haba Muller, Pedro (2003). *El Espejismo de la Interpretación Literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*. Tomo I. San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José.

Ferrajoli, Luigi (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

Ferrajoli, Luigi (2008). *Epistemología Jurídica y Garantismo*. Mexico DF, Editorial Fontanamar. 2da Ed.

Foucault, Michel (2012). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Editorial Siglo XXI. Traducción de Aurelio Garzón.

Garland, David (2005). *La cultura del Control*. Barcelona, Gedisa Editorial. Traducción de Máximo Sozzo.

Llobet Rodríguez, Javier (2012). *Estudio de Derecho Penal Ilustrado y clásico*. San José, Editorial Isolma.

Llobet Rodríguez, Javier (2009). *Código Procesal Penal comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental.

Malinowski, Bronislav (1985). *Crimen y Castigo en la sociedad salvaje*. Barcelona, Editorial planeta-Agostini.

Marin de Espinoza Ceballos, Elena (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Granada, Editorial Comares.

Mir Puig, Santiago (1974 a). *La reincidencia en el código penal español. Análisis de los artículos 10, 14, 15, 61 y 516*. 3. Barcelona, Casa editorial Bosch.

Mir Puig, Santiago (1974 b). *La Reincidencia en el Código Penal*. Barcelona, Editorial Bosch.

Molina Arrubla, Carlos Mario (2010). *La víctima en el proceso penal*. Bogotá, Editorial Diké.

PNUD (2005). *Informe Nacional sobre Desarrollo Humano. Venciendo el temor. (In) seguridad Ciudadana y Desarrollo Humano En Costa Rica*.

Puig Peña, Federico (SF). *Derecho Penal, parte general, tomo II*. Madrid, Editorial revista de derecho privado.

Reyes Echendía, Alfonso (1989). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá, Editorial Temis.



Rivera Bieras, Iñaki (2011). *Política Criminal y sistema penal*. Barcelona, Editorial Anthropos, 2 ed.

Rubio Lara, Jesús (2006). *El tratamiento de la reincidencia en el Derecho Penal Español. (siglo XIX y XX)*. Navarra, En Revista de Derecho y Proceso Penal. Número 16. Editorial Thompson-Aranzadi.

Salas, Ricardo (2010). *En busca del paraíso perdido (apuntes sobre el populismo punitivo) En: política Criminal en el Estado de Derecho. Libro homenaje a Enrique Castillo Barrantes*. San José, Editorial Jurídica Continental.

Soler, Sebastián (1989). *Derecho Penal Argentino, tomo II*. Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina.

Torres, Gabriel (2008). *Derecho Penal de Emergencia*. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc.

Vega Quesada, Karol (2010). *La Reincidencia como Limitante a la Aplicación del Instituto de la Conciliación, en el Proceso Penal Costarricense*. San José, Tesis de Licenciatura de la Universidad de Costa Rica.

Zaffaroni Raúl Eugenio (2000). *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar Editorial.

Proyectos y Leyes.

Código Penal de Costa Rica, artículo 50. En www.poder-judicial.go.cr/legislación.

Proyecto de ley para reforma del código penal número 17997. En: www.asamblea.go.cr

Proyecto de ley número 17584. Ley de medidas penales tendientes a fortalecer el sistema penal costarricense. www.asamblealegislativa.go.cr.

Proyecto de ley endurecer las penas número 18169. www.Asamblealegislativa.go.cr

Proyecto de ley para modificar el artículo 55 del código penal, número 1757. www.Asamblealegislativa.go.cr

Proyecto de ley para facilitar el acceso de las víctimas a la reparación de los daños y perjuicios derivados de un delito, número 17142. www.Asamblealegislativa.go.cr

Jurisprudencia

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Votos 88-92.

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, voto 53-08.

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Voto 1438-1992,

Sala Constitucional, Corte Suprema de justicia de Costa Rica, Voto 88-92.

Sala Tercera, Corte Suprema de justicia. Voto 26-2012.

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 1385-10.

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia. Voto 405-93.

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia, Voto. 68-11.

Sala Tercera, Corte Suprema de Justicia. Voto.1284-10

Tribunal de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, votos 603-04 y 547-05.



¿EJERCICIO DE LA TUTELA CAUTELAR POR PARTE DE LOS ÁRBITROS? BREVES CONSIDERACIONES INSPIRADAS EN LA DISCIPLINA DEL ARBITRAJE EN ITALIA¹

Dr. Rodrigo J. Carranza Zúñiga¹

Resumen

La presente investigación invita al jurista a reflexionar sobre una *vexata quaestio* en el sistema jurídico costarricense: ¿es posible conceder el ejercicio de la potestad cautelar a los árbitros?

La indagación trata los problemas que tradicionalmente han evitado un cambio de perspectiva en el tema. También sugiere algunas soluciones a estos problemas e intenta demostrar la importancia de permitir a los Tribunales arbitrales ejercitar la tutela cautelar.

El estudio concluye con un breve análisis de derecho comparado, específicamente de la disciplina del arbitraje en Italia, la cual muestra importantes contribuciones y avances en el campo.

Abstract

The current investigation invites the jurist to reflect about a vexata quaestio of costarican juridical system: it's possible to concede the power of interim relief to the arbitrators?

The investigation deals with the problems that traditionally have avoid a change of perspective on

the subject. Also suggests some solutions to these problems, and attempts to demonstrate the importance to allow the arbitral Tribunals to practice interim relief. The study concludes with a brief comparative law analysis, specifically about the arbitration discipline in Italy, which shows important contributions and progress in the field.

Palabras Clave

Tutela cautelar, arbitraje, Tribunal arbitral, resolución alternativa de conflictos, potestad.

Key words

Interim relief, arbitration, arbitral Tribunal, alternative dispute resolutions, power.

1. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR

La tutela cautelar no nace con la clásica tutela jurisdiccional sino como una respuesta del ordenamiento jurídico dirigida a la conservación y protección del objeto del proceso. La tutela cautelar no tiene la función de acertar el derecho y resolver el conflicto jurídico. Dicha tutela, en realidad, conserva en modo temporáneo los derechos subjetivos en juego con el propósito de que los mismos no sean dañados por tiempos decisorios irracionales o por conductas maliciosas producidas por las partes.

¹ El presente artículo es dedicado a la memoria del Dr. Gastón Certad Maroto, a quien agradezco profundamente su amistad y sus guías en la academia y en la vida.

¹ Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", énfasis en Resolución Alternativa de Conflictos. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Actualmente abogado litigante en el foro costarricense. Email rjcarranza@gmail.com

Para que la tutela cautelar pueda cumplir su función debe actuarse de forma celerere. Dicha rapidez constituye un elemento ontológico de este tipo de tutela, conocido como 'sumariedad'. Tal elemento diferencia la tutela cautelar de otros tipos de tutela jurisdiccional en los cuales la celeridad se percibe únicamente como una expectativa de realización utópica.

En el plano del derecho procesal la celeridad de la tutela cautelar se garantiza a través de las denominadas 'medidas cautelares'. Teóricamente todas las medidas cautelares comparten dos presupuestos estructurales: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

En el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho el órgano juzgador deduce si el sujeto tiene la legitimación *ad causam* que le permita obtener la tutela cautelar, en otras palabras, se determina si hay una presunta titularidad del derecho subjetivo. Esta rápida valoración no juzga en modo anticipado el conflicto, por ende, el *iter* escogido por el juez para arribar a una decisión está caracterizado por una cierta libertad analítica y condicionado por una situación de urgencia merecedora de una respuesta celerere.

El *periculum in mora* o peligro real e inminente está relacionado con la existencia de un peligro real y verosímil sobre los derechos subjetivos que constituirán el objeto del futuro proceso declarativo. No se trata de una preocupación subjetiva e infundada de una de las partes de la controversia, sino de un riesgo, un temor o una amenaza real

con respecto a la cual la ausencia de una intervención de naturaleza cautelar frustraría la eventual resolución de mérito. Si el peligro se materializa antes de que la sentencia o laudo hayan sido dictados, dicha decisión de fondo, pese haber acertado y reconocido el derecho de la parte en estado de amenaza, no producirá un resultado satisfactorio real para la parte victoriosa porque el daño sería ya irreversible o irreparable.

Ex post facto a la verificación o negación de los presupuestos, el Juez acoge o rechaza la solicitud de medida cautelar. El juez efectúa un examen analítico y tendencialmente "ligero" de los presupuestos indicados, los cuales deben ser examinados tomando en cuenta su relación de yuxtaposición: iniciar la verificación de los presupuestos con el *fumus boni iuris* es regla de análisis del juez en virtud de que la negación de la apariencia de buen derecho produciría (sin excepción alguna) la denegatoria de la tutela cautelar, además, resultaría inútil y vano afrontar el estudio del *periculum in mora*. La funcionalidad y la razón de ser del *periculum in mora* depende integralmente de la verificación previa del *fumus boni iuris*.²

2 Un tercer presupuesto de las medidas cautelares es la caución. Se trata de un presupuesto de 'segundo grado' con respecto al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, en virtud de que la caución puede ordenarse o estar ausente, mientras que los otros dos presupuestos son condiciones indispensables para ordenar cualquier medida cautelar. La caución es un contrapeso procesal de contenido económico aplicado al sujeto que solicita la tutela cautelar sobre un plano de temeridad. El Juez puede tener cierta sospecha de la conducta temeraria del sujeto que solicita la medida pero tal circunstancia no es causa suficiente para negar la tutela. S. SATTÁ concebía la caución como una especie de «*controcautela*» impuesta discrecionalmente por parte del juez y en (eventual) beneficio de la parte que soporta la medida cautelar. La caución funge como garantía económica para el resarcimiento de los daños producidos por la parte que ha actuado sin la normal prudencia.



El órgano juzgador realiza el análisis de modo sumario porque una ralentización del mismo perjudicaría el derecho subjetivo en estado de amenaza.

2. MONOPOLIO JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA TUTELA CAUTELAR

Históricamente el sistema jurídico costarricense ha concedido el ejercicio de la potestad cautelar exclusivamente al Poder Judicial. Los poderes de *imperium*, por ende, han sido monopolio del gobierno de los jueces en virtud de la *iurisdictio* que permea la función de dichos órganos decisorios.

Al día de hoy, el legislador costarricense continúa negando a los árbitros el ejercicio de la tutela cautelar, probablemente porque aborda el tema con cierto recelo, es decir, el Legislador se muestra escéptico en colocar la *potestas* cautelar en manos de sujetos privados.

La negación *de iure conditio* de conceder a los árbitros la potestad cautelar frena la expansión del fenómeno arbitral y, además, se ha convertido en una línea de pensamiento obstaculizador para crear soluciones al problema del exceso de trabajo que congestiona al poder judicial costarricense.

Actualmente, en materia de arbitraje nacional, el cuadro normativo delineado por el art. 153 de la Constitución Política, el art. 172 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los arts. 12 y 242 del Código

Procesal Civil y el art. 52 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, arroja como resultado la imposibilidad de conceder a órganos privados, *rectius*, a tribunales arbitrales, el ejercicio pleno de la potestad cautelar.

Del anterior conjunto normativo se colige que en el campo del arbitraje nacional los Tribunales de Justicia realizan una función “asistencial” de la tutela cautelar a favor de los procesos arbitrales, es decir, las partes que someten la resolución de su controversia (presente o futura) a un arbitraje pueden obtener la tutela cautelar siempre y cuando se solicite y ejecute la misma a través de los órganos del Poder Judicial.

Si se proyecta el análisis sobre el campo del arbitraje comercial internacional, en Costa Rica, la Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el capítulo IV A titulado ‘Medidas cautelares y órdenes preliminares’, muestra un claro avance y flexibilidad sobre el tema de la tutela cautelar y el arbitraje - permitiendo a los tribunales arbitrales decretar las medidas cautelares - pero conserva aún la obligación de activar los Tribunales de Justicia para lograr el reconocimiento y ejecución de las mismas.

Los anteriores obstáculos normativos producen que los conflictos jurídicos, cuya resolución por acuerdo de partes debe ventilarse en sede arbitral, mantengan una especie de ligamen inescindible con la función jurisdiccional. Ésta última juega

un papel central con respecto al arbitraje: la parte que tenga urgencia en obtener una protección provisoria, temporal y célere como lo es la tutela cautelar, deberá activar necesariamente el órgano jurisdiccional competente para que éste decrete y ejecute la medida (en el escenario del arbitraje nacional), o bien para que la reconozca y le dé ejecución (en el escenario del arbitraje internacional).

Toda la corriente de las *Alternative Dispute Resolutions* se basa en la desjudicialización de los mecanismos para dirimir conflictos, y, a juicio de la presente investigación, no parece colegirse que tal desjudicialización incluya solamente la tutela de conocimiento o de mérito.

A este punto es vital cuestionarse, ¿por qué se excluye tajantemente la posibilidad de desjudicializar la tutela cautelar?

La respuesta a dicha exclusión pareciera derivarse de las múltiples – pero incorrectas – razones que seducen al Legislador a mantener el monopolio judicial en el ejercicio de la tutela cautelar.

3. RAZONES QUE RESPALDAN (?) LA NEGACIÓN DE CONCEDER LA POTESTAD CAUTELAR A LOS ÁRBITROS

Un análisis integral del tema en estudio permite evidenciar que existen razones de naturaleza práctica y técnico-jurídica que sustentan la negación de reconocer la potestad cautelar a los tribunales arbitrales.

Una razón práctica es la desconfianza del Legislador con respecto a otorgar la *potestas* cautelar a los árbitros, es decir, a sujetos privados cuyo nombramiento normalmente es efectuado por las partes, por terceros, por centros privados especializados en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos, o por otros árbitros (en aplicación del art. 28 de la Ley 7727 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social).

Otra razón práctica podría reputarse en la falta de controles que podría presentarse en relación con la elección de los árbitros, y en especial cuando los mismos sean árbitros de equidad. Se podría prever una cierta problemática en otorgar el ejercicio de la tutela cautelar a sujetos privados que no tienen formación integral en el campo del Derecho, como acontece con el árbitro de equidad. En este tipo de arbitraje el sujeto privado decide *ex aequo et bono*. En consecuencia, dicho sujeto no cuenta con las herramientas jurídicas necesarias para analizar, tramitar y resolver la procedencia o improcedencia de una medida cautelar.

Las razones técnico-jurídicas que dificultan el ejercicio de la tutela cautelar por parte de los árbitros son de mayor complejidad, y se dilucidan en los siguientes escenarios:

- Si el proceso arbitral aún no ha sido iniciado, o bien, si es un proceso arbitral *in itinere* pero aún no está debidamente constituido el tribunal arbitral, ¿cómo se determina la identidad subjetiva del árbitro que debe conocer de la medida? ¿Qué ocurre



cuándo el acuerdo de arbitraje no remite a ningún Centro arbitral como sucede en el arbitraje *ad hoc*?

- Si la medida cautelar es solicitada durante el curso del proceso arbitral, y el tribunal está debidamente constituido, ¿quién debe conocer de la solicitud de la medida?, ¿el presidente del tribunal arbitral?, ¿o el tribunal arbitral en composición colegiada?
- Presentada la solicitud de medida cautelar, si la parte adversaria interpone excepción de falta de competencia del tribunal arbitral para conocer de tal medida, ¿quién resuelve dicha excepción?
- ¿Cuál sería el órgano público o privado ante el cual se apelaría la resolución arbitral que otorgue la medida o niegue la solicitud de la misma?

Todas estas razones, pese a ser críticas válidas, no parecen justificar la imposibilidad de identificarse con la tendencia moderna del reconocimiento de la potestad cautelar a los árbitros: *aducere inconveniens non est solvere argumentum!*

En razón de la problemática expuesta, a continuación se indicarán las razones que avalan - a juicio de la presente investigación - el reconocimiento de la potestad cautelar de los árbitros. Acto seguido, se sugerirán eventuales soluciones a las críticas técnico-jurídicas planteadas.

4. RAZONES PARA PROMOVER EL RECONOCIMIENTO DE LA POTESTAD CAUTELAR A LOS ÁRBITROS

Las razones que de seguido se indicarán muestran la necesidad imperiosa de habilitar a los árbitros en el ejercicio de la tutela cautelar.

En primer lugar, la investigación sostiene que la hipotética tutela cautelar de los árbitros resultaría un *minus* con respecto a la potestad actual que tienen los mismos árbitros para decidir la controversia.³ Parece que la clave de lectura para el reconocimiento de la potestad cautelar a los árbitros se deriva de su función de acertar el derecho y resolver el conflicto. Si las partes, con la suscripción de la convención arbitral, manifiestan su voluntad de que sujetos privados e imparciales decidan la controversia, podría pensarse que existe una aceptación tácita de que la solicitud de medidas cautelares sea resuelta por los árbitros. En definitiva, los árbitros evaluarían la procedencia de los remedios procesales dirigidos a la conservación del núcleo material del conflicto, el cual posteriormente será decidido con el *dictum* arbitral.

En segundo lugar, la equidistancia que deben mostrar los árbitros con respecto a las partes en el ejercicio de la *potestas decidendi* no es cualitativamente diversa a la equidistancia que deben guardar los árbitros en el ejercicio de la potestad cautelar. Los principios vectores de imparcialidad y objetividad son de observancia obligatoria

³ En sentido análogo, P. BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.* 1993, 26.

para los árbitros que entran a conocer y dirimir la situación subjetiva controvertida. Una eventual reforma legislativa que permita a los árbitros ejercer la tutela cautelar no exime a éstos del cumplimiento de los citados principios y de asegurar a las partes una neutralidad en el desarrollo del arbitraje.

En virtud de lo anterior, cabe interrogarse, ¿existen motivos de peso que justifiquen la desconfianza o temor en reconocer a los árbitros poderes cautelares?⁴

Partiendo de la hipótesis en la cual se produjera una reforma legislativa que concediera la tutela cautelar a los árbitros, las interrogantes técnico-jurídicas planteadas en el punto anterior podrían resolverse de la siguiente forma:

- Si el proceso arbitral aún no ha sido iniciado, resulta un poco más complejo indicar quién debe conocer la medida cautelar. En el caso del llamado 'arbitraje administrado', al existir una convención arbitral que somete el conflicto actual o futuro a un Centro de arbitraje determinado, el director de tal Centro podría fungir como el órgano competente para conocer y resolver

lo relativo a la tutela cautelar. Lo mismo podría aplicar a los casos de 'arbitrato dei gruppi'⁵. En el caso de 'arbitraje ad hoc', pareciera mediar un obstáculo insuperable ya que no se cuenta con ninguna referencia orgánica o institucional que permita individuar el ente ante el cual pueda plantearse la medida. Probablemente este sería el único supuesto con respecto al cual la parte no tendría más opción que acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la medida cautelar.

- Si la medida cautelar es solicitada en curso del procedimiento arbitral y ya está constituido el Tribunal arbitral, los nubados se disiparían, ya que la competencia para conocer y decidir sobre la procedencia o negación de solicitud de medida cautelar que podría recaer en el presidente del Tribunal mismo.
- Si la parte que eventualmente soportaría la medida cautelar interpone la excepción de falta de competencia del tribunal arbitral para conocer la medida cautelar, podría aplicarse el principio kompetenz-kom-

4 Particularmente, la ausencia de poderes de *imperium* por parte de los árbitros se revela dramática en especial con relación a la recolección de la prueba y la ejecución de la providencia final obligando a los árbitros y a las partes a acudir al juez competente el cual adoptará los providencias coactivas necesarias (con la finalidad de intimar a los testigos a comparecer ante el Tribunal arbitral o de ordenar la exhibición de los documentos solicitados o bien, a la emisión del laudo, de conceder a petición de las partes el exequátur). A. PULEO, *Note minime su competenza cautelare ed arbitrato*, in *Giur. it.*, 1995, 823.

5 F. P. LUISO define esta tipología de arbitraje como aquel que «sociológicamente es típico de los ordenamientos organizados; éste existe en la hipótesis en que un grupo de personas pretende disciplinar sus relaciones, creando también la autoridad con la función de aplicar las reglas vigentes en el grupo. Aquí la voluntariedad subsiste sólo al momento de la adhesión a la organización, mientras que el resto se remite no a elección del sujeto, sino a las reglas internas de nómina de los órganos de justicia, de producción de las reglas de procedimientos, de la decisión, etc. El ejemplo probablemente más conocido es el de la justicia deportiva». *Diritto processuale civile*, Tomo V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2011, 113.



petenz, siendo el mismo Tribunal arbitral quien decida sobre su competencia para conocer la tutela cautelar. Lo resuelto por el Tribunal arbitral podría impugnarse ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

- Si se concede a los árbitros la potestad de ejercitar la tutela cautelar, el órgano de impugnación de lo resuelto en sede cautelar podría ser la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. De tal modo, se garantizaría la facultad de impugnar la resolución de medida cautelar pero con la novedad de que la primera instancia se desarrollaría por completo en sede arbitral.

5. LA ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD CAUTELAR A LOS ÁRBITROS EN EL RITO SOCIETARIO ITALIANO

El presente acápite de la investigación se inspira fundamentalmente en el sistema jurídico italiano, concretamente en la disciplina del arbitraje de tal ordenamiento jurídico, proponiendo posibles soluciones al tema del monopolio jurisdiccional de la tutela cautelar que aún rige en nuestro país. El *Codice Processuale Civile* italiano, en su Título VIII *Dell'arbitrato*, art. 818 *Provvedimenti cautelari*, establece a los árbitros la prohibición de conocer y decidir sobre la tutela cautelar. El artículo literalmente indica:

«Los árbitros no pueden conceder secuestros, ni otras providencias cautelares, salvo diversa dis-

posición de Ley.» (el subrayado no pertenece al contenido original de la norma).

De tal disposición se colige que en dicho sistema existe una tendencia legislativa similar a la nuestra y que consiste en la prohibición de reconocer la potestad cautelar a los árbitros. Sin embargo, la norma en análisis y el sistema jurídico italiano en general muestran un mayor grado de flexibilidad sobre la posibilidad de conceder a los árbitros el ejercicio de la potestad cautelar. Es relevante hacer hincapié en la frase del artículo ' (...) salvo diversa disposición de Ley'. Esta frase es una fórmula abierta que obliga al intérprete a estar atento en la aplicación del derecho y en su visión del sistema, en consideración de que pueden existir materias que admitan la tutela cautelar en manos de los árbitros.

Para ilustrar el argumento anterior, se trae a colación una excepción indiscutible al ejercicio exclusivo de la tutela cautelar por parte de los jueces. La excepción se encuentra en la experiencia del rito societario. El proceso societario, regulado en el decreto legislativo de enero del 2003, en su art. 35, n.5, desarrolla la disciplina inderogable del procedimiento arbitral, reconociendo a su vez la potestad cautelar ejercida por los árbitros en materia societaria:

«La convención para someter a arbitraje, ritual o irritual, una controversia, no precluye el recurso a la tutela cautelar según el artículo 669-*quinquies* del Código Procesal Civil, pero si la cláusula compromisoria consiente comprometer en arbitraje

las controversias que tienen por objeto la validez de las asambleas de accionistas, los árbitros tendrán siempre el poder de disponer, con resolución no impugnabile, la suspensión de la eficacia de la asamblea.»

De acuerdo con el tenor literal de la norma se habilita a los árbitros en el rito societario a ejercitar una verdadera tutela cautelar de naturaleza anticipatoria.⁶ Incluso el sistema italiano, en lo que concierne al rito societario, en materia de validez de las deliberaciones y acuerdos que se generan en las asambleas de socios, opta por crear una exclusividad de los árbitros al momento de ejercitar la tutela cautelar. Tal exclusividad tiene como condición previa la existencia de una cláusula arbitral en el pacto social que expresamente indique que dicha materia se someterá a arbitraje en todos sus extremos. Nótese que en este escenario la norma faculta al Tribunal arbitral a decretar o rechazar la medida cautelar, y tal decisión no es impugnabile: un caso de única instancia en la cual el ejercicio intelectual es producto exclusivo del tribunal arbitral!

A pesar de que la disciplina del arbitraje italiano sea muy avanzada y más progresista que la disciplina arbitral costarricense, resulta aún factible elaborar una crítica puntual al ordenamiento itálico:

6 Sobre tal argumento cfr. S. IZZO, *Arbitrato e tutela cautelare*, in *Arbitrato, Adr, Conciliazione*, a cura di M. RUBINO SAMMARTANO, Bologna, 2009, 546-549; L. GUAGLIONE, L., *Commentario agli artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, in *La riforma del processo civile*, a cura di F. CIPRIANI e G. MONTELEONE, Milano, 2007, 466-468; M. F. CHIRGA, *commento all'art. 818 c.p.c. (provvedimenti cautelari)*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, 316.

¿Cuál es la justificación lógico-jurídica para abrir un atisbo de esperanza sobre la tutela cautelar de los árbitros únicamente en materia societaria?

¿Cómo justificaría el legislador italiano negar la extensión de normas de este tipo a otros tipos de procesos?

Si alguna experiencia se recaba en el plano del derecho societario, no parece irracional efectuar intentos similares en el rito civil, en el rito agrario, en el rito laboral, etc...

Por último, parece útil recordar la elección hecha por otros ordenamientos europeos, en especial los anglosajones, los cuales han asumido una línea más flexible sobre el punto, reconociendo poderes cautelares a los árbitros.⁷

6. CONCLUSIÓN

El paulatino aumento de trabajo de los Tribunales de Justicia nacionales es una buena justificación para romper con el monopolio de los jueces en el ejercicio de la materia cautelar. Habilitar a los Tribunales arbitrales en el ejercicio de la tutela cautelar es un argumento seductor porque disminuiría (en parte) la carga de trabajo que agobia a

7 Un trabajo lúcido sobre el Arbitraje internacional y las medidas cautelares fue desarrollado por P. BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.* 1993, 13 ss; sobre el particular consultar además M. F. CHIRGA, *commento all'art. 818 c.p.c. (provvedimenti cautelari)*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2010, 310-316; N. GIALLONGO, *Le modifiche al c.p.c. (legge 12/5/2005 n.80) Contributi per una riflessione*, Firenze, 2005, 3.



los jueces estatales, y al mismo tiempo, beneficiaría a nivel sistemático el campo de la resolución alternativa de conflictos. La Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), es un avance medular en la facultad de los árbitros de ejercitar la tutela cautelar, sin embargo, mantiene un nexo de dependencia del arbitraje con el Poder Judicial específicamente al momento de la ejecución de las medidas cautelares.

El ejercicio de la tutela cautelar por parte de los árbitros es una realidad en otros ordenamientos jurídicos. Es precisamente en el análisis del Derecho comparado donde se extraen las ideas para enriquecer el sistema jurídico costarricense.

Si bien es cierto que cada sistema jurídico es relativamente autónomo en las atribuciones que pretende conceder a los árbitros, el estudio de Derecho comparado es una fuente que debe considerarse para el diseño sistemático que se quiera elaborar sobre el arbitraje. En el caso bajo estudio, la inspiración proveniente de la disciplina del arbitraje italiano, se traduce como la base para pugnar por el reconocimiento de la potestad cautelar de los árbitros en el foro jurídico nacional.

7. BIBLIOGRAFÍA

Bernardini, P. (1993). Arbitrato internazionale e misure cautelari, in *Riv. arb.*, 13-27.

Chirga, M. (2010). *Commento all'art. 818 c.p.c. (provvedimenti cautelari)*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani.

Giallongo, N. (2005). *Le modifiche al c.p.c. (legge 12/5/2005 n.80) Contributi per una riflessione*, Firenze, 1-40.

Guaglione, L. (2007). *Commentario agli artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, in *La riforma del processo civile*, a cura di F. Cipriani e G. Monteleone. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani.

Izzo, S. (2009). *Arbitrato e tutela cautelare*, in *Arbitrato, Adr, Conciliazione*, a cura de M. Rubino Sammartano. Bologna: Zanichelli Editore.

Luiso, F. (2011). *Diritto processuale civile*, Tomo V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*. Milano: Giuffrè Editore.

Puleo A. (1995). Note minime su competenza cautelare ed arbitrato, in *Giur. It.*, 820-826.

* Satta, S. (1968). *Commentario al codice di procedura civile, IV procedimenti speciali*, Milano: Vallardi Editore.



BARRERAS AL COMERCIO INTERNACIONAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES ELEMENTALES EN RELACIÓN A SU CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

Prof. Miguel Román Díaz¹

Resumen

Este artículo realiza algunas consideraciones elementales en relación con las barreras al comercio internacional. Se define de manera general el concepto de barrera comercial. Posteriormente, se distingue entre las barreras arancelarias y no arancelarias. Finalmente, concluye que se trata de conceptos imprecisos que de alguna manera afecta la seguridad jurídica de las relaciones comerciales.

Abstract

This article provides some basic considerations regarding barriers to international trade. It's defined in general terms the concept of trade barrier. Subsequently, we distinguish between tariff and non-tariff barriers. Finally, it's concludes that it is vague concepts that somehow affects the legal security of business relationships.

Palabras clave

COMERCIO INTERNACIONAL, BARRERA COMERCIAL, BARRERAS ARANCELARIAS, BARRERAS NO ARANCELARIAS.

Key Words

INTERNATIONAL TRADE, COMMERCIAL BARRIER, TARIFF BARRIERS, NON-TARIFF BARRIERS.

I. Introducción

El comercio es una actividad que se desarrolla en el interior de los países y también entre los países. Se define como la *"Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías"*.² Dicha negociación cuando se realiza entre personas o entes que radican en el mismo país se le conoce como comercio interno.

Por su parte, cuando la negociación de mercancías se realiza entre personas o entes que habitan en países distintos se denomina comercio exterior o internacional. Se establece que: *"Comercio exterior es el que tiene lugar entre los habitantes de una nación y los de otro país. Puede ser: internacional, cuando se realiza entre los Estados independientes, y colonial, que se hace entre los habitantes de la metrópoli y los de las colonias"*.³

Hoy en día, el comercio abarca también los servicios. La dinámica del comercio ha hecho que la prestación de servicios sea una actividad que cada vez adquiere mayor importancia. Los seguros, los servicios financieros y los servicios de transporte, son algunas de las actividades que forman parte del creciente comercio de servicios a nivel internacional.

El comercio internacional, sin embargo, a lo largo de la historia no ha funcionado bajo un esquema de libre intercambio de mercancías entre los países; han existido barreras o restricciones al comercio internacional, cuyo principal objetivo, en la mayoría de los casos, es proteger a los productores.

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe S.A., vigésima edición, T. II, 1984, p. 343.

3 Enciclopedia Universal Europeo-Americana, Madrid, Editorial Espasa-Calpe S.A., T. XIV, 1980, p. 625

1 Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: MIGUEL.ROMAN@ucr.ac.cr

res y a la economía nacional. Ello constituye una práctica utilizada hoy en día por las naciones, donde es importante acotar, que muchas de las barreras o restricciones han experimentado transformaciones y también han surgido nuevas formas de obstaculizar el comercio internacional.

II. Concepto

En términos amplios son consideradas como barreras al comercio internacional, todas aquellas prácticas que impiden el libre intercambio de bienes o servicios entre entes o personas establecidas en países diferentes.

Una definición más concreta la brindan Tim Coudgan y Douglas Mc Williams cuando dicen que una barrera comercial es: “Cualquier obstaculización al libre flujo de los intercambios internacionales entre países”.⁴

Ahora bien, existen diferentes formas por medio de las cuales los países imponen barreras al comercio. Estas procuran, en la mayoría de los casos, la protección del sistema productivo del país que la implementa.

III. Tipos de Barreras Comerciales

Tomando en cuenta nuestro objeto de estudio hemos creído conveniente adoptar la perspectiva que establece fundamentalmente la existencia de dos tipos de barreras al comercio internacional: las barreras arancelarias (BA) y las barreras no arancelarias (BNA). Ello por cuanto conceptualmente es más conveniente definir las BNA a partir de la significación de lo que es una BA. En otras palabras: “Como su nombre lo indica, las barreras no arancelarias son más fáciles de definir por lo que no son que por lo que son”.⁵

3.1 Barreras Arancelarias

Este tipo de barreras son las que tradicionalmente los países han utilizado para obstaculizar el comercio internacional. Su implementación se establece por medio del Arancel Aduanero, el cual se define como “... el impuesto a pagar por la importación definitiva de un bien”.⁶ Otros significados que se le dan es el de ser un “Impuesto aplicado a las importaciones o exportaciones”,⁷ o el de ser “... una tarifa de derechos que causa la importación de mercancías del exterior”.⁸

En consecuencia, la barrera al libre intercambio de mercancías consiste en hacer pagar al importador o al exportador un monto adicional por la entrada o salida de una mercancía del país donde se ha fijado el arancel. Ello le genera una desventaja respecto a productores de otros países que no tienen obligaciones arancelarias o cuyos aranceles son más bajos.

Es opinión generalizada dentro de la doctrina que el arancel es principalmente utilizado con fines proteccionistas. En ese sentido se expresa:

“Comúnmente los aranceles se aplican a las importaciones, para proteger los negocios, la agricultura y la mano de obra de la nación, contra la competencia extranjera en todo el mercado. En algunos países el objetivo primario de un arancel consiste en aumentar las rentas o en aplicar represalias por las políticas restrictivas de comercio de otras naciones... Casi universalmente, los estados son los que aplican los aranceles sobre las importaciones, mientras que los que se aplican a las exportaciones se usan muy rara vez, debido a sus efectos sobre las ventas extranjeras”.⁹

6 MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR, Glosario de términos económicos y siglas utilizadas en el tema de Comercio Exterior, San José, Oficina de Relaciones Públicas y Prensa COMEX, 1991, p. 11.

7 PLANO (Jack C.) y OLTON (Roy), Diccionario de Relaciones Internacionales, México, Editorial Limusa, 1983, p. 37.

8 ELLSWORTH (P.T.), Comercio Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, T. II, 1942, p. 335.

9 PLANO C. (Jack) y OLTON (Roy), Op. cit., p. 37.

4 COUDGAN (Tim) y Mc.WILLIAMS (Douglas), Diccionario de Economía, Barcelona, Editorial Grijalbo S.A., 1982, p. 31.

5 OLECHOWSKI (A) Y FINGER (J), Las barreras no arancelarias al comercio, La Ronda Uruguay: Manual para las Negociaciones Comerciales Multilaterales, Banco Mundial, Washington D.C., 1989, p. 115.



El empleo de los aranceles como medio de protección para la producción nacional, data de hace varios siglos y fue planteada por doctrinas económicas mercantilistas. “Su empleo como instrumento tendiente a asegurar un mercado para la industria nacional, al reducir la competencia extranjera, surge a partir de la aplicación de las ideas económicas del mercantilismo, principalmente a partir del siglo XVI”¹⁰

En síntesis, las BA han sido las que tradicionalmente los países utilizan para proteger la producción nacional. Sin embargo, este tipo de barrera comercial ha visto disminuida su aplicación principalmente por la tendencia hacia el libre intercambio de mercancías en el comercio internacional.

Dicha situación ha generado que los distintos países utilicen otro tipo de barreras al comercio internacional. En otras palabras, los países al verse sometidos a la disminución de aranceles en el ámbito internacional han puesto en práctica el uso de otro tipo de barreras distintas a las BA.

3.2 Barreras No Arancelarias

La doctrina tradicionalmente se ha preocupado por el estudio de las BA y ha dedicado menos atención al análisis de otras formas de obstaculización del comercio internacional.

*“En las teorías del comercio internacional con excepción de los aranceles y las cuotas, no se han considerado debidamente otros tipos de barreras al comercio que, como se está observando en las relaciones comerciales internacionales contemporáneas presentan una importancia creciente...”*¹¹

10 FUENTES MOHR (Alberto), Citado por ESQUIVEL MORALES (Sharon) y otros, *Régimen Jurídico del Valor Aduanero de Mercancías en Costa Rica*, San José, Tesis para optar el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988, p. 132.

11 SEGURA VALVERDE (Boris) y ZAMORA LEIVA (Ronney), *Las Barreras no arancelarias al comercio: Una revisión*, Ciencias Económicas, San José, Vol. X, No. 1, 1990, p. 131.

Conforme se ha venido dando el proceso de reducción de los niveles de protección arancelaria, se ha descubierto que las BNA pueden lograr un efecto de protección equivalente o mayor a las medidas arancelarias. Además, desde una perspectiva política, las BNA derivan su atractivo de la dificultad para identificarlas, su falta de transparencia y la gran dificultad para evaluarlas, son características que contrastan con las BA.

Podemos definir las BNA como: “... medidas no tributarias establecidas por los gobiernos con el fin de favorecer a los oferentes domésticos en detrimento de los extranjeros”.¹²

Otros autores consideran que las BNA se enmarcan dentro de lo que ellos denominan protección indirecta o administrativa. Parten, al igual que nosotros, de una definición negativa para explicar el significado del término:

“La protección indirecta o administrativa es una forma de protección usada casi universalmente como complemento de los aranceles. Este concepto es excepcionalmente difícil de definir. En realidad es un término que engloba una gran variedad de prácticas que tienen un efecto protector... Expresado de un modo positivo, comprende una infinidad de medidas prohibitivas específicas, característicamente veladas, tortuosas y engañosas en su forma externa”.¹³

Consideramos que lo más conveniente es adoptar una definición negativa con respecto a lo que es una BNA. En consecuencia, una BNA es aquella que pese a obstaculizar el comercio internacional, no lo hace por medio de aranceles.

Las barreras no arancelarias presentan las siguientes características que las distinguen de las arancelarias.¹⁴

12 COUGHLIN C. (Cletus) y WOOD (Geoffrey) citado por SEGURA VALVERDE (Boris) y ZAMORA LEIVA (Ronney), *Op. cit.*, p. 131.

13 ELLSWORTH (P.T.), *Op. cit.*, p. 410-411.

14 SEGURA VALVERDE (Boris) y ZAMORA LEIVA (Ronney), *Op. cit.*, p. 132.

- a. Son diversas. Esta característica ha dificultado su inventario y clasificación por parte de la doctrina.
- b. Muestran una creciente incidencia e implementación en los países desarrollados.
- c. Tienen una naturaleza cambiante. Las políticas comerciales no discriminatorias se han venido reemplazando por acuerdos bilaterales y otros acuerdos discriminatorios.
- d. Implican, según una serie de estudios, mayores costos comerciales, de empleo y de bienestar que las barreras arancelarias.
- e. Causan pérdidas de ingresos arancelarios a los gobiernos.
- f. Son discriminatorias (contra las fuentes de importación de menor costo y según países e industrias).
- g. No son transparentes: existen problemas para identificar su extensión y medir su impacto.
- h. Presentan efectos más rápidos (en términos proteccionistas) que las barreras arancelarias.
- i. Son “permeables”: No son capaces de restringir de manera eficaz las categorías de importaciones sujetas a la barrera, debido a que los exportadores cambian sus especificaciones y calidades (principalmente en el caso de bienes industriales). Esta situación, a su vez, brinda un incentivo adicional para que se amplíe la base de importaciones sujeta a este tipo de restricciones.

Procedemos ahora a mencionar algunas de las principales BNA que existen. Ello por cuanto sería imposible abarcar, la gran variedad de obstáculos no arancelarios que actualmente hay o que pueden aún desarrollarse en el comercio internacional.

Así, entre las BNA más reconocidas tenemos:¹⁵

- a. Restricciones cuantitativas a las importaciones (cuotas) bilaterales y globales.
- b. Aranceles variables: definidos como un “derecho especial para igualar el precio de importación de un producto con un precio doméstico meta”.
- c. Restricciones voluntarias a la exportación: se trata de medidas sobre las cuales un gobierno o conjunto de industrias de un país importador llegan a un acuerdo con el gobierno o la industria competidora de un país exportador, con respecto a restricciones cuantitativas a la exportación de uno o más productos.
- d. Barreras técnicas al comercio (medidas sanitarias, normas de etiquetado y calidad, otras).
- e. Autorizaciones de importación: automáticas y no automáticas (liberales y discrecionales).
- f. Cuotas arancelarias o contingentes arancelarios: combinación del uso de aranceles con el empleo de cuotas.
- g. Mecanismos discriminatorios en las compras del sector público: este instrumento se considera como una BNA, debido a que el sector público del país discrimina entre posibles fuentes de suministros, destinando sus adquisiciones hacia productores domésticos en detrimento de los proveedores extranjeros.

IV. Conclusiones

El concepto de barrera comercial se asocia a cualquier obstáculo al libre intercambio de bienes y servicios en el contexto internacional. Se trata de un concepto sumamente abierto, por tanto, su con-

¹⁵ IX CONGRESO NACIONAL DE INDUSTRIALES, *La Industria costarricense ante el reto del comercio internacional*, San José, Cámara de Industrias de Costa Rica, 1992, p. 39.



tenido suele ser precisado de manera casuística. La calificación de una barrera al comercio internacional suele estar en función de las valoraciones que hagan las instancias jurídicas competentes, aspecto que confirma la textura abierta del concepto.

En la doctrina relacionada con el comercio internacional, se suele distinguir dos tipos de barreras comerciales. Las barreras arancelarias han sido las más utilizadas a lo largo de la historia y se caracterizan por la utilización de impuestos para limitar la importación de un bien o servicio extranjero. Las barreras no arancelarias, en cambio, obstaculizan el flujo de bienes y servicios entre los países echando mano a mecanismos diferentes a los impuestos y ello genera que el concepto se vuelva más ambiguo e indeterminado.

El concepto de barrera no arancelaria plantea una definición negativa. No obstante, este procedimiento para explicar el contenido del término no logra precisar el concepto; por el contrario, esta forma de enfocar el concepto da como resultado una gran imprecisión que incide en la seguridad jurídica de las relaciones comerciales.

V. Bibliografía

COUDGAN (Tim) y Mc.WILLIAMS (Douglas), Diccionario de Economía, Barcelona, Editorial Grijalbo S.A., 1982.

ELLSWORTH (P.T.), Comercio Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, T. II, 1942.

ESQUIVEL MORALES (Sharon) y otros, Régimen Jurídico del Valor Aduanero de Mercancías en Costa Rica, San José, Tesis para optar el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.

Enciclopedia Universal Europeo-Americana, Madrid, Editorial Espasa-Calpe S.A., T. XIV, 1980.

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR, Glosario de términos económicos y siglas utilizadas en el tema de Comercio Exterior, San José, Oficina de Relaciones Públicas y Prensa COMEX, 1991.

OLECHOWSKI (A) Y FINGER (J), Las barreras no arancelarias al comercio, La Ronda Uruguay: Manual para las Negociaciones Comerciales Multilaterales, Banco Mundial, Washington D.C., 1989.

PLANO (Jack C.) y OLTON (Roy), Diccionario de Relaciones Internacionales, México, Editorial Limusa, 1983.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editorial Espasa-Calpe S.A., vigésima edición, T. II, 1984.

SEGURA VALVERDE (Boris) y ZAMORA LEIVA (Ronney), Las Barreras no arancelarias al comercio: Una revisión, Ciencias Económicas, San José, Vol. X, No. 1, 1990.