

DERECHO^{EN} SOCIEDAD

Número 10, setiembre de 2017

ISSN 2215-2490



ULACIT
UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA
COSTA RICA



Derecho en Sociedad

El equipo:

Vicente Calatayud Ponce de León
Director

Olga Córdoba Rodríguez
Filóloga

Carlos Fonseca Hidalgo
Diseñador Gráfico

Esteban Quesada Masís
Diseñador Gráfico

Alejandro Vargas Aguilar
Gestor de Contenidos Digitales

DOCTRINA

La libertad de tránsito como derecho de la personalidad en Costa Rica

Hilda Acuña, Mónica Alfaro, Alexander Astorga, Edwin Esquivel, Natalia Núñez y Samantha Sobrado

Página 1

Los delitos de injurias y difamación en el ordenamiento jurídico costarricense

Adrián Bellanero Quesada

Página 19

Uso del *in dubio pro operario* en Costa Rica en las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el periodo de 2010-2016

Silvia Cristina Fallas Acuña

Página 56

Consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales, en el periodo 2010-2016, en las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Dady Vanessa Marchena Serrano

Página 82

El síndrome de alienación parental en el derecho de familia de Costa Rica: abordaje legal como causal de suspensión y término de la autoridad paterna

Sabas Daniel Rodríguez Araya

Página 108

El derecho de la competencia como un mecanismo de defensa de los derechos del consumidor: a propósito de la sanción contra Google

Guillermo Rojas Guzmán

Página 136

El fraude fiscal en Costa Rica: ¿es o fue Costa Rica un paraíso fiscal?

Luis Enrique Rothe Paniagua

Página 154

NORMAS DE PUBLICACIÓN Página 182

CONSEJO EDITORIAL Página 185



La presente publicación pertenece a la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, con sede en Costa Rica y está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento - No comercial - Sin

obras derivadas 3.0 Costa Rica. Por ello se permite libremente copiar, distribuir y comunicar públicamente esta revista siempre y cuando se reconozca la autoría y no se use para fines comerciales. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/cr/>. Para cualquier notificación o consulta escriba a revistaderecho@ulacit.ac.cr

ISSN: 2215-2490

La Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, Costa Rica, no se hace responsable de la opinión vertida por las personas autoras en los distintos artículos.

EDITORIAL

Cumpliendo el compromiso de periodicidad asumido por quien escribe estas líneas, tanto para la dirección de la revista Derecho en Sociedad, como para la Escuela de Derecho de Ulacit, es una satisfacción poder llevar a la Universidad y al público en general este número 10 de la revista, correspondiente al segundo semestre del año 2017.

De igual manera, plasmando un deseo constante de diferentes estamentos universitarios, se ha abordado el reto de dar cabida en la revista a las y los estudiantes de esta Casa de Enseñanza en general y a quienes cursan estudios en la Carrera de Derecho para que se lancen a la aventura de escribir. Y se puede afirmar que el reto ha sido recibido con una importante dosis de entusiasmo por la población estudiantil.

Tal es así, que este número de la revista se compone fundamentalmente de la aportación tanto de alumnas y alumnos cursando Bachillerato, como de estudiantes en el último pedáneo de sus estudios de la carrera, a través de sus memorias de graduación, las cuales les han permitido obtener con brillantez el grado de Licenciatura y, como valor añadido a su hoja curricular, la publicación de la memoria en una revista especializada de alcance nacional e internacional. No puede olvidarse, también, la aportación del elenco docente de la Escuela de Derecho.

El lector podrá comprobar la variedad de temas en el contenido, que abarcan tanto el derecho privado, como el derecho público, es decir, adquiriendo un carácter interdisciplinar dentro del amplio espectro que presenta el estudio del derecho.

Son artículos que versan sobre derecho constitucional (libertad de tránsito); derecho laboral (sobre un posible abuso de la presunción in dubio pro operario); derecho penal (con dos artículos de distinta naturaleza, uno sobre delitos contra el honor y otro sobre delitos de tipo sexual); derecho de familia (la novedosa figura del síndrome de alienación parental); derecho fiscal (un estudio de la posición costarricense ante el fraude de este carácter; y, finalmente, abordándose el derecho a la competencia, con un análisis del tratamiento en la Unión Europea.

Esta diversidad de contenidos puede dar una muestra de lo que se busca con este proyecto colaborativo, el cual se pretende tenga una rigurosa regularidad.

Queda, solamente, agradecer a los autores de los artículos que hoy se presentan, su entusiasmo, esfuerzo y ansia de aprender y de transmitir conocimiento. Por ello, a quienes se graduaron en mayo y setiembre de este año, ¡felicidades! A los docentes, mi reconocimiento por su ayuda. Para esta dirección ha constituido un verdadero privilegio haber colaborado en el empeño de todos y cada uno de los autores.

Por el equipo de la revista,
Lic. Vicente Calatayud Ponce de León
 Director



DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO

M. Sc. Juan Alberto Corrales Ramírez

Correo electrónico: jcorrales@ulacit.ac.cr

Juan Alberto Corrales Ramírez. San José, Costa Rica (1980). En 1996 fue becado por la Cooperación Española para participar en la Ruta Quetzal, realizada en Bolivia. En la Universidad De La Salle obtuvo el título de abogado y notario público en 2002. Es máster en Acción política, participación ciudadana y fortalecimiento institucional en el Estado de Derecho, IX edición de la Universidad Francisco de Vitoria, de España. Tiene un diplomado en Formación Política de la Friedrich Ebert Stiftung. Ha realizado estudios doctorales en Gobierno y Políticas Públicas en la Universidad de Costa Rica. Ha trabajado como asesor en el Parlamento y el Ministerio de Trabajo de su país, director jurídico del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas Riego y Avenamiento (Senara) y director de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Ha colaborado en publicaciones para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (pnud). Autor de libros como *La Hydra: ensayos sobre el Estado socialdemocrático de derecho*.



DIRECTOR DE LA REVISTA

Lic. Vicente Calatayud Ponce de León

Correo electrónico: vcalatayud@ulacit.ac.cr

Vicente Calatayud Ponce de León, Madrid, España (1946). Es licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid, España, y por la Universidad de Costa Rica. Notario público por esa última institución. Cuenta con estudios de la licenciatura de docencia universitaria en la Universidad de San Marcos. Abogado desde 1972 en España y Costa Rica. Profesor desde 1998 en varias universidades costarricenses. Ocupó vocalía en la Junta Delegada del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España. Cofundador y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad De La Salle. Articulista en publicaciones jurídicas del país. Autor de los siguientes libros: *Diccionario de latín jurídico*, *Temas de derecho privado*, *Las obligaciones civiles*, *Nuevo diccionario de latín jurídico*, *Introducción al derecho privado*, *Código civil de Costa Rica, concordado y con índice analítico* y *Curso de derecho de obligaciones*. Actualmente desempeña las siguientes funciones: investigador del Instituto de Políticas Públicas y Libertad. Director de la revista *Derecho en Sociedad*, Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Profesor e investigador de tiempo completo en esa Casa de Enseñanza.

La libertad de tránsito como derecho de la personalidad en Costa Rica¹

Hilda Acuña
Mónica Alfaro
Alexander Astorga
Edwin Esquivel
Natalia Núñez
Samantha Sobrado

Resumen

Uno de los derechos fundamentales vinculados con el de libertad personal es el de la libertad de tránsito, es decir, la libertad de movimientos que toda persona tiene a lo largo y a lo ancho del territorio de la nación. En este trabajo se analizan algunos aspectos relacionados con este derecho y su ejercicio en Costa Rica con especial énfasis en la jurisprudencia y doctrina constitucional, al objeto de contrastar los alcances y la delimitación de ese derecho con otros derechos también de carácter fundamental.

Palabras clave

Libertad de tránsito, *habeas corpus*, detención, libertad de domicilio, derecho de la personalidad.

¹ El presente trabajo fue realizado por estudiantes de Bachillerato de la Escuela de Derecho de ULACIT, San José, Costa Rica.

Introducción

A lo largo de los años y más concretamente desde el siglo XVIII, con la Ilustración, aquel movimiento de renovación intelectual, cultural, ideológica y política que surgió en Europa, como resultado del progreso y difusión de las nuevas ideas y de los nuevos conocimientos científicos (Historia Universal, s. f.), el tema de las libertades del ser humano ha sido objeto de constante debate, no siendo una excepción el tema concreto de la libertad de tránsito que, aunque cuestionado a veces, está actualmente recogido en los textos constitucionales de diversos países.

Costa Rica no es excepción en el respeto a las libertades y derechos fundamentales, pues la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1949), entre sus mandatos, contiene el respaldo a las libertades individuales, o, como puede denominarse para efectos académicos, los derechos de la personalidad. Las imparables dinámicas sociales exigen un permanente avance que permita a la ciudadanía ir soltando las amarras que la mantenían anclada a prácticas de antaño, contrarias al espíritu de las “ideas ilustradas” y conforme ha ido avanzando la historia de la humanidad, esta ha demandado un mayor espectro de libertades.

Es así como dentro de esas libertades se encuentra la libertad de tránsito, objeto del presente trabajo de investigación, en el que se analizarán las características principales en Costa Rica de aquel derecho, esclareciendo, acaso, las dudas tradicionales que hay sobre él y su posible contraposición con otras situaciones jurídicas.

La libertad de tránsito como derecho de la personalidad en Costa Rica

La libertad de tránsito está indisolublemente unida a la libertad personal. Es una de las consecuencias necesarias de dicho principio y, además, una de las garantías fundamentales del ser humano para desarrollar libremente su personalidad dentro de cualquier Estado democrático. Se puede definir como aquel derecho que tiene toda persona a entrar y salir del país, a desplazarse libremente por su territorio y a fijar y mudar el lugar de su residencia dentro y fuera del territorio nacional sin necesidad de autorización, permiso, salvoconducto o pasaporte, salvo cuando salga o ingrese al país. También se le conoce como “libertad ambulatoria” o de “libre desplazamiento” y constituye uno de los mandatos fundamentales del Derecho de la Constitución, ello debido a su transcendencia, no solo en el desarrollo

pleno de lo que en derecho privado se denomina ‘autonomía de la voluntad’, sino en el alcance de los fines esenciales de la vida humana.

En relación con el fundamento y primacía de los derechos fundamentales a los que tiene acceso todo ciudadano, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2003) declaró lo siguiente:

El Estado de Derecho nació, de acuerdo a la historia y a la doctrina jurídica occidental, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar un amplio grupo de derechos fundamentales con una serie de garantías formales y materiales, todo ello dentro de una Constitución que consagrara la división de poderes y los principios de legitimidad y legalidad. Tendente, esta suma de ideas, a evitar las arbitrariedades eventualmente provenientes de las instituciones estatales. Es así que la primacía de un grupo central de normas que caracterizan a la Constitución como ordenamiento superior descansa en (i) su carácter de expresión directa de la voluntad general y (ii) en su enunciación de los derechos humanos fundamentales y de las libertades ciudadanas (...). Ejemplos de derechos fundamentales, son aquellos propios del ciudadano -ciudadanía, nacionalidad-; la libertad de las personas- libertad personal, de religión y conciencia, de residencia, de contratación, de elección de actividad económica, entre otros-; la igualdad jurídica entre las personas; el derecho de propiedad privada; y aquellos que permiten el acceso de las personas al control jurisdiccional (Considerando VI).

De igual manera, la Constitución Política, en su título IV, artículo 22, correspondiente a los derechos y garantías individuales, contempla el derecho a la libertad de tránsito, al declarar que todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga, no estando permitida la exigencia a los ciudadanos costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.

Este derecho está incluido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), en su artículo 13, bajo dos aspectos: 1. toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; 2. toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Otros institutos internacionales que también contemplan el derecho a la libertad de tránsito son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 8); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12), que hace referencia a que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él, y a no abandonarlo sino por su voluntad” (ONU, 1976). Sobre estas cuestiones se ha escrito lo siguiente:

El derecho de residencia y tránsito está estrechamente vinculado con el derecho a la libertad personal del cual, incluso, puede considerársele una de sus manifestaciones. Tal como ha sido reconocido por el Artículo VIII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y los más importantes instrumentos internacionales sobre la materia, el derecho de residencia y tránsito importa el ejercicio de las siguientes facultades: (a) de salir libremente de cualquier país, inclusive del propio; (b) de no ser expulsado del territorio del Estado del cual se es nacional ni privado del derecho de ingresar al mismo; (c) de escoger la residencia en el país del que se es nacional; y (d) de circular libremente por él (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, OEA, s. f., párr. 1).

En el artículo 22 de la Constitución Política, se puede observar que dicha garantía individual es a favor de los nacionales, y no de los extranjeros; específicamente la limitación se expresa principalmente en requisitos de ingreso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional, regulado por la Ley General de Migración y Extranjería (Asamblea Legislativa, 2009), artículo 6, inciso 3. Este rasgo categoriza la libertad de tránsito como un derecho fundamental otorgado y no natural, debido a que la normativa a nivel internacional y el derecho comparado reconocen la potestad de los Estados a reglar, vía ley formal, el estatus para el ingreso y salida de quienes no sean nacionales, pero no existe impedimento para que se puedan desplazar a través del país, en el tiempo de su estadía, si así se les autoriza.

La doctrina en materia de la libertad de tránsito es generalmente compartida en todos los países de corte democrático. Valga de ejemplo, la declaración de la Corte Constitucional de Colombia (2013), referida al tema en su doble vertiente: el derecho a la libre circulación y la limitación al mismo derecho en los casos previstos en la ley. Así, aquel órgano jurisdiccional colombiano ha declarado lo siguiente:

El derecho a la libre circulación y residencia es una libertad fundamental reconocida por los instrumentos internacionales y por sus mismos organismos intérpretes, que impone a los Estados una obligación, en principio, de abstención, en el sentido en que debe garantizar el libre y goce efectivo de transitar por donde se desee, pero también implica por parte de las autoridades estatales un obligación positiva, la cual se traduce en asegurar las condiciones dignas para transitar sin ser objeto de amenazas u hostigamientos arbitrarios de terceros o de los mismos agentes estatales. No obstante, no se trata de una libertad absoluta, pues puede ser restringida, siempre y cuando la medida cumpla con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad (Fundamento 2.3.2).

Modalidades en las normas regulatorias de la libertad de tránsito

Existen tres maneras jurídicas mediante las cuales la Administración reglamenta la libertad de tránsito en Costa Rica, a saber:

- ***Régimen represivo***

Tratándose propiamente de la libertad de tránsito, el régimen represivo se aplica respecto de la circulación y permanencia en determinados lugares. En principio, el ordenamiento garantiza a todas las personas la libre circulación por todo el territorio nacional, salvo que no se encuentre libre de responsabilidad.

El concepto “libre de responsabilidad” es desarrollado en la doctrina constitucional (Bastida, 2001), y es entendido en el carácter de responsabilidad judicialmente declarada por sentencia firme, lo cual significa que el ejercicio de la potestad de imperio o *ius puniendi* del Estado se materializa en la privación legítima de la libertad de tránsito (Casal, 1998).

- ***Régimen preventivo***

Otra modalidad de reglamentación de la libertad de tránsito es el régimen preventivo. En estos casos es necesario obtener una autorización administrativa para ejercitar la libertad. Jurídicamente, el régimen preventivo se presenta en dos vertientes: por la autorización previa y por la prohibición.

Dentro del ámbito de la libertad de tránsito, se puede citar el caso de que nadie puede conducir un automóvil si no cuenta previamente con una licencia. Por ello, el otorgamiento puede darse sujeto a determinadas condiciones, como ocurre, por ejemplo, con las personas con alguna discapacidad visual que, para expedirles el permiso de conducir, deben usar anteojos cuando conducen. Esta circunstancia se hace constar expresamente en el respectivo documento.

En otras ocasiones, la Administración prohíbe una determinada actividad, con lo cual la convierte en ilegítima. Con respecto a la libertad de tránsito se puede citar, como ejemplo, la prohibición para que determinados medios de transporte, como las bicicletas, circulen por las autopistas.

- *Régimen de declaración previa*

Finalmente, se encuentra el denominado régimen de declaración previa, según el cual los administrados se ven obligados a realizar determinadas declaraciones ante las autoridades, ya sea por fines meramente informativos o bien para que aquellas puedan ejercer un control exacto sobre su desplazamiento.

Tratándose de la libertad de tránsito, la declaración previa es muy utilizada con los extranjeros, a los cuales se les obliga a reportar cualquier cambio de domicilio, so pena de ser sancionados. También es obligatorio que los propietarios de hoteles envíen diariamente a las autoridades migratorias el registro de los extranjeros que han pernoctado en su establecimiento. Lo anterior persigue una finalidad estrictamente de control (CIJUL, 2013).

Alcances prácticos de la libertad de tránsito en Costa Rica

En el artículo 37 de la Constitución Política se balancea el derecho a la libertad de tránsito con la garantía de la seguridad, estableciendo que nadie puede ser privado de su libertad sin que de previo se haya cumplido con los formalismos que establece la ley². De igual forma

² Constitución Política, artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratase de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), en el artículo 7.1, donde textualmente se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”.

El hecho de que se reconozca la seguridad personal desde un valor de la colectividad conlleva la posibilidad de que un individuo pueda ser privado de su libertad, siendo esta potestad exclusiva del Poder Judicial. Es así, como en todo caso, las autoridades policiales cuentan con el término perentorio de veinticuatro horas para poner a un detenido a disposición del juez competente, como requisito esencial, para la validez de una detención. Es en este punto donde se encuentra quizá la mayor disyuntiva en relación con la libertad de tránsito y el aseguramiento de los procedimientos criminales: la prisión preventiva.

Como tantas otras, las garantías para la libertad de tránsito emanan claramente del liberalismo de fines del siglo XVIII. Es en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ya se establecía que la privación de libertad solamente sería legítima como pena estatal previo juicio y como resultado de una sentencia. No obstante, ese mismo texto —señala el autor Maier (2016)— nunca prohibió la prisión preventiva, lo cual resulta en una paradoja debido a que el principio de inocencia conllevaría a pensar que no se puede privar la libertad de trasladarse dentro del territorio a un ciudadano o la imposición de otras medidas cautelares como la reclusión domiciliaria para fines de aseguramiento de un proceso.

No obstante, estas formas de coerción, tan antiguas como el Derecho mismo, se justifican en la necesidad lógica de prevenir el peligro de fuga, el entorpecimiento de las pesquisas para alcanzar la verdad real de los hechos, la violencia o la intimidación de testigos. Cualquier tipo de medida coercitiva que limite la libertad de tránsito está sometido no solamente a la reserva de ley (principio de legalidad), sino al principio de proporcionalidad, el cual impone límites razonables, temporales, correspondientes a la gravedad fáctica y su relación con otros valores constitucionales como los ya mencionados: salud y seguridad. Tratando de evitar la arbitrariedad y medidas irracionales, a todo lo anterior habría que añadirle las situaciones de emergencia o estados de excepción, ante los cuales de forma limitada en el tiempo se puede hacer una restricción de la libertad de tránsito por motivos de seguridad, como en caso de conmoción, fuerza mayor, catástrofes naturales, terrorismo, etc.

Tal y como ya se ha analizado, tanto la Constitución Política, como la legislación ordinaria, es un conjunto normativo garante de forma amplia de la libertad de tránsito a las personas

habitantes del territorio nacional. No obstante, y como es el común denominador en la aplicación del Derecho, muchas veces esas normas deben adaptarse a diferentes situaciones jurídicas y es así cómo se logra poner de manifiesto su alcance. Para comprender de una mejor manera dichos alcances, se ejemplificará a través de la jurisprudencia, la doctrina y las leyes, cuáles son esos alcances en Costa Rica.

Restricción al libre tránsito por espectáculos masivos

Una situación común se presenta cuando a raíz de la convocatoria de un evento de asistencia masiva, la Fuerza Pública, por motivos de seguridad, limita el tránsito de personas en las cercanías de la actividad. Tal es el caso resuelto por Voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2009), en el cual y dentro de los hechos probados se dice que el operativo de seguridad consideró la necesidad el acceso controlado al perímetro inmediato al estadio Ricardo Saprissa con motivo de la realización del partido de fútbol entre las selecciones nacionales de Costa Rica y México. Ante ello, un vecino de Tibás formuló un *habeas corpus* contra la Fuerza Pública y la Federación de Fútbol, alegando que debido al operativo que se llevó a cabo, se violentó su derecho de tránsito, ya que se le impidió ingresar a su vivienda, sin antes pasar por el control debido.

En relación con esta situación, resulta esencial tener claro que durante el desarrollo de este tipo de actividades (que son de carácter temporal y en las que se maneja un volumen importante de personas) es necesario mantener ante todo la seguridad individual y colectiva, y esta es la razón por la que se faculta a la Fuerza Pública para delimitar en ciertos casos el ejercicio del derecho fundamental en estudio. La libertad de tránsito no es irrestricta, como se aclara en la precitada resolución, al expresarse lo siguiente:

La jurisprudencia de la Sala es reiterada y contundente en admitir que el ejercicio de las potestades de policía reconocidas al Estado, permite la implementación de determinadas medidas de seguridad ante la realización de eventos donde la asistencia de público sea masiva, precisamente para regular y ordenar la sana convivencia y evitar situaciones de riesgo para los asistentes y demás personas que pudieran verse afectadas. Este tipo de medidas se caracteriza por su situación eminentemente temporal y en respuesta de una actividad concreta en un sitio determinado, por lo que a priori resulta impropio argumentar violaciones de grado constitucional ante

las molestias que pueda ocasionar la ejecución de este tipo de medidas aisladas y de corta duración (Sala Constitucional, 2009, Considerando X).

Es decir, evidentemente, sobre los derechos personales prevalecen los del bien común y el interés general, por lo cual, la Sala declaró sin lugar el recurso, pues no se logró demostrar, según los argumentos presentados, la violación de derechos: al ciudadano no se le impidió el ingreso a su vivienda y simplemente se le exigió pasar por los controles pertinentes por un asunto de seguridad de pública.

Agujas de control de paso en urbanizaciones

Sobre este tipo de dispositivos, en un caso puesto a la consideración de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2012a), el tribunal, con referencia los hechos probados en el proceso, señala lo siguiente:

En la entrada de la urbanización Residencial Esteban, sobre la calle pública, existen 2 portones, uno de ingreso y otro de salida, controlados desde una caseta de seguridad. También existen portones sobre las aceras. Tales obras no cuentan con permisos de construcción y funcionamiento emitidos por la Municipalidad de Alajuela y los portones y la caseta se encuentran invadiendo el derecho de vía (ver informe rendido por las autoridades).

La recurrente señala que: para poder ingresar o salir de la urbanización, requiere que uno de los guardas de seguridad ubicados en la caseta proceda a desbloquear el portón y, luego, ella debe bajarse de su vehículo para presionar un botón que abre el portón (Considerando II).

Este recurso de amparo se presentó en contra de una Asociación vecinal, se incurrió en un claro impedimento de transitar libremente, existiendo una violación a este derecho fundamental debido al uso incorrecto de las agujas de seguridad. Como dato importante, hay que tener presente que todos estos sistemas de seguridad deben estar debidamente aprobados por las municipalidades, y en este caso en particular no contaban con los permisos correspondientes. La Ley sobre Regulación de Mecanismos de Vigilancia del Acceso a Barrios Residenciales con el Fin de Garantizar el Derecho Fundamental a la Libertad de Tránsito (Asamblea Legislativa, 2010), en su artículo 9 dispone lo siguiente:

- a) No se podrá impedir, bajo ningún concepto, el libre tránsito vehicular o peatonal.
- b) En caso de que se trate de un peatón, este podrá entrar o salir del barrio o residencial sin ningún tipo de restricción; ello sin demérito de la vigilancia normal de la que pueda ser objeto.
- c) En caso de que se trate de un vehículo, el mecanismo de vigilancia del acceso indicado en el artículo 4 de esta Ley sólo podrá ser utilizado para que el agente de seguridad respectivo tome nota de la matrícula y la descripción del vehículo, así como de la cantidad de sus ocupantes y descripción general de ellos. Una vez que el vehículo se detenga, el oficial encargado deberá levantar el indicado mecanismo de vigilancia.

Esta clase de sistemas de seguridad se implementan en la mayoría de los casos sobre calle pública, por lo que no deberían ser regulados por un particular y menos impedir que cualquier ciudadano pueda circular en ellas, según el artículo 22 de la Constitución Política. Como se dijo anteriormente, la Sala Constitucional (2012a) así lo confirmó, dando con lugar al recurso formulado, declarando que la última vertiente jurisprudencial mantenida por este Tribunal Constitucional respecto de las agujas y otros dispositivos o mecanismos que restringen la libertad de tránsito o movimiento, estimó que estos resultan inconstitucionales, por cuanto, las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales son reserva de ley (artículo 28 a contrario sensu de la Constitución y 19 de la Ley General de la Administración Pública).

Vendedores ambulantes ilegales que obstruyen paso

En relación con la obstrucción de vía pública como consecuencia de la realización de ventas ambulantes, el tema quedó resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2013), al conocer de un recurso en el que se tuvieron por hechos probados los siguientes: “a) Las vías públicas dentro del bulevar de la Avenida 4 y la Avenida Central, son tomadas por vendedores informales, quienes obstaculizan las aceras con sus productos, situación que ocasiona obstrucción al libre tránsito peatonal y conflicto social” (Considerando I)..

El recurso de amparo fue interpuesto por un transeúnte que frecuentaba la zona de San José, contra el Ministerio de Seguridad Pública, la Municipalidad de San José, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Dirección General de Migración y Extranjería. Se fundamentó el recurso en que las vías públicas son tomadas por vendedores ambulantes que impiden el

libre tránsito de los peatones y hace énfasis en la dificultad que esto ocasiona a las personas adultas mayores y con discapacidad para realizar diversas diligencias debido a los múltiples puestos de ventas irregulares, lo cual hace colisión con el Reglamento de Ventas Ambulantes y Estacionarias, de la Municipalidad de San José (2007), donde se dispone, en su artículo 2, lo siguiente: “Nadie podrá realizar el comercio en forma ambulante, salvo los pregoneros de venta de lotería y periódico, y en forma estacionaria en las vías públicas cuando obtenga la respectiva licencia municipal”.

La Sala Constitucional declaró con lugar el recurso por haber evidencia de los argumentos presentados y ordenó que se garantizara de forma inmediata y continua, a través de la debida inspección y vigilancia, el libre acceso de los transeúntes a las aceras ubicadas en las paradas de Escazú, entre avenidas Central y Primera, diagonal al mercado de la Coca Cola; la Avenida Central desde el Hospital de Niños, pasando por el bulevar hasta las paradas de San Pedro de Montes de Oca; y la Avenida 4, desde la Plaza de las Garantías Sociales hasta el Templo de la Merced, evitando la presencia de vendedores ambulantes, ilegítimamente ubicados en dichos lugares.

Denegatoria de ingreso a un centro comercial

Si bien los centros comerciales son propiedad privada, al estar abiertos al público están reglados por principios de acceso, a la luz del Derecho de la Constitución. Sin embargo, se dan situaciones en las que los administradores o los propietarios desean reservarse el derecho de admisión, pudiendo ocasionar violaciones al derecho de tránsito. Sobre ello, la situación particular, solventada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2012b), con base en los siguientes hechos probados:

De importancia para la decisión de este asunto y con vista del informe del recurrido incorporado al expediente electrónico, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: a) que el recurrido desconoce la existencia de la filosofía religiosa que alude el recurrente practicar y si efectivamente el mismo la practica o no; b) que desconoce si tan habitualmente el amparado ha asistido al centro comercial así como si ha comprado o no en los comercios instalados dentro del mismo y de sus pasatiempos; c) que desconoce las actividades y vida del tutelado; d) que el 03 de setiembre de 2011, se le informó al recurrente que si quería seguir ingresando a las

instalaciones del Condominio, era requisito utilizar calzado, situación que él mismo reconoce; e) que el recurrente continuó ingresando descalzo al Condominio; f) que el 02 de octubre de 2011, oficiales de seguridad se percataron de la presencia del tutelado, por lo que se tomó la medida de volverle a indicar que era requisito llevar calzado para ingresar al Centro Comercial y que, de lo contrario, debía abandonar las instalaciones y ante su negativa, se tuvo que acudir a la Fuerza Pública para que colaborara con la seguridad privada; g) que unas horas después, el recurrente volvió a intentar ingresar al Condominio pero ahora con la compañía de dos personeros de la Fuerza Pública y exigió el reglamento interno del condominio (Considerando D).

El caso presentado corresponde a un recurso de amparo interpuesto por un practicante de la filosofía religiosa Tao, en contra de Multicentro Valparaíso VPO S. A. El recurrente consideró lesionados sus derechos fundamentales porque se le prohibió el ingreso y permanencia dentro del centro comercial ante su decisión de andar descalzo como ejercicio de un mantra u oración constante, según su filosofía religiosa. Sobre este tema, la Constitución Política, en su artículo 75, declara lo siguiente: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”.

La Sala declaró con lugar el recurso, dejando sentado que el recurrente por andar descalzo no lesiona la moral ni las buenas costumbres públicas, como se expresa en el artículo citado, por lo cual debe respetarse la religión y costumbres que adopte, siempre y cuando no sea en detrimento de los valores protegidos por el texto constitucional.

La apreciación de los representantes del centro comercial resulta ser a todas luces un juicio de valor eminentemente subjetivo, que limita definitivamente su acceso a un lugar que, aunque privado, está destinado y tiene como razón de ser, la visita del público en general (potenciales clientes de los negocios ahí instalados), menoscabando la libertad de tránsito como resultado de una forma de censurar una decisión de aspecto totalmente personal.

Libertad de tránsito *versus* derecho de manifestación

Se ha dicho que el Estado garantizará la libertad de tránsito de las personas; no obstante, a veces ocurre que dicha libertad se ve limitada o regulada por algunos otros derechos de tipo

personal. Tal es el caso del derecho a manifestarse libremente, pues aunque se supone que una garantía no debe ir en detrimento de otra, hay situaciones específicas a las que se les da un mayor reconocimiento frente a otros derechos.

El derecho a manifestarse libremente en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones ha sido conceptualizado con una mayor preeminencia, en lo que se considera un derecho que es de tipo personal, pero también con repercusiones políticas, al amparo del artículo 28 de la Constitución Política, que indica que “nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”. En relación con esta cuestión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2000) ha sentado la siguiente doctrina:

Debido a que durante las manifestaciones populares es factible que el ejercicio de la libertad de expresión de unos limite el ejercicio de la libertad de tránsito de otros, el Estado –a través de los órganos y autoridades competentes para hacer uso de la fuerza pública- debe analizar el contenido mínimo esencial de ambos derechos, con la finalidad de armonizar las libertades (...) De manera que deberá garantizar la libertad de tránsito de las personas, organizando salidas alternas, levantando obstáculos en las vías, pero jamás dispersando mediante maltratos físicos y detenciones ilegítimas al grupo de personas que se encuentren manifestando su opinión en forma pacífica (Considerando X).

Es decir, pese a que se debe garantizar la libertad de tránsito, esta no debe lesionar el derecho que tienen las personas a manifestarse, de manera que la intervención estatal puede orientarse a procurar el tránsito a través de vías alternas, pero nunca en el orden de impedir o reprimir una manifestación.

Utilización de las vías de tránsito

Hasta este punto, es claro que el Estado busca garantizar el tránsito. Sin embargo, es importante recalcar que ese tránsito tampoco es libre por las vías terrestres o marítimas; dicho de otro modo, en procura de garantizar también el orden y la seguridad, el tránsito de personas y automotores a lo largo del territorio nacional está regulado para que se dé en las zonas creadas para tal fin, de forma específica, según la naturaleza de quien circule. Por

ejemplo, en el caso de los peatones, la vigente Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial (Asamblea Legislativa, 2015) dispone en el artículo 120 las siguientes reglas:

Los peatones están obligados a acatar las siguientes indicaciones:

- a) El tránsito peatonal por vías públicas se hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos.
- b) En las zonas urbanas, transitarán por las aceras y cruzarán las calles en las esquinas, las zonas de paso marcadas o los pasos peatonales a desnivel.
- c) Transitarán por el lado izquierdo de las vías públicas según la dirección de su marcha, cuando no existan aceras o espacio disponible.
- d) Se prohíbe transitar por las vías públicas de acceso restringido o sobre las vías del ferrocarril, así como realizar actos de malabarismo, circenses, mendicidad o de cualquier otra índole, incluidas las ventas o actividades lucrativas.

Por consiguiente, se infiere que la libertad de tránsito de los viandantes está supeditada a que se dé en las áreas que no están destinadas al tránsito vehicular, entre otras limitantes. De la misma manera, la Ley es clara con respecto al tránsito de objetos de otra naturaleza, como automóviles y bicicletas —por mencionar algunos—, los cuales no se analizan por los fines de este estudio, pero que sí son contemplados por la ley.

Asimismo, el Estado dispone de leyes para garantizar el libre acceso y la correcta utilización de las vías de tránsito, tal y como se dispone en el Código Penal vigente (Asamblea Legislativa, 1970), cuyo artículo 400 establece multas en los siguientes supuesto:

El que instale avisos o rótulos que por semejanza, forma, color y colocación puedan entorpecer la lectura de las señales oficiales de tránsito, la circulación de los vehículos o la visibilidad de las vías. (...) El que obstruya o, en alguna forma, dificulte el tránsito en las vías públicas o sus aceras, con materiales, escombros u objetos, o las cruce con vehículos, vigas, alambres u objetos análogos, sin valerse de los medios requeridos por el caso para evitar daño o molestia a los transeúntes o conductores, si se hubieran colocado sin licencia de la autoridad competente.

Algunos autores, como Hernández (2015), desarrollan la idea de la privación del derecho de tránsito —siendo esta una competencia del Estado— para casos específicos, por ejemplo,

razones de salubridad o seguridad pública. Se debe recalcar que todas estas situaciones aplican únicamente para costarricenses o personas residentes permanentes, ya que en el caso de extranjeros se dan otras circunstancias (ingreso, permanencia y salida del país) y otro tipo de normativa, cuyo análisis excede los objetivos de esta investigación.

Es necesario traer a colación también, la existencia de una estrecha relación con el derecho a la libertad de residencia y de circulación —con base en el derecho a la libertad referido a la escogencia del domicilio— y el derecho a transitar, ambos conceptos protegidos por medio del ordenamiento jurídico esencialmente en la Constitución Política.

Conclusiones

Como resultado del estudio llevado a cabo, queda evidenciado que en Costa Rica está adecuadamente asegurado el derecho de la libertad de tránsito, dentro del orden constitucional en lo referido a derechos y garantías individuales de los ciudadanos, conforme con lo determinado en el artículo 22 de la Constitución Política, derecho también ratificado en pactos y convenciones de carácter internacional.

Ese conjunto normativo no es óbice para que en algunas ocasiones se puedan presentar situaciones fuera de lo usual, que produzcan una interrupción temporal en la libertad de tránsito. Ahora bien, también queda claro que, por encima de los derechos personales, en un Estado social de derecho prevalecen los valores fundamentales como son los del bien común y el interés general sobre las necesidades individuales.

Sin embargo, para que efectivamente se dé una adecuada aplicación del bien común, nunca debe haber una eventual arbitrariedad por parte de alguna institución estatal o privada. Por ejemplo, resulta claro que la privación de libertad derivada de sentencia penal es corolario de un proceso previo de acuerdo con el ordenamiento jurídico, de forma que, si una persona resulta ser condenada, es porque efectivamente resultó tener la responsabilidad por lo que se le imputa en su debido momento, por lo cual no existe una aplicación indebida de los principios estudiados.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970). *Código Penal*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=4573
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009). *Ley General de Migración y Extranjería*. N.º. 8764. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=66139&nValor3=0&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2010). *La Ley sobre Regulación de Mecanismos de Vigilancia del Acceso a Barrios Residenciales con el Fin de Garantizar el Derecho Fundamental a la Libertad de Tránsito*. N.º. 8892. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69317&nValor3=83214&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2015). *Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial*. N.º. 9078. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=73504&nValor3=104107&strTipM=TC
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=TC
- Bastida, F. (2001). *Libertad de circulación. Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III*. Madrid: Civitas.
- Casal, J. (1998). *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales*. Madrid: CEPC.
- Centro de Información Jurídica en Línea. (CIJUL). (2013). *La libertad de tránsito*. Recuperado de <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/users/inicio>
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. OEA. (s. f.). Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85sp/cap6.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sala Séptima de Revisión de Tutelas. Expediente T-3.710.565*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-202-13.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (2000). *Sala Constitucional. Expediente: 00-002465-0007-CO. Voto N.º. 03020*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=137868&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2003). *Sala Constitucional. Expediente: 02-005494-0007-CO. Voto N.º. 02771*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=236027&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2009). *Sala Constitucional. Expediente: 09-013791-0007-CO. Voto N.º. 15707*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=458267&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2012a). *Sala Constitucional. Expediente: 12-001557-0007-CO. Voto N.º. 003352*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=554586&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2012b). *Sala Constitucional. Expediente: 11-012523-0007-CO. Voto N.º. 011075*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=558289&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2013). *Sala Constitucional. Expediente: 13-000259-007-CO. Voto N.º. 007047*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=580194&strTipM=T&strDirSel=directo
- Hernández, R. (2015). *Constitución Política de la República de Costa Rica, comentada con citas de jurisprudencia*. San José: Juricentro.
- Historia Universal. (s. f.) *Ilustración*. Recuperado de <http://mihistoriauniversal.com/edad-contemporanea/ilustracion/>

- Maier, J. (2016). La privación de la libertad como núcleo básico de las medidas cautelares en el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy. *Revista Contextos. UNAM*, núm. 6. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2839/2642>
- Municipalidad de San José. (2007). *Reglamento de Ventas Ambulantes y Estacionarias*. Recuperado de https://www.msj.go.cr/informacion_ciudadana/SiteAssets/archivos/reg_ext/RE-05.1.pdf
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Organización de los Estados Americanos, OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Los delitos de injurias y difamación en el ordenamiento jurídico costarricense

Adrián Bellanero Quesada¹

Resumen

Los delitos contra el honor, especialmente los de injuria y la difamación, constituyen una problemática actual, presente en la vida de todas las personas, dada la necesidad de interacción y de expresión característica de la naturaleza humana. No obstante, ese derecho de expresarse suele confundirse con un permiso para emitir juicios de valor negativos en contra de alguien, bajo la falsa creencia de que no existe consecuencia alguna, lo cual da lugar a que diariamente, ya sea por medio de redes sociales, medios de comunicación masiva o de forma personal, se perpetren violaciones al bien jurídico del honor de determinadas personas, producto de la errónea concepción que la ciudadanía tiene de su libertad de expresión y de la trascendencia y dimensión del honor. Es por ello que el presente artículo trata sobre el estudio de la realidad jurídica del bien jurídico del honor en Costa Rica, así como del análisis de las figuras delictivas de injurias y difamación.

Palabras clave

Bien jurídico, difamación, dignidad, desacreditar, deshonorar, excepción de la verdad, honor, juicios de valor, injuria, interés público, reputación, propia estima, real malicia.

¹ Egresado de la carrera de Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo electrónico: adrainbellanero-01@hotmail.com

Abstract

Nowadays crimes against honor, especially the crime of injury and slander people, are a common issue; present in the daily life of all people, this in reason that everyone needs to interact with others and express themselves in some form, either verbal or written form, because this is part of human nature. Nevertheless, this right to express oneself is often confused with a license to make negative value judgments against someone else, this is the result of the erroneous belief that there is no consequence, this situation causes that every day, either through social networks, mass media or the personally form, these violations are perpetrated to the legal asset honor of people, this is the wrong idea that citizenship has, about their freedom expression, the implications and the dimension of honor. For this reason, the present article deals with the study of the legal reality of the honor as object of penal justice in Costa Rica, as well as the analysis of the criminal figures of injury and defamation.

Keywords

Judicial good, slander, dignity, discredit, dishonor, exception of truth, honor, value judgments, insult, public interest, reputation, own esteem, real malice.

El bien jurídico tutelado

El Estado tiene como una de sus funciones primordiales asegurar la convivencia en sociedad, lo cual realiza por medio de la creación de un sistema jurídico (*corpus juris*) el cual según, Cornu² (2007), está dirigido a satisfacer los intereses de los particulares, es decir, darle a cada quien lo que le corresponde o lo que se merece, y con ello evitar que los integrantes de la sociedad busquen como tutela individual de sus propios “derechos”, la justicia a propia mano. Por esto, el Estado debe ejercer control sobre algunas conductas de las personas que integran la sociedad, el cual es denominado “control social”, y comprende las diferentes organizaciones con las que el Estado y la sociedad previenen o responden a los comportamientos humanos que se pueden considerar como desviados, preocupantes, no tolerados o indeseables.

² “En este sistema cada individuo goza (o puede esperar gozar) de facultades jurídicas que le son reconocidas, al menos primordialmente, para la satisfacción de sus propios intereses (derecho a la propiedad, crédito)” (p. 6).

El Derecho Penal³ forma parte del control social-estatal y es el medio más represivo utilizado por el Estado para mantener la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad. Por medio del Derecho Penal, el Estado en ejercicio de su poder punitivo (*ius puniendi*) establece ciertas conductas humanas —consideradas como desviadas o socialmente no toleradas— como prohibidas y las sanciona con penas privativas de libertad, medidas de seguridad y multas, entre otras⁴. El ejercicio del control estatal por medio del Derecho Penal está vinculado a la protección de determinados bienes jurídicos⁵, entendidos estos como aquellos valores individuales⁶ o colectivos constitucionalmente relevantes y que por su trascendencia o importancia merecen protección. Es por ello que se puede afirmar que la misión del Derecho Penal es la protección de los valores sociales⁷ fundamentales, como forma de garantizar la vida en común dentro de la sociedad y para salvaguardar la paz entre los miembros que la componen. De esto se deriva, según Berdugo, Pérez y Zúñiga (2016) que no se puede determinar una conducta punible sin la existencia de un peligro concreto o real, o un daño para un bien jurídico penalmente relevante, toda vez que el cometido del Derecho Penal no es defender ideas morales, religiosas o políticas, sino valores socialmente relevantes cuya desprotección generaría caos en la sociedad.

De la misma manera, Berdugo, Pérez y Zúñiga (2016) manifiestan que la respuesta penal solo está justificada ante las violaciones más lesivas a los bienes jurídicos de mayor importancia, es decir, los bienes jurídicos que tienen relevancia constitucional, debiendo quedar en la esfera de protección de otras ramas del ordenamiento jurídico las perturbaciones más leves que afecten la convivencia en comunidad. Esto viene a dilucidar que el legislador está restringido a únicamente establecer como punible aquellas conductas que afecten o tiendan a afectar un bien jurídico determinado.

En palabras de Roxin (1997), una definición correcta de bien jurídico que sea vinculante político-criminalmente solo se puede derivar de aquellos valores plasmados como

³ “Por derecho penal se entiende la parte del ordenamiento jurídico que establece los presupuestos de punibilidad y las distintas características de la conducta merecedora de pena o medidas de seguridad” (Wessels, 1980, p. 4).

⁴ Véanse los tipos de penas en el artículo 50 del Código Penal costarricense (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970).

⁵ “Merecerán la consideración de bienes jurídicos aquellos intereses necesarios para el mantenimiento de un determinado sistema social” (Wessels, 1980, p. 5).

⁶ Valores esenciales, que por su naturaleza todo individuo merece y necesita para su autorrealización y desarrollo social.

⁷ “La vinculación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos, no exige que solo haya punibilidad en casos de lesión de bienes jurídicos es suficiente una puesta en peligro de un bien jurídico” (Roxin, 1997, p. 60).

fundamentales en la Constitución Política. En el caso de los delitos de injurias, difamación y calumnia objeto de análisis en el presente artículo, el bien jurídico que el legislador buscó proteger es el honor, el cual encuentra asidero constitucional en el numeral 41 de la Carta Magna (Asamblea Nacional Constituyente, 1949), así como en los artículos 11 de la Convención Americana de Derecho Humanos (Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (b-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969), 12 de la Declaración Universal de Derecho Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A) y V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948) tratados internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica, los cuales para lo que interesa, establecen que toda persona tiene derecho al respeto a su honra, dignidad y reputación, y que la ley debe proteger a todos de los ataques abusivos a dichos derechos. Tales preceptos internacionales poseen el rango constitucional, por lo que son vinculantes y de acatamiento obligatorio para el Estado costarricense.

Conceptualización del honor como bien jurídico

El ordenamiento jurídico costarricense es omiso en definir jurídicamente el honor, debido a sus características de abstracción, relatividad y constante cambio de percepción⁸, así como al hecho de que está profundamente vinculado con las valoraciones y sentimientos propios y ajenos⁹, lo que convierte al honor en uno de los valores sociales más difíciles de conceptualizar. Según Muñoz (2004), esto se debe a que la presencia de una agresión al bien jurídico honor depende de los diversos imponderables; de la sensibilidad del grado de formación; de la situación del sujeto pasivo y activo; de las relaciones recíprocas entre ambos; y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho. Esta característica del honor es la que obstaculiza la capacidad de delimitar su concepto, contenido y las formas —penalmente relevantes— por medio de las cuales se pueda agraviar.

No obstante, debido a las dificultades para establecer un concepto jurídico del honor, la doctrina nacional e internacional, así como los Tribunales del Poder Judicial de Costa Rica, han adoptado la posición de delimitar la tutela del bien jurídico honor en las esferas objetiva

⁸ Varía según las circunstancias en las que se perpetre una vulneración a dicho bien.

⁹ Depende de la opinión ético-social dominante en un determinado momento histórico, lugar geográfico y circunstancia.

y subjetiva. La primera de ellas alude a la reputación, fama y buen nombre de una persona, es decir, la forma en que terceras personas perciben las actitudes, cualidades, comportamientos y condiciones de una persona, tanto desde el punto de vista de su personalidad, como en lo intelectual, profesional, familiar, académicos o empresarial; mientras que la segunda alude a la autoestima y propia valía que cada persona siente de sí misma, es decir, a la autovaloración propia que cada persona se da a sí misma.

En esa línea de pensamiento, Creus (1992) define el honor como las condiciones valiosas que toda persona posee en sus relaciones sociales, laborales, jurídicas, familiares, culturales, psíquicas y físicas (objetivo), las cuales también incluyen el sentimiento de dignidad del hombre (subjetiva). Dichas condiciones o cualidades deben ser respetadas en las relaciones sociales que tenga el individuo, en razón del mínimo de respeto que cada miembro de la sociedad debe a los demás.

De lo anterior se puede ilustrar que el honor tiene una íntima relación con la proyección que cada persona tiene en la sociedad (reputación) así como de su autoestima, lo cual genera un conflicto de posiciones sobre su aplicación y protección, consistentes en determinar cuándo posee un sujeto reputación y propia estima, qué es reputación, cuándo se produce la lesión al honor y quiénes pueden ser sujetos de protección a dicho valor social.

Producto de dichos cuestionamientos se han generado distintas concepciones doctrinales sobre el alcance del bien jurídico honor, las cuales —para lograr determinar el verdadero contenido, aplicación y protección del honor— se proceden a analizar.

Concepción estrictamente fáctica del honor (honorabilidad u honor real)

Según Lorenzo (2002), esta concepción del honor deriva de la distinción entre el honor objetivo y subjetivo¹⁰, toda vez que los defensores de esta teoría aducen que el Derecho Penal no debe proteger honores no merecidos, sino que únicamente debe tutelarse el derecho de aquellas personas que por su comportamiento o condición lo merezcan¹¹. La aplicación de

¹⁰ Deriva de esta distinción, toda vez que esta concibe dichas vertientes como el objeto de tutela del bien jurídico honor y no como lo que efectivamente son: una simple delimitación de su rango de protección.

¹¹ “El objetivo de tutela penal es, por consiguiente, la protección de los niveles socio-económicos alcanzados” (Fuentes, 2007, p. 412).

esta concepción del honor se vuelve variable, es decir de diferente aplicación para cada ciudadano, en función del grado de prestigio que lo distinga ante la sociedad, ya sea como persona, trabajador, empresario, miembro de familia...¹²; es decir, una persona de escasos recursos siempre gozará de menos protección a su honor, que una persona adinerada, por ser esta última más reconocida por la sociedad, en razón de su condición económica.

Lo anterior hace referencia a que la reputación de una persona se debe valorar en relación con la manera como proyecta su imagen o, en otras palabras, que la afectación a la fama o reputación de las personas proviene de su propia conducta, toda vez que los derechos al buen nombre y al crédito son derechos que deben ganarse de acuerdo con los comportamientos de las personas o a su condición económica. En virtud de dichos comportamientos, el sujeto puede gozar del respeto y admiración de la sociedad como consecuencia de su conducta ajustada a los comportamientos éticos-sociales aceptados, o bien por el contrario, en caso de que carezca de tal imagen y prestigio, en razón a su indebido comportamiento. (Lombana, 2013). Por ejemplo, una mujer que practique la prostitución como medio de subsistencia, perderá su derecho al reconocimiento y protección al honor, toda vez que su comportamiento no se ajusta a los estándares éticos y morales en una sociedad que reproche dicho oficio, por lo que no se le debe proteger el honor que no merece.

Esta línea de pensamiento propicia la existencia de sujetos sin honor, toda vez que lo perdieron a raíz de sus comportamientos “indebidos”, lo que genera que toda persona pueda indagar y probar la verdad de toda imputación que por su contenido pueda considerarse deshonrosa. En aplicación de esta concepción del honor, un agravio a dicho bien jurídico se produciría únicamente si la manifestación realizada con el objetivo de desacreditar o deshonar carece de veracidad (sea falsa), dándole la facultad al sujeto activo de probar que la supuesta víctima del ataque no se ha comportado correctamente (en cualquier esfera de su vida) en apego a los estándares éticos y morales establecidos por la sociedad en la cual se desarrolla y por ello no es merecedora (por haberlo perdido) de la tutela al honor, eximiéndose el “infractor” de toda responsabilidad.

En esta misma línea de ideas, Lorenzo (2002) manifiesta que en aplicación del honor bajo la concepción estrictamente fáctica, quien manifiesta en perjuicio de otro un hecho

¹² “La protección del tipo penal sobre el grado de lesión al bien jurídico, dependerá de la manera como conduce la vida el ofendido, pues a quien le dicen borracho siendo abstemio se le ofenderá más gravemente, que si es un sujeto que permanece ebrio” (Lombana, p. 38, 2013).

deshonroso solamente lesionará el bien jurídico si la imputación realizada es falsa, pues en caso de ser verdadera únicamente estaría haciendo público un vicio real del ofendido, o lo que se asemeja a una circunstancia de su vida que releva la falta de cumplimiento a los deberes ético-sociales, lo que haría a dicha persona desmerecedora de tutela al bien jurídico honor.

La aplicación de esta concepción de manera errada propiciaría como objetivo del Derecho Penal, la protección del prestigio o consideración social de determinadas personas (quienes tienen mayores capacidades de mantener en su esfera privada todos sus comportamientos indebidos), generando de manera inevitable una protección sumamente clasista del bien jurídico honor. Así las cosas, resulta indiscutible que la aplicación de esta concepción del honor en el ordenamiento jurídico costarricense vulneraría de forma absoluta el orden constitucional, en relación con el derecho de igualdad¹³ establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, debido a que al no considerarse el honor como un derecho inherente a toda persona, sino solo a aquellas que por su comportamiento apegado a los valores “ético y sociales” —concebidos así por la sociedad en un lapso histórico determinado—, se estaría generando un trato discriminatorio contrario a la dignidad humana, en razón de una diferencia de trato inmerecida basada en la desigualdad personal o social.

La solución a la desigualdad propiciada por esta concepción del honor sería aceptar que todas las personas, por el simple hecho de serlo, disponen de honor, independientemente de su raza, comportamiento, sexo o posición económica.

Concepción estrictamente normativa (honor aparente)

En esta concepción del honor se dejan de lado todos los elementos fácticos y se pasa al plano valorativo, por medio del cual comienza a emplearse el honor como concepto íntimamente ligado a la dignidad humana, atribuyéndole al honor la condición de un atributo de la personalidad que corresponde por igual a cualquier ser humano por el simple hecho de existir. Esta teoría determina que la autoestima (en razón de que el individuo proyecta ante

¹³ “El derecho a la igualdad se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, especialmente las que se traban entre los ciudadanos y el poder público. Por consiguiente, el derecho a la igualdad se resume en el derecho a ser tratado igual que los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se constituyen” (Hernández, 2015, p. 150).

la sociedad su sentimiento de propia valía) y la reputación son un reflejo exterior de esa dignidad.

Es aquí donde resulta menester conceptualizar el término ‘dignidad humana’ el cual, de la misma forma que el honor, resulta difícil de aprehender jurídicamente. La Real Academia Española (2017) lo define como “calidad de digno”, así mismo define ‘digno’ como “merecedor de algo” o “condición de algo o alguien”, conceptualizaciones de las cuales no se puede derivar un término claro que permita definir la dignidad, sino que lo que dilucida de ellas es un condicionante de exigir su reconocimiento a toda persona por el simple hecho de existir, esto independientemente de su edad, sexo, preferencia sexual, nacionalidad, profesión, religión o condición económica-social.

Por otra parte, según Rodríguez (1999), la dignidad de una persona existe independientemente de cualquier juicio de valor, sin importar que provenga de la sociedad o del propio individuo; además, agrega que la dignidad está sustancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana y se manifiesta a través de un conjunto de derechos inviolables que le son inherentes al hombre desde su nacimiento (vida, salud, honor, propiedad...), y agrega que dichos derechos se encuentra en una relación de subordinación respecto al valor de la dignidad humana, en una relación tal de vinculación, que imposibilitan concebir un agravio a estos derechos fundamentales, sin que resulte lesionada al mismo tiempo la dignidad de su titular. En una posición similar, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José (2012) estableció la dignidad humana como:

Límite o barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aun cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento nos da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento de los demás derechos y atributos, en primera instancia propios, pero que al mismo tiempo trae su reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para toda persona, sin excepción (Considerando II, párr. 4).

La teoría normativa sitúa la esencia del bien jurídico honor en un atributo inherente a toda persona, dotándolo de un contenido igualitario —a diferencia de la conceptualización fáctica— dejando de lado cualquier vinculación a factores sociales o personales, que solo sirven para estigmatizar al individuo e introducir diferencias discriminatorias entre las personas. La concepción normativa establece que el derecho al honor corresponde a todo ciudadano por igual, sin importar que su comportamiento no se adecúe a los parámetros ético-sociales, pues toda persona tiene derecho a disfrutar del aprecio y respeto de los demás y de sí misma, sin verse sometida a comportamientos de menosprecio originados por su condición de vida o de las circunstancias culturales y económicas que tenga.

De lo anterior se puede dilucidar que según esta teoría, el agravio al bien jurídico honor significa dejar de concebir a una persona como un par o como igual, lo que representa un desprecio a algunas cualidades y capacidades que determinada persona estima en sí misma como valiosas y que la sociedad percibe de ella, y por esto lesiona de forma concomitante la dignidad del “ofendido”, toda vez que según Muñoz (2004), “el honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia valía de una persona” (p. 282).

No obstante, esta conceptualización normativa del honor no ha estado exenta de críticas, pues sus detractores estiman que esta teoría no es aplicable, toda vez que no se dota de especificidad al bien jurídico honor, sino que se incorpora a un valor (dignidad) que se encuentra inmerso en todo derecho fundamental reconocido al hombre, en razón de que la dignidad constituye un principio genéricamente aplicable por igual a todos los derechos fundamentales del orden constitucional, lo cual según Lorenzo (2002) genera que el vínculo entre la dignidad y el honor no tenga diferencia alguna o mayor relevancia en relación con los demás bienes jurídicos.

Una segunda crítica radica en que esta teoría plantea una interpretación extensiva del honor, imposibilitando su restricción, ya que todo ataque al honor de una persona conlleva también el agravio a su dignidad, mas no todo agravio a la dignidad debería generar de manera subyacente un lesión al honor; no obstante, siguiendo la teoría normativa, cualquier acción que violente el bien jurídico honor conllevaría una sanción penal, sin importar si está o no revestida de interés público, con lo cual se estaría limitando de manera severa el derecho de libre expresión e información.

Concepción fáctico-normativa o mixta

Esta concepción combina los elementos facticos con los normativos, estableciendo que toda persona, por el simple hecho de existir, tiene derecho a una protección mínima de su dignidad; sin embargo, dicha circunstancia debe valorarse conforme a la realidad social del individuo, para poder establecer restricciones concretas al bien jurídico honor, de las cuales carecía la posición estrictamente normativa. Según sus defensores, esta combinación permite cumplir con el mandato constitucional de igualdad y no discriminación, dado que garantiza a toda persona un mínimo de honor o de respeto, sin desconocer por dicha razón que el merecimiento de tutela de dicho valor social puede cambiar en función de la forma en que la persona se desenvuelve socialmente y el grado de cumplimiento de los valores ético-sociales que esta mantenga en su diario vivir. Es decir, vincula la relación dignidad-honor con el efectivo cumplimiento de los deberes éticos sociales (las personas deben mantener un estándar de comportamiento para ser merecedoras de protección).

Esta teoría, a diferencia de la concepción estrictamente fáctica, establece que el honor forma parte de la dignidad humana y que por dicha razón no se puede perder de manera total, pero sí se le puede disminuir cuando el propio comportamiento del sujeto pasivo le quita el carácter ofensivo a una manifestación determinada; es decir, el honor se debe ganar y en la medida en que esto se vaya generando, mayor será el grado de protección que el Derecho Penal le otorgue a dicho bien jurídico. En esta línea de pensamiento, Berdugo (como se citó en Terradillos, Acale y Meini, 2017) indica que el honor está constituido por un aspecto estático y por uno dinámico; en el primero se analiza el honor como derecho a la dignidad que todos por igual tienen por su condición de seres humano, el honor entonces sería igual para todos; en el segundo, se debe diferenciar la valoración y protección del honor de cada individuo en función de las expectativas de reconocimiento que sus comportamientos generen en sociedad. Por ejemplo, una mujer que practique la prostitución como medio de subsistencia verá disminuido su derecho al reconocimiento y protección del honor, toda vez que su comportamiento no se ajusta a los estándares éticos y morales en una sociedad que reproche dicho oficio, razón por la cual sigue gozando del derecho al honor por su arraigo con el derecho a la dignidad, más no podrá ejercitar dicho derecho en contra de aquellas personas que lo lesionen, con un reproche a su profesión (ser llamada prostituta, promiscua...).

Lo anterior genera, según Terradillos, Acale y Meini (2017), que en la medida en que la protección al bien jurídico se vaya condicionando en atención a las expectativas de

reconocimiento social, se corre el riesgo de imponer a las personas un determinado orden ético-social, cuyo contenido es cambiante y por ende puede ser desconocido por el sujeto pasivo, quedando a la libre la valoración de cuáles son los comportamientos contrarios a los valores ético-sociales, quién los define y cómo entran en la esfera de conocimiento del ofendido, para que este pueda adecuar su conducta a ellos —bajo la amenaza de perder el respeto ajeno—¹⁴, lo cual es violatorio al orden constitucional de igualdad así como al libre desarrollo de la personalidad.

El honor como derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad

Esta teoría nace como alternativa para erradicar la errónea concepción del honor como merecimiento (honor real), derivado de la concepción estrictamente fáctica y la concepción mixta, toda vez que resulta de vital importancia dotar de protección a las personas de todo juicio de valor negativo, acciones o imputación de hechos, que por su contenido o contexto sean idóneos para desacreditarlas como personas, profesionales, estudiantes, padres, hijos... (Dañar su imagen, reputación, buen nombre...) así como para humillarlas —afectando la estima que tienen sobre sí mismas— y con ello permitir que todo individuo pueda moldear su vida y dirigir sus actuaciones de la forma que ellos deseen, sin que se les genere un temor de ver mermado, disminuido o suprimido su derecho a la protección del honor (Laurenzo, 2002).

De la misma forma, esta teoría buscar otorgar especificidad al bien jurídico honor, dejando de concebirlo únicamente como emanación directa de la dignidad¹⁵, -como en la concepción estrictamente normativa-, por medio de la concretización de un punto de referencia adicional a la dignidad, lo cual, según Laurenzo (2002), le genera una entidad propia a dicho valor social y evita que su lesión se confunda con el genérico trato denigrante que es consecuencia de toda conducta que vulnere un derecho fundamental y con ello impide que se conciba

¹⁴ Bajo esta conceptualización del honor, aquellas personas con cualidades de drogadictos, borrachos o prostitutas, no son sujetas de protección al bien jurídico honor, pues por su comportamiento contrario a los valores sociales, son acreedoras de desmerecimiento y no pueden exigir respeto.

¹⁵ Toda vez que como se analizó en la teoría normativa del honor, la dignidad constituye un atributo de las personas que se encuentra en la base de todos los bienes fundamentales constitucional y penalmente protegidos, razón por la cual considerar el honor como emanación de la dignidad, resulta insuficiente para dotar de especificidad y establecer objeto de tutela el bien jurídico tutelado.

toda acción que lesiones algún derecho, como conducta que al mismo tiempo afecta el bien jurídico honor.

Por otra parte, según Fuentes (2007), esta concepción convierte los delitos contra el honor en formas específicas de ataque contra la libertad de decisión y actuación de una persona, generando manifestaciones de desprecio hacia un individuo por el hecho de haber elegido llevar una opción de vida concreta (que no se ajusta a un determinado código moral o al mismo ordenamiento jurídico); o imputaciones de hechos que generan repudio, rechazo, desprecio social o reducen los niveles de auto confianza, que limitan las posibles decisiones y actuaciones del sujeto. Por esta razón, en la aplicación de esta teoría del honor como derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, este bien jurídico está ligado de manera directa tanto con la dignidad —dotándolo del carácter de inherente a toda persona por el simple hecho de serlo—, como con el libre desarrollo de la personalidad, lo cual permite al individuo tomar sus propias decisiones y comportarse de la forma que desee, perdiendo la importancia que su accionar sea bien o mal valorado por la sociedad, sin por ello perder el derecho a que se respete la estima que la persona tenga sobre sí misma, ni el aprecio de la comunidad. Esto les garantiza a todos los individuos el derecho a ser respetados por los demás, como reconocimiento a su dignidad, permitiéndoles acceder a un juicio de valor positivo sin importar si le es merecido o no¹⁶. Es decir, la tutela frente a las manifestaciones o comportamientos idóneos para despertar el desprecio o el odio social ha de extenderse por igual a todos, incluso a quienes optan por una conducción de vida distinta y distante de los parámetros ético-sociales y legales¹⁷.

Es por dicha razón que el honor no se puede conectar únicamente con la dignidad, sino que se debe hacer también con el libre desarrollo de la personalidad¹⁸, la libertad de actuar y de tomar decisiones y con la pretensión de respeto, convirtiéndose dichos elementos en el objeto de tutela de los delitos contra el honor, lo cual según Fuentes (2007), otorga al

¹⁶ “No se trata de proteger la fama de la cual realmente goza una persona ni tampoco la que merece por la adecuación de su comportamiento a un catálogo de deberes políticos, éticos- sociales- sino de garantizar a todo ciudadano el derecho de preservar ese respeto o consideración social con independencia de cuales sean sus opciones vitales. (...) precisamente porque el parámetro de conceptualización del bien jurídico honor como el respeto de los valores ético sociales democráticamente dominantes fue dejado a tras” (Laurenzo, 2002, p. 40).

¹⁷ “Nadie puede ser sometido por las decisiones vitales tomadas libremente en el desarrollo de su personalidad a conductas o expresiones despectivas, pues estas representan una interferencia en el ejercicio de su autonomía personal, que deben ser reprimidas” (Fuentes, 2007, p. 432).

¹⁸ “A este extremo se llega cuando se afirma que la reducción de la autoestima o fama a través de manifestaciones de desprecio reducen las posibilidades futuras de desarrollo personal” (Fuentes, 2007, p. 438).

honor una dimensión de pretensión de respeto que ostenta toda persona, un requisito de la autonomía interpersonal de la comunidad, un reconocimiento recíproco de cada persona de su marco de desarrollo libre de la personalidad, garantizándole sus opciones de participar en la sociedad independientemente de su forma de actuar, lo que permite la vida en sociedad.

Es por ello que las teorías del merecimiento con esta concepción del honor se ven superadas, dejándose de lado aquella ideología de que el honor se le protege únicamente a las personas que por su condición de vida, sus decisiones y su actuar ante la sociedad, lo merecen; y se pasa a concebir el honor como un ente deslindado de la dignidad, pero que no permite discriminación alguna, en razón de raza, sexo, opiniones o creencias, edad, capacidad intelectual, salud mental, conducta o comportamientos y demás cualidades que caractericen a la persona. A su vez, protege la libertad de la persona de desarrollarse socialmente, impidiendo que se emitan juicios de valor negativos o manifestaciones deshonorosas o de descrédito en contra de terceras personas, quienes pueden verse afectadas en las distintas esferas de su vida (familiar, laboral, social...), dotando a toda persona de un merecimiento de respeto, que puede exigir a los demás miembros de la sociedad.

Función de la veracidad o falsedad de las expresiones

En el Derecho Penal costarricense no existe individuo sin honor, ya que el bien jurídico honor no se concibe bajo la concepción ya superada del merecimiento (honor real), es decir, que ningún sujeto puede perder dicho derecho que le embarga por su carácter de persona, razón por la cual resulta errónea la manifestación típica de las personas a quienes se les lesiona dicho derecho cuando dicen “me ha quitado mi honor, perdí mi honor”, toda vez que el honor no se comporta como otros bienes jurídicos que pueden perderse (vida, patrimonio, propiedad...), y que por esa razón, toda ofensa posterior no podría afectarlo, sino que el honor se ve disminuido (puede cambiarse la concepción que la sociedad tiene de una persona, o disminuir la estima que una persona tiene sobre sí) mas no desaparece, pues forma parte de la dignidad humana y del libre desarrollo de la persona.

Es por ello que, despegándose de las teorías del merecimiento y desde una perspectiva del bien jurídico honor centrada en el derecho de la dignidad, de autodeterminación y de libre toma de decisión, en los delitos de injuria y difamación, lo único relevante de aquella imputación tendiente a suscitar des-valoración social o afectar la propia concepción que una persona tiene sobre sí, es su idoneidad para generar o poder generar la afectación deseada,

careciendo en absoluto de importancia si el hecho imputado o los juicios de valor negativos emitidos sobre un sujeto, sean o dejen de ser ciertos, puesto que toda persona goza del derecho a vivir libre de juicios o imputaciones capaces de perjudicar su reputación o propia estima. No obstante, dicho derecho en más de una ocasión puede entrar en conflictos con otros derechos o intereses legítimos que pueden dar prioridad a la verdad de lo imputado, tal es el caso de las manifestaciones de descrédito que afecten asuntos de interés público (Laurenzo, 2002).

De lo anterior se puede concluir que en los delitos de injurias y difamación, el ataque a la valoración social de una persona o a su propia estima —sea en el ámbito personal, laboral, familiar o cualquier otro ámbito en que se desempeñen el ofendido— la afectación al bien jurídico se genera independientemente de que las afirmaciones deshonrosas desplegadas sean ciertas o no; y se produce sin importar que el sujeto afectado posea una reputación o imagen positiva, toda vez que en dichos delitos la lesión al honor no radica en dicha característica, sino en sí lo narrado está revestido de un carácter des-valioso o deshonroso, idóneo para afectar en su límite objetivo o subjetivo el bien jurídico honor. No obstante, en el delito de calumnia, la lesión al bien jurídico sí radica en que la imputación de un hecho constituyente de un delito de acción pública sea falsa, por ser esto desvalorado por la sociedad y por la ley, por lo cual la imputación falsa de un delito es deshonrosa. Del mismo modo, aunque se impute un delito verdadero —lo que excluye la calumnia—, también hay lesión al honor por poseer toda persona derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual, aunque no se pueda configurar el delito de calumnia, sí podrían configurarse los delitos de injuria o difamación.

Delitos de contra el honor, ¿de resultado o de mera actividad?

El cuestionamiento sobre la clasificación del delito que se le debe otorgar a los tipos penales de injurias, difamación y calumnia, deriva de la naturaleza inmaterial del bien jurídico que tutelan, lo que produce que sea difícil de establecer o determinar cuándo se produce un daño efectivo al bien jurídico o cuándo se pone en riesgo dicho valor fundamental.

Para poder analizar si los delitos contra el honor son de “resultado” o “de mera actividad”, es necesario tener claras dichas clasificaciones del delito. Los primeros (resultado) son aquellos en los que el tipo penal presupone una consecuencia de lesión separada espacial y temporalmente de la acción delictiva que se perpetre; por ejemplo, según Roxin (1997),

el homicidio, toda vez que entre la acción de disparar y el resultado de la muerte de la víctima, hay una distancia temporal y espacial, claramente perceptible, con prescindencia de su eventual cercanía. Por su parte, los delitos de mera actividad se configurarán con el solo hacer, ya que la simple realización de la conducta —sin que exista un resultado espacial y temporalmente deslindado de ella, y sin que haya una consecuencia perceptible en el mundo exterior— configura el objeto de la acción¹⁹. Un ejemplo de este tipo de delitos, según Roxin (1997), es el allanamiento de domicilio, en el cual el tipo penal se cumple con la intromisión en la morada de la víctima, sin la necesidad de que exista una consecuencia diferente a la acción del autor²⁰.

La diferenciación de estos dos tipos de delitos adquiere relevancia, según Roxin (1997), debido a que, la lesión al bien jurídico protegido, únicamente adquiere relevancia en aquellos casos en los que opere la aplicación de la teoría de la relación causal (nexo de causalidad), utilizada para adecuar la conducta delictiva al aspecto objetivo del tipo penal, siendo que dicha teoría solamente desempeña un papel importante en los delitos de resultado. Es decir, en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, solo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor²¹ y no la efectiva lesión al bien jurídico tutelado.

En Costa Rica, en el caso de la catalogación de los delitos contra el honor, los tribunales penales no han sido claros. Por un lado, una sentencia del Tribunal de Casación Penal (2006) declaró lo siguiente:

¹⁹ “En los delitos de mera actividad el injusto típico se agota en la acción del autor, sin que el tipo penal tenga un resultado, en el sentido de un efecto exterior separado espacialmente y temporalmente de la acción” (Castillo, 2008, p. 359).

²⁰ “También los delitos de mera actividad contienen la violación de un bien jurídico, desde este punto de vista todo delito tiene un resultado y en los delitos de mera actividad el resultado es la conducta del actor que se presenta como realización del tipo” (Castillo, 2008, p. 359).

²¹ “No obstante, la distinción solo puede utilizarse en el sentido indicado, pues de lo contrario da lugar a malentendidos. En efecto, por una parte, todo delito tiene un resultado, en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo. Por otra parte, también en los delitos de resultado habrá que considerar el resultado en el sentido de la teoría de la imputación como abarcada por la acción típica, de modo que su separación solo tiene una importancia relativa. Además, hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de mera actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso” (Roxin, 1997, p. 328).

El delito de injurias, tal y como lo refirió el citado precedente de la Sala Tercera sería un delito de resultado, aún y cuando también es un delito de peligro para el bien jurídico honor. Esta situación se puede observar claramente en orden a la consideración del supuesto en donde se ejecuta la acción mediante el envío de una comunicación. Ahí resulta evidente que es posible separar la acción del sujeto agente, del momento en que se produce la comunicación a la víctima, aspecto necesario o esencial para la configuración del tipo penal (Considerando II, párr. 9).

Contradiendo lo expuesto en la anterior resolución, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal (2014) indicó en su considerando primero, lo siguiente: “Es importante tener presente que los delitos contra el honor, ya sea la injuria o la difamación, son de mera actividad”. Esto genera que no pueda determinarse a la luz de la jurisprudencia, la clasificación de los delitos contra el bien jurídico honor, ya que existe una contradicción jurisprudencial, que no ha sido subsanada por la Sala de Casación Penal. Por este motivo, se hace necesario analizar la tipicidad objetiva de los artículos 145, 146 y 147 del Código Penal (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970), para determinar si los delitos de injurias, difamación y calumnia son de resultado o de mera actividad.

En el caso de las injurias, el tipo penal establece como verbo del delito la palabra “ofendiere”, la cual corresponde al modo futuro simple de la palabra ofender, definida por la Real Academia Española (2017) de la siguiente forma: “Humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos”, “sentirse humillado o herido en el amor propio o la dignidad”. Es importante indicar que la injuria comprende el límite subjetivo del honor (autoestima, propia valía, consideración personal que el sujeto afectado tiene sobre sí), razón por la cual se debe suprimir la frase “o ponerlo en evidencia con palabras o hechos”, presente en la primera conceptualización de la Real Academia Española.

De las dos definiciones antes citadas, se desprende de forma clara que el delito de injuria — por lo menos dentro del análisis de su tipo penal objetivo— es un delito de resultado, donde se requiere la existencia de una efectiva acción deshonrosa, que provoque en la víctima una objetiva y efectiva lesión a su honor, o sea, un sentir de humillación²². Es importante indicar que dicho resultado no puede bajo ninguna circunstancia ser medido exclusivamente por

²² Es decir, que el carácter deshonroso del hecho dañe o menoscabe la honra de la persona a quien vaya dirigida la atribución.

el destinatario de la ofensa, sino que la atribución o el hecho perpetrado en su perjuicio deber ser visto con el carácter de deshonroso por el resto de la sociedad —que terceras personas en las mismas circunstancias del ofendido, se pudieren sentir aludidas por las manifestaciones o hechos ofensivos del sujeto activo—, de lo contrario, daría cabida a que el afectado interprete de manera errónea ciertas manifestaciones como humillantes, cuando en su sentido objetivo no lo son.

El resultado en el delito de injuria adquiere relevancia en aquellas circunstancias en las cuales el destinatario de una expresión deshonrosa llega a conocer dichas manifestaciones, las comprende a su perfección, pero le son totalmente indiferentes, es decir, no le generan daño alguno en su autoestima, no surten efectos en él. Por ello, se afirma que para que el delito de injurias se consume, las manifestaciones deshonorosas deben llegar a la esfera de conocimiento de su destinatario y que este los interiorice intelectualmente, dándose aludido y ofendido por estas.

En cuanto al delito de difamación, tipificado en el artículo 146 del Código Penal, este admite su comisión por mera actividad (peligro abstracto) y por resultado, toda vez que en su tipicidad objetiva, establece como acciones sancionables el deshonar o propalar especies idóneas, siendo que deshonar tiene como significado, según la Real Academia Española (2017), “quitar la honra”, lo cual implica la existencia de una efectiva lesión al bien jurídico tutelado, que en el caso de la difamación el límite del honor protegido es su aspecto objetivo, es decir, el crédito social del cual goza toda persona (derecho a la buena reputación, buen nombre e imagen...).

No obstante, ese tipo penal también establece una protección al bien jurídico honor, aunque no exista una lesión a este, sino un simple peligro. Por ello, ante la simple acción de realizar manifestaciones que por su contenido sean suficientes para afectar la forma en que la sociedad percibe a un sujeto, el delito se configura. La difamación se consuma cuando llega a conocimiento de un tercero que percibe y comprende intelectualmente las manifestaciones como deshonorosas, careciendo de relevancia si se logra deshonar a aquella persona a quien va dirigida la manifestación; por ejemplo, cuando Pedro Laguna le dijo a Juan Turrialba que Ricardo Fernández es un pésimo padre y que agrede a su esposa, pero Juan es amigo íntimo de Ricardo y sabe que lo manifestado por Pedro es falso, pues conoce la relación del ofendido con su hijo y con su esposa, por lo cual las manifestaciones realizadas por Pedro no afectan la perspectiva que Juan tiene de Ricardo, pero sí son idóneas para generar un juicio de valor negativo sobre la personalidad de este.

Por su parte, el delito de calumnia (artículo 147 del Código Penal) no requiere un resultado determinado, sino que con la simple acción de atribuirle a una persona la comisión de un hecho delictivo, el delito se perfecciona, siendo este siempre un delito de mera actividad²³.

En razón del análisis anterior, resulta incorrecto mantener la postura del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal antes mencionada, toda vez que, como se expuso anteriormente, el delito de injurias, en su tipicidad objetiva, requiere un resultado. No obstante, esto no tendría fundamento alguno si se parte de la conceptualización del honor como derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que esta teoría —como ya se analizó— establece que el objeto de tutela del honor se concentra en una parcela específica del derecho de autodeterminación, de tomar sus propias decisiones y al libre actuar, sin que ello le genere a la persona la pérdida de su honor.

Según Laurenzo (2002), basta la obstaculización de ese espacio de libertad para que se produzca la consumación del delito, siendo suficiente para ello que el sujeto activo emita un juicio de valor negativo o impute un hecho deshonroso, susceptible de afectar la reputación o propia estima de un tercero. Por lo tanto, no se requiere una efectiva lesión de los límites subjetivos y objetivos del honor, razón por la cual la estructura de estos delitos siempre será de resultado, porque el ámbito de libertad de actuación resulta ya lesionado, dado que al considerarse el honor como una expectativa de respeto de la cual goza toda persona para que pueda desarrollar cualquier opción de vida, tomar sus propias decisiones y actuar a su gusto y discreción sin verse sometida al peligro de perder su honor y sufrir el desprecio y descrédito social, el delito se produce con la simple manifestación o realización de hechos deshonorosos, aunque el resultado (menoscabo a la reputación o propia estima) no llegue a concretarse, toda vez que con la simple acción del victimario, se logró reducir la libertad de actuación y de decisión del ofendido, puesto que ya se le expuso a sufrir el desprecio comunitario o se buscó disminuirsele como persona, profesional o miembro de familia, lo cual perjudica el libre desarrollo de la persona a nivel social o personal, con independencia de que finalmente la deshonra o descrédito se produjeran o no.

²³ Lo mismo ocurre con el delito de publicación de ofensas (artículo 152 del Código Penal).

Delitos contra el honor, por omisión

La posibilidad de la comisión de delitos contra el honor por medio de omisión es un punto de debate entre los doctrinarios del Derecho Penal, y Costa Rica no escapa de ello. La discusión radica en si los delitos de mera actividad —como han calificado los tribunales de justicia a los delitos contra el honor— permiten su comisión por omisión. No obstante, antes de contestar dicha interrogante, es necesario comprender cómo se configuran los delitos por omisión, los cuales se encuentran regulados en el artículo 18 del Código Penal, el cual establece que:

El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprima el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo (lo subrayado es personal y no corresponde al original).

Del texto anterior se puede inferir que los hechos delictivos (conductas humanas) se pueden perpetrar por acción o por omisión. Esta última consiste en la no realización de una acción que el ordenamiento jurídico espera que una persona realice, para salvaguardar un bien jurídico determinado; es decir, el comportamiento humano que interesa al Derecho Penal, en otras palabras, las normas penales no son solo aquellas que establecen prohibiciones, sino también las que imponen obligaciones en relación con un bien jurídico tutelado.

Los delitos de omisión se dividen en propios e impropios, el primero de ellos se encuentra establecido en la primera oración del artículo supra citado²⁴, configurándose cuando el mismo ordenamiento jurídico sanciona a un sujeto, por abstenerse a actuar cuando debía realizarlo; ejemplo ello se puede observar en los artículos 144, 185, 187 y 393 del Código Penal (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970).

Por su parte, los de omisión impropia²⁵ —siendo esto lo relevante para los delitos bajo análisis— son aquellos en los que las circunstancias han colocado a una persona en una posición en la que debe proteger un bien jurídico determinado, denominada como “posición

²⁴ El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprima el hecho en consideración al resultado producido (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970)

²⁵ Debe haber una situación de peligro para un bien jurídico, teniendo el autor la posibilidad y medios razonable para salvar el bien jurídico pronto a lesionarse y no lo hace. (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970).

de garante”, la cual es definida por Castillo (2010) como la situación en que se encuentra una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable, siendo que cuando sobre quien pesa esa obligación la incumple, y producto de ello se genera una lesión a un bien jurídico, que podía haber sido impedido, abandona la posición de garante y responderá por el resultado que se produzca. Por ejemplo: Juan Pérez, quien mide 1.85 centímetros, observa que Pedro Fernández, quien mide 1.50 centímetros, se está ahogando en una poza de baja profundidad, la cual sobrepasa el tamaño de Pedro, mas no el de Juan; no obstante, no realiza acción alguna tendiente a salvarlo y lo deja morir ahogado, razón por la cual Juan debe responder por el delito de homicidio.

De la misma forma, según Jensen (2012), la posición de garante también opera en los casos en que una persona de manera voluntaria asume el deber de proteger a otra persona o es producto una fuente de riesgo que se encuentra dentro de su propio ámbito de dominio (por ejemplo, los juegos mecánicos en un parque de atracción o un recorrido en *canopy*), con la cual se emprende la realización de una actividad riesgosa para los bienes jurídicos de otros individuos. A este respecto, Jensen (2012) recalca que la posición de garante no deriva solamente de la comunidad de vida entre habitantes de una sociedad, sino que es producto de la dependencia que se genera entre sus miembros para los casos de peligros que puedan afectar determinado bien jurídico, lo cual fundamenta una posición de garante, para la protección o de custodia de dicho valor fundamental.

Conocido ya el fundamento de los delitos de omisión, es importante aclarar si los delitos de mera actividad admiten su comisión por omisión, toda vez que lo establecido en el artículo 18 del Código Penal *ibídem*, dispone que operan según los hechos reprimidos en consideración al resultado, lo cual, según Castillo (2010), se presta para confusiones, pues se suele buscar su aclaración con la distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado, dándole la misma interpretación a la palabra ‘resultado’ que la que se le da a los delitos que requieren una lesión al bien jurídico para su consumación²⁶, lo que causa que los delitos de mera actividad y de peligro no puedan generarse por omisión²⁷. No obstante, este concepto de resultado no

²⁶ Es decir, que solamente abarca los delitos de resultado, donde se genere una consecuencia a determinado bien jurídico, perceptible en el mundo exterior, una diferencia espacial-temporal de la acción realizada y descrita en el tipo penal.

²⁷ Una extensión de este artículo chocaría con el principio de legalidad en materia penal y con el principio de prohibición de analogía en las normas penales (Castillo, 2010).

es el que debe aplicarse para interpretar el artículo indicado, sino que debe interpretarse en su forma amplia, en la cual el resultado es más amplio que el del delito de resultado y tiene un sentido general que involucra tanto la actividad típica como la producción del resultado previsto en el tipo penal, lo cual extiende los delitos de comisión por omisión impropia al no impedimento de delitos de mera actividad como el de difamación y calumnia²⁸.

En Costa Rica, jurisprudencialmente, únicamente se registra un caso en el cual se condenó a un medio de comunicación por el delito de difamación en su modo de comisión por omisión, por no impedir la lesión al honor de una persona, teniendo el deber de hacerlo, resolución con la cual la Sala Tercera (1999), sentó el precedente de que los delitos contra el honor pueden ser cometidos por omisión, al declarar lo siguiente:

El acusado Ulibarri, como director del periódico La Nación, tenía el deber jurídico de vigilar que los contenidos de las informaciones contenidas en las publicaciones de su periódico no lesionaran el honor de una persona. (...) Cuando el director no vigila el contenido de las notas del periódico, y las informaciones que allí se contienen afectan el honor objetivo de alguien, se comete también el delito que cometería quien directamente afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar, con la única diferencia que su “situación típica” se genera cuando, teniendo el deber de evitar la publicación de tales “informaciones”, no las evita, acarreando la consecuencia que las informaciones lesivas llegan a un número enorme de lectores quienes tenderán a participar en el discurso público con una opinión formada en abierta lesión al objetivo constitucional al proteger el derecho de informar, precisamente porque este derecho ha sido abusado en detrimento de la honra y bienes jurídicos de alguien (Considerando XV, párr. 25).

Estructura del delito de injurias

El delito de injurias se encuentra regulado en el vigente Código Penal (Asamblea Legislativa de la República, 1970), cuyo el artículo 145 establece como conducta punible lo siguiente: “Sera reprimido con diez a cincuenta días multa el que ofendiere de palabra o de hecho a su

²⁸ “En efecto, el director de un periódico tiene la obligación de impedir las ofensas contra el honor hechas por un periodista de su servicio” (Castillo, 2010, p. 128).

dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella. La pena será de quince a setenta y cinco días multa si la ofensa fuere inferida en público”.

1) Tipo objetivo

Como previamente se analizó en las diferentes teorías de conceptualización del honor, este bien jurídico tiene sus cimientos en la dignidad de la persona, es por ello que, en Costa Rica, la dignidad —en conjunto con el decoro— forma parte de los elementos descriptivos del tipo penal de injurias, lo cual resulta incorrecto, pues como previamente se analizó, la dignidad es el sentimiento que cada persona tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, por su simple condición de ser humano, y se encuentra presente en todo derecho fundamental y no solo en el honor. Es por ello que al establecerse como “objeto” de tutela en el tipo penal bajo análisis, insta a que cualquier acción perpetrada en contra de un sujeto, que genere una lesión o menoscabo a cualquier bien jurídico, pueda adecuarse al tipo penal de injurias, bajo la nomenclatura “ofendiere de hecho en su dignidad” aunque la acción no haya lesionado necesariamente el bien jurídico honor, sino otro valor social (patrimonio, propiedad...). Por su parte, el decoro, según la Real Academia Española, significa “honra, pundonor, estimación, reverencia que se le debe a una persona por su nacimiento”, razón por la cual se puede afirmar que el límite de tutela al bien jurídico honor, establecido por el tipo penal de injurias, es en su aspecto subjetivo, el cual establece el honor como un sentimiento de auto estimación, es decir, la concepción que toda persona tiene de sí misma sobre sus cualidades moral, intelectual y físicos, en cualquier ámbito que se desempeñe ya sea profesional, laboral, académica o familiarmente, entre otras.

a) Modalidad de comisión

El delito de injurias puede cometerse por acción o por omisión, la primera de ellas comúnmente se efectúa por medio de expresiones orales ofensivas o humillantes realizadas en frente del ofendido (Juan le dice a Pedro en una reunión de trabajo que mantenía con él, que es un vago, que no sirve para nada) o por medio escrito siempre y cuando el mensaje vaya dirigido al ofendido (Juan le dice a Pedro por mensajes de texto telefónicos, que él es un pésimo hombre, que agrade verbalmente a su esposa, que solo pasa de fiesta en fiesta, tomando licor y no lleva sustento a su hogar); no obstante, también pueden ser cometidos delitos de injurias por medio de hechos (en una reunión laboral formal, el jefe de Martina, no la saluda, evita contacto visual y enfrente de todas las personas presentes en la reunión, le indica que no le

hable, que no quiere verla). También pueden ser realizados por medio de dibujos, caricaturas, gestos y sonidos, los cuales deben analizarse para determinar si, según las circunstancias en que se den, pueden ser considerados ofensivos y humillantes. En cuanto a los de omisión, estos se generan cuando un sujeto por determinadas circunstancias se encuentra en posición de garante, debiendo proteger el bien jurídico de un tercero y no lo hace (Juan, maestro de Pedro, permite en la clase de español que él imparte, que María le diga a Pedro que es un vago, que nunca hace los trabajos, que es un estúpido y que no sabe nada).

Por otra parte, Fallas, Segura y Thuel (2012) indican que las ofensas pueden dividirse en directas e implícitas. Las primeras son las proferidas directamente a la víctima y se hace referencia directa a ella; las segundas son aquellas en las que se utilizan palabras de doble sentido, las cuales pueden tener doble significado y se les da un sentido objetivo, sobre esto se ha referido el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago (2013), en su considerando primer al indicar que “se puede insultar a través de indirectas y eufemismos si la línea lógica del uso idiomático conduce a develar el ánimo difamatorio o insultante de quien profiere tales frases aparentemente inocuas” (párr. 3).

b) Sujeto activo

La conducta delictiva constitutiva del delito de injuria puede ser perpetrada por cualquier persona física, que sea capaz de comprender el carácter ilícito de sus actuaciones; no se trata de un delito especial, que exige en el victimario la concurrencia de ciertas características para que pueda cometer la acción delictiva.

c) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en el delito de injuria puede ser cualquier persona física²⁹, sin importar sus condiciones. Toda vez que el honor es un derecho inherente al hombre desde su nacimiento,

²⁹ Con respecto a las personas fallecidas y las personas jurídicas que se suelen asociar con los delitos contra el honor, por estar incluidas en el título II, de delitos contra el honor, del Código Penal, es importante recalcar que ninguna de las dos puede ser sujeto pasivo en este tipo de delitos, las primeras porque el honor es un derecho intrínseco en la personalidad de un sujeto, y las personas fallecidas, pierden esa personalidad en el momento de su muerte y, por lo tanto, también su honor (no son sujetos de derecho). Lo que pretende tutelar el tipo penal ofensa a la memoria de un difunto, según Creus (1992), no es el honor del sujeto inerte, sino su memoria; las personas legítimas para activar son los familiares, quienes se constituyen como víctimas, con el fin de resguardar el buen nombre del difunto. En relación con las segundas, lo que se tutela no es el honor de las personas jurídicas, pues este es un derecho personalísimo de los cuales no pueden ser objeto, y tampoco poseen dignidad, razón por la cual lo que se tutela es el crédito y la confianza que el público deposita en ellas.

por su simple condición de persona, algunos doctrinarios como Fallas (2012) sostienen que las personas menores de edad y las incapaces no pueden ser sujetos pasivos en los delitos de injurias, ya que no tienen la capacidad cognitiva para comprender el carácter ultrajante de las ofensas, por lo que no se les puede lesionar el honor en su límite subjetivo. Esta teoría parte de la concepción de los delitos de injurias, como delito de resultado, el cual requiere que efectivamente se produzca una lesión al decoro o autoestima de una persona para su configuración, lo cual resulta incorrecto, si se parte de la conceptualización del honor derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, porque el honor tiene una estrecha relación con la dignidad, lo cual según Lorenzo (2002) permite atribuir la titularidad a este bien jurídico —y por tanto la capacidad para ser sujeto pasivo— a todas las personas, aun cuando carezcan de aptitudes para percibir de forma directa el contenido deshonroso de la imputación. Además, en razón de esta teoría, toda ofensa, descrédito o humillación propalada o realizada, con su simple existencia, produce un resultado lesivo al bien jurídico honor.

d) Agravante

El tipo penal de injurias establece en su párrafo segundo como agravante —aumenta la multa por imponer—, el proferir la ofensa en público, es decir frente a terceras personas. En cuanto a esto, el Tribunal de Casación Penal (2007) declaró lo siguiente:

La injuria se agrava cuando la ofensa fuere inferida en público, pues en tal circunstancia se sustrae el carácter privado del agravio y más bien se facilita su divulgación, (...) de modo que con el adjetivo público se aludió a que la ofensa proferida devino notoria (...) pues el “público” no se puede definir por el número de terceras personas ante quienes el autor injuria al ofendido, sino por el hecho de que la presencia de estos terceros le quita carácter privado a la ofensa y propicia su divulgación. Para algunos autores la ofensa se infiere en público “cuando se verifica en presencia de un número indeterminado de sujetos (Considerando IV, párr. 6).

El agravante se genera en razón de la afectación al bien jurídico honor; en los delitos de injurias cometidos en público es mayor, toda vez que se deja de afectar únicamente el límite subjetivo del honor de la persona ofendida y pasa también a afectar el límite objetivo, pues al proferirse frente a terceras personas, se incide en la perspectiva que esas terceras personas

presentes tienen de la agraviada, lo que afecta no solo la propia estima que la ofendida tiene de sí misma, sino también su reputación e imagen.

2) Tipo subjetivo

Los delitos contra el honor son aquellos en los cuales es necesario que el sujeto activo tenga el conocimiento del carácter deshonroso de la manifestación que propala y que pese a dicho conocimiento la realice; es decir, requiere la existencia de dolo, el cual puede ser directo o eventual (un ejemplo serían aquellos en los cuales la motivación principal es una broma¹), no es necesario la concurrencia de un afán específico de ofender como lo sostienen algunos doctrinarios como Muñoz (2004) al indicar que “no basta, pues, con que la expresión sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que requiere un especial animo especial de injurias” (p. 287). Esta tesis es denominada, “teoría del *animus injuriandi*” la cual ha sido superada en el derecho costarricense, al establecerse que dicho *animus* no es sino, el conocimiento del carácter ofensivo de las palabras o hechos que se propalan o profieren y la voluntad de pronunciarlas, es decir, el dolo de cometer el delito. De igual forma se han superado las teorías del *animus defendendi* y *corrigendi*; el primero no es más que el ejercicio de un derecho de legítima defensa y el segundo es el cumplimiento de un deber de corrección, excluyendo ambos la antijuridicidad de la acción. En cuanto al tipo subjetivo del delito de injuria, el Tribunal de Casación Penal (2009) señaló lo siguiente:

La mención del *animus injuriandi* no es correcta, ya que el *animus injuriandi* no es sino el conocimiento del carácter ofensivo de las palabras que se profieren y la voluntad de pronunciarlas. (...) La teoría de los *animus* está ya superada a nivel doctrinal y jurisprudencial, habiendo ella hecho referencia a la existencia de diversos *animus*, entre ellos el *defendendi*, que excluirían el *animus injuriandi*. (...) De manera tal que las palabras utilizadas por el querellado por sí solas semánticamente son lesivas de la dignidad y el decoro de una persona y se producen en el contexto de una manifestación agresiva de parte del imputado hacia la querellante. (...) siendo indiferente a los efectos de la configuración del tipo penal, la existencia de una

¹ Es denominado como *animus iocandi*, el cual no suprime la voluntad de ofender —salvo ciertos casos, en los cuales las circunstancias permitan arribar a dicha conclusión— sino que se perpetran, conociendo la posibilidad de que la persona a quien va dirigida la broma, se ofenda y se acepta el posible resultado.

intención específica de lesionar dicho honor, dado que como se dijo, ello no es un elemento del tipo penal del artículo 145 del Código Penal (Considerando II, párr. 12).

Estructura del delito de difamación

El delito de difamación se encuentra regulado en el artículo 146 del Código Penal, al establecer como conducta punible lo siguiente: “Sera reprimido con veinte a sesenta días multa el que deshonrare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación”.

1) Tipo penal objetivo

El delito de difamación protege el bien jurídico honor en su límite objetivo, es decir, la forma en que la persona es valorada por la sociedad, así como la forma en la que esta se proyecta ante terceros (reputación, buen nombre, buena imagen...), es por ello que resulta incorrecto establecer como verbo del delito, la palabra ‘deshonrare’, toda vez que esta presupone una ofensa a la honra de una persona² (lo cual nunca puede suceder, pues ninguna persona puede perder su honra, sino que disminuye), la cual es definida por la Real Academia Española (2017) como “estima y respeto de la dignidad propia”, lo cual forma parte del límite subjetivo del honor, tutelado en el artículo 145 del Código Penal (injurias).

La difamación por su parte, es una lesión agravada al honor (como sucede en las injurias en público) y lo que protege es el crédito, reputación y estima social de una persona, en otras palabras, la forma en que es percibida por la comunidad, por lo que el verbo que debería establecerse en el numeral antes citado debe ser ‘desacreditare’, definido por la Real Academia Española (2017) como “disminuir o quitar la reputación de alguien, o el valor y la estimación de algo”. Esta misma postura es defendida por Creus (1992), al indicar que la deshonra se produce en el momento en que se ofende la honra de un sujeto, es decir, su honor subjetivo, por medio de imputaciones agraviantes que violan el respeto debido a aquella en su carácter de tal y que son dirigidas al mismo sujeto pasivo y se desacredita cuando se vierten imputaciones ofensivas ante terceros que pueden menoscabar la reputación (crédito) de que, como persona, goza el sujeto pasivo ante ellos.

² “Escarnecer y despreciar a alguien con ademanes y actos ofensivos e indecentes” (Real Academia Española, 2017).

a) Modalidad de comisión

El delito de difamación, se puede cometer por medio de las mismas modalidades del delito de injurias (expresiones verbales, orales, caricaturas, dibujos..., excepto por medio de hechos) la única diferencia radica en que en los delitos de difamación, las manifestaciones de descrédito³, atribuciones de hechos mal valorados socialmente o los juicios de valor negativos son proferidos ante terceras personas, sin que la víctima esté presente, o pueden ser propalados⁴ a través de medios de comunicación (periódicos, televisión), redes sociales (Facebook, WhatsApp..), cartas, notas, correos electrónicos... no dirigidos de manera directa a la víctima, sino expuestos al público o a terceras personas. En consecuencia, dichas acciones serán constitutivas del delito de difamación cuando por sus características objetivas, las circunstancias en las que se producen y los criterios sociales imperantes puedan considerarse adecuadas para afectar la reputación u originar descrédito comunitario de la víctima. En cuanto a esto, Fallas (2012) expresa lo siguiente:

El objetivo del sujeto activo al lanzar las ofensas en público, es desacreditar la moral del perjudicado que no está presente al momento en que profiere la deshonra. Las modalidades y los mecanismos de comisión son los mismos de la injuria (p. 39).

b) Sujetos pasivos y activos

En cuanto a los sujetos activos, al igual que la injuria, se trata de un delito común que puede ser realizado por cualquier persona; en lo relativo a los sujetos activos, se aplican acá los mismos argumentos anteriormente analizados en el delito de injurias.

2) Tipo penal subjetivo

Al igual que el delito de injurias, la difamación exige en su tipo penal subjetivo, la existencia de dolo directo o eventual; es decir, que el sujeto activo tenga el conocimiento del carácter de descrédito de su manifestación y que a pesar de dicho conocimiento la realice o la propale, afectando la reputación, buena imagen o buen nombre de la víctima.

³ En el caso del delito de injurias, debe entenderse como manifestaciones deshonrosas.

⁴ Propagación como elemento del tipo penal, debe entenderse como divulgar, difundir o esparcir debe ser necesariamente abarcada por el dolo del victimario.

Excepción de la verdad en los delitos de difamación e injurias

En los delitos de injurias y difamación, el legislador estableció como causa de justificación la figura de la prueba de la verdad, al disponerse en el artículo 149 del Código Penal lo siguiente:

El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y esta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado solo podrá probar la verdad de la imputación: 1-) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; 2-) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra el dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas.

Como se desprende del artículo arriba citado, la excepción de la verdad únicamente opera sobre dos presupuestos, el primero de ellos es en razón de la primacía del interés público sobre el derecho individual del honor; y el segundo a solicitud de la víctima de la manifestación deshonrosa o de descredito, siempre que dicha circunstancia no pueda afectar a personas ajenas al proceso. Estos presupuestos se analizarán de manera separada a continuación.

1) Interés público

En el ordenamiento jurídico costarricense, los derechos a la libertad de expresión y de información (artículo 29 de la Constitución Política) constituyen dos pilares fundamentales del orden constitucional y social; no obstante, dichos principios esenciales encuentran su límite en otros derechos de igual trascendencia como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad (artículos 24 y 41 de la Constitución Política). Por lo tanto, el derecho a expresarse e informar no es absoluto y tiene su limitación en aquellos casos en los que, prevaleciendo dicho derecho, se emiten discursos o publicaciones dirigidas a incitar o generar acciones que produzcan un menoscabo a un derecho ajeno, así se desprende del numeral 29 constitucional, el cual establece que “serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 1949).

Así mismo, el derecho al honor tampoco es absoluto y tiene su limitación en aquellos casos en los que medie un interés público comprobado, el cual deviene del aspecto funcional de

la libertad de expresión, por lo que se trata de un concepto abierto y dinámico, que se debe determinar caso a caso. Por esta razón, jurisprudencialmente se ha sostenido que según los intereses que se encuentren en juego, sea individuales o colectivos, así será la prevalencia de un derecho sobre el otro; en este orden de ideas, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (2010) considerando tercero, indicó lo siguiente:

Si el objeto de la información, aun cuando esté implicada una personalidad pública, carece de interés para la colectividad, la libertad de expresión no gozará de la prevalencia frente al derecho al honor o la intimidad del afectado. Partiendo de lo anterior, es necesario aclarar, que, aun mediando un interés público, debe ser considerada una condición fundamental que haría la diferencia entre un ejercicio al derecho de expresión e información transparente y veraz, y una injerencia inaceptable o menoscabo al honor y la intimidad de una persona, y esa condición viene a estar dada por la veracidad de la información difundida, carente de animus injuriandi en daño del afectado (párr. 5).

De la cita anterior, se colige que los derechos constitucionales a la libertad de expresión y de información prevalecen sobre el derecho al honor, en aquellos casos en donde medie un interés público actual, como hecho generador de la atribución deshonrosa, de descrédito o de los juicios de valor negativos emitidos en contra la víctima. Es aquí de donde deriva el primer supuesto establecido en el artículo 149 del Código Penal, para la aplicación de la figura excepción de la verdad o prueba de la verdad, denominado “interés público”, el cual es definido por el Creus (1992) como:

El interés público está determinado por lo que interesa al buen orden, gobierno, prosperidad, felicidad, subsistencia, higiene etc..., de la sociedad política, o sea, la formada por todos los habitantes de la Nación, de una provincia, de un municipio o de una zona. El interés público en cuanto pertenece al quehacer de un número indeterminado de personas (...) es indiferente que este o no en juego un Poder del Estado o de las municipalidades, que ataña a un servicio público o privado, que intervengan en la cuestión organismos o funcionarios públicos o entes individuos privados (...) tiene que tratarse de un interés público actual, es decir, el interés público tiene que estar vigente cuando se formula la imputación. No posee esa característica lo que históricamente ha sido motivo de un interés público, ni aquello

que se plantea como hipótesis de un interés público futuro no referido a situaciones actuales (p. 158).

La prueba de la verdad, como su nombre lo dice, tiene por objeto que el querellado acredite la veracidad de la manifestación deshonra que profirió en contra de la víctima, es decir, las pruebas de descargo que el victimario aporte al proceso para su valoración deben ir dirigidas de manera exclusiva a acreditar la verdad de la imputación formulada en contra del ofendido, siempre y cuando medie la defensa de un interés público. Es por esto que contrario al segundo presupuesto que establece el artículo 149 *ibídem*, en este no se depende ni se requiere de la voluntad del ofendido para que el proceso se someta a esta figura, sino que lo que se necesita es que, en el caso concreto, se den las siguientes circunstancias que faculden su aplicación:

a) Debe existir un interés público actual:

Como anteriormente se analizó, para que la excepción de la verdad opere por esta causa, debe concurrir la existencia de un interés público, el cual debe tener vigencia en el momento de la comisión de la acción delictiva, toda vez que según Fallas (2012), aquellas imputaciones basadas en acontecimientos del pasado no pueden ser objeto de este presupuesto, porque este establece entre sus requisitos la necesidad de la actualidad del interés público sobre el cual ejerce defensa.

b) Las afirmaciones deben ser verdaderas:

Este presupuesto es el que mayor disyuntiva genera, porque el artículo 149 del Código Penal establece entre sus presupuestos la exigencia de verdad en las afirmaciones, sin concretar si se trata de una verdad objetiva o no, siendo que en la mayoría de los casos, las personas que optan por la figura de la excepción de la verdad son los periodistas, quienes juegan un papel importante en la lucha contra la corrupción política y administrativa sea esta de carácter judicial o no y contra los delitos de cuello blanco y de delincuencia organizada, así como en mantener informada a la población de las situación nacional e internacional y por ende son pilares fundamentales de la democracia costarricense. Es por esto que de exigírseles la total certeza de verdad en todas las publicaciones que realicen, se les estaría condenando a su desaparición y a su vez se estaría condenando al país a vivir en corrupción, pues muchos de los casos de mayor trascendencia nacional, sin su intervención no hubieran surgido al escrutinio público ni hubiera sido posible la puesta en marcha del aparato judicial estatal.

Es en razón de la circunstancia anterior que los tribunales penales costarricenses han aplicado, en ese aspecto de la excepción de la verdad, en el caso de los periodistas, la teoría de la real malicia, que según De Luca (2006) establece que toda publicación o información brindada por los diferentes medios de comunicación debe versar sobre un interés público actual, siendo que sin la existencia de este, aunque la noticia fuese verdadera, el delito se configura en su tridimensionalidad.

Esta teoría se divide en dos aspectos, uno objetivo y el otro subjetivo, el primero de los cuales ataca la verdad de las expresiones, estableciendo que lo requerido no es una verdad absoluta, sino la veracidad, razón por la cual se amparan aquellos casos en que después de la publicación se logra acreditar que el contenido era falso, toda vez que lo que se necesita es que la noticia de contenido de descredito en el momento de su publicación tenga pinceladas objetivas de verdad, dado que, según De Luca (2006), “la exigencia de la verdad en la información de asuntos públicos, hacen imposible esperar la recolección de mayores datos o aguardar una definición que los dote de una certeza cuasi judicial” (p. 501). Por su parte, el segundo, según De Luca (2006) se relaciona a la posición mental del periodista, y consiste en analizar el grado de conocimiento de la noticia que él tenía en el momento de su publicación, la existencia de buena o mala fe y la diligencia que mantuvo en la investigación para formar el contenido de la noticia, agregando este autor que

si el comunicado no era cierto y el autor lo sabía o, si esos datos objetivamente daban lugar a una representación mental de falsedad, pese a lo cual igualmente dio a conocer el hecho, no se encuentra amparado por la doctrina constitucional de la libertad de expresión. A eso se le llama real malicia, que comprende dos situaciones: 1) cuando exista conocimiento de la falsedad de lo publicado, o 2) cuando el autor obra con temeridad, desaprensión, desinterés, falta de diligencia (...) al informar sobre un hecho que, de no haber obrado de modo lo hubiera percatado (sic) de su falsedad (pp. 501-502).

En aplicación de la real malicia en Costa Rica, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (2005) estableció que, para la aplicación de la excepción de la verdad, no se requiere una verdad absoluta, sino una presunción de veracidad, que se deriva de las actuaciones investigativas realizadas por el reportero o periodista en aplicación de la diligencia debida, al indicar lo siguiente:

La veracidad no puede ser entendida como una absoluta coincidencia entre lo que un medio periodístico informa o difunde y la realidad de lo acontecido, pues la verdad objetiva y absoluta, si se pudiera establecer, no es factible reflejarla en toda su dimensión, (...) la veracidad de lo que se informa ha de medirse frente a los actos que ejecute el reportero y no por el resultado obtenido, siempre que se determine la diligencia del periodista en la búsqueda de los elementos de juicio idóneos que le den respaldo a la información publicada y su deseo de informar en forma objetiva, de tal suerte, que si tales presupuestos se conjugan fuera de toda duda razonable, puede hablarse de información veraz, que exime de responsabilidad penal y civil al comunicador y eventualmente al medio de prensa a través del cual se genera la publicación cuestionada.[...] ha realizado una comprobación razonablemente suficiente para determinar la veracidad del contenido de las manifestaciones que van a ser publicadas. Si ello es así, podrá dar por acreditado el cumplimiento del requisito de información veraz, a pesar de que las pruebas no acrediten ex post, la verdad objetiva de los hechos, pues al periodista no se le puede exigir la demostración exacta de que lo que dice es verdad, sino de que ha utilizado fuentes confiables, y que ha demostrado diligencia razonable para determinar la veracidad de su publicación, “... pues esta no impone la verdad objetiva sino la cumplimentación de un deber de comprobación” (Considerando I, párr. 5).

c) No deben ser dichas por un puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia:

En este sentido Creus (1992) ha indicado que la manifestación de descrédito o deshonrosa proferida por el querellado debe haber tenido por objeto principal y como acto generador, la protección de un interés público y no el ánimo de ofender o espíritu de maledicencia⁵, siendo inadmisibles su aplicación cuando aun existiendo un interés público tutelado, el ánimo del agente no fue la protección del mismo, sino otro.

⁵ La malicia surge nítidamente de la reiteración de los agravios y de la desmesura de cruzar la frontera de la crítica objetiva, para agregar epítetos que nada hacen al tema en discusión (Bacigalupo, 2006, p. 124).

2) Por gestión del querellante

Conforme lo establece el punto 2 del artículo 149 del Código Penal, cabe la excepción de la verdad cuando medie solicitud del sujeto pasivo, siempre y cuando dicha prueba verse sobre la imputación contra él dirigida y no afecte a terceros. Dicha estipulación opera en aquellos procesos en los cuales medien dos o más personas ofendidas y solo una de ellas quiera optar por darle la posibilidad al querellado de demostrar la veracidad de sus atribuciones deshonrosas, y podrá hacerlo únicamente sobre la imputación que directamente afecta su honor⁶ y no sobre aquellas dirigida al segundo sujeto pasivo, es decir, es excluyente. A este respecto, Fallas (2012) indica que en aquellos casos en los cuales existan varios querellantes, por lo general debe haber consenso de todos ellos para poder solicitar la prueba, toda vez que podría generarse un agravio a los derechos de quien no la solicite.

Al admitirse la prueba de la verdad por solicitud del ofendido, el querellado tendrá la posibilidad de aportar elementos de prueba legales, útiles y relevantes para acreditar la veracidad objetiva de las manifestaciones deshonrosas proferidas en contra del ofendido, siempre y cuando, como se analizó en el punto anterior, no las haya realizado con el deseo de ofender, razón por la cual se invierte la carga de la prueba. En este presupuesto de la excepción de la verdad hay que tener claro, según Creus (1992), que “ni el querellante puede pedir una prueba que recaiga sobre un objeto distinto —por más conexo que sea la imputación—, ni el querellado extender la prueba a circunstancias que no se refieran a dicho objeto” (p. 157).

Un ejemplo de la aplicabilidad de la excepción de la verdad, por solicitud del ofendido, podría ser el siguiente: Juan publica en su perfil de Facebook que Pedro le debe desde hace 3 meses, la suma de ₡100.000, y lo insta por ese medio a que le pague; no obstante, Pedro estima que él no le debe suma alguna a Juan y que dicha publicación afecta su reputación como persona responsable y perjudica su posibilidad de crédito, razón por la cual interpone querrela en contra de Juan por el delito de difamación, y gestiona en esta la excepción de la verdad, para que Juan pruebe que efectivamente él le debe dicha suma, razón por la cual Juan debe aportar los documentos necesarios para acreditar la deuda de Pedro.

⁶ Siempre y cuando dicha prueba no afecte o pueda afectar los derechos de los demás ofendidos o secretos de terceros.

Conclusiones

Del estudio realizado se concluye lo siguiente:

Primero: Las teorías del honor que lo afirman como merecimiento han sido completamente superadas, toda vez que su admisión permitía la existencia de individuos sin honor, quienes podían ser objeto de ofensas y descrédito social, sin que hubiera consecuencia alguna, lo cual riñe con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

Segundo: Los delitos contra el honor tienen como objeto de protección el libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la sociedad y en cierta forma la dignidad (únicamente en el aspecto de que el honor le es protegido a todos por igual, por su sola condición de personas). No se puede dar un énfasis único en este tipo de delitos a la protección de la dignidad humana, pues esta es intrínseca a cada uno de los derechos fundamentales, por ello el legislador, al establecer en el Código Penal costarricense la dignidad como objeto de tutela del honor, incurre en error, pues toda acción en contra del honor lesiona la dignidad, mas no toda acción que lesiona la dignidad surte el mismo efecto en el honor.

Tercero: Los delitos contra el honor son de mera actividad, por cuanto únicamente se requiere la emisión de un juicio de valor negativo o imputación de hechos deshonrosos o de descrédito, susceptibles de afectar la propia estima o la reputación de una persona, para que este se consume. No obstante, a pesar de que no se requiera la efectiva lesión del límite objetivo o subjetivo del honor, como es común en los delitos de mera actividad, el resultado se produce con la simple acción, porque el ámbito de libertad de actuación resulta ya lesionado.

Cuarto: La protección al bien jurídico honor no es absoluta y encuentra su límite en el interés público que revista una manifestación o una comunicación determinada, interés que deberá ser acreditado en el proceso judicial.

Recomendaciones *de lege ferenda*

Para mejorar el tratamiento de los delitos contra el honor, en el derecho costarricense, se formulan las siguientes recomendaciones:

1) Eliminar las palabras ‘ofendiere’ y ‘dignidad’ del tipo penal de injurias; en su lugar, el tipo penal debería leerse de la siguiente manera:

“Sera reprimido con diez a cincuenta días multa quien en presencia de la víctima o por medio de una comunicación dirigida a ella, realizare acciones o expresare manifestaciones deshonrosas o emitiere juicios de valor negativos en contra de ella, siempre que estos sean idóneos para generar en la víctima un sentimiento de humillación o afectar su decoro y propia estima. La pena será de quince a setenta y cinco días multa si fueren inferidas en público”.

2) Eliminar la palabra ‘deshonrar’ del tipo penal de difamación; en su lugar, el tipo penal debería leerse de la siguiente manera:

“Será reprimido con veinte a sesenta días multa el que desacreditare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación, fama, buen nombre o buena imagen”.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas en París. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970). *Código Penal*. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC
- Bacigalupo, E. (2006). *Delitos contra el honor*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Berdugo, I., Pérez, A. y Zúñiga, L. (2016). *Lecciones del derecho penal. Introducción al derecho penal, tomo I*, San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- Castillo, F. (2010). *Derecho penal*, tomo III. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- Castillo, F. (2008). *Derecho penal*, tomo I. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- Cornu, G. (2007). *Introducción al derecho*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal*, tomo I. (3.^a edición). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- De Luca, J. (2006). *Libertad de prensa y delitos contra el honor*, Buenos Aires, Argentina: AD-HOC.
- Fallas, A., Segura, R. y Thuel, G. (2012). *Delitos contra el honor*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Fuentes, J. (2007). *El bien jurídico honor*. Recuperado de https://www.boe.es/.../abrir_pdf.php?id...P...bien_jurídico_%22honor%22
- Hernández, R. (2015). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Jensen, D. (2012). *Código penal, comentado y con jurisprudencia*. San José, Costa Rica: MaxterLex.
- Laurenzo, P. (2002). *Los delitos contra el honor*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Lombana, J. (2013). *Injuria, calumnia y medios de comunicación*. Medellín, Colombia: Universidad el Rosario.
- Muñoz, F. (2004). *Derecho penal*. (15.ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Novena Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/>
- Rodríguez, C. (1999). Honor y dignidad de la persona. *Revista de Derecho*, año XX, 9-22. Recuperado de http://www.bcn.cl/catalogo/detalle_libro?bib=122428&tipo_búsqueda=básica&búsqueda=Rodr%C3%AD%C2%ADguez%20Collao,%20Luis%20&
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (1999). *Resolución número 789-1999 de las diez horas cincuenta y cinco minutos de veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve*. San José, Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2005). *Resolución número 2005-00880 de las doce horas del doce de agosto de dos mil cinco*. San José, Costa Rica.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (2010). *Resolución número 2010-00103 de las dieciséis horas diez minutos del doce de febrero de dos mil diez*. San José, Costa Rica.

- Terradillos, J., Acale, M. y Meini, I. (2017). *Lecciones de derecho penal. Tomo III*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago. (2013). *Resolución número 2013-30, de las catorce horas y veinte ocho minutos del dieciocho de junio del dos mil trece*. Cartago, Costa Rica.
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José. (2014). *Resolución número 2014-2018, de las siete horas cincuenta y cinco minutos del catorce de octubre de dos mil catorce*. San José, Costa Rica.
- Tribunal de Apelación de Sentencia de San José. (2012). *Resolución número 2012-0574, de las ocho horas cincuenta minutos del veintisiete de marzo de dos mil doce*. San José, Costa Rica.
- Tribunal de Casación Penal de San José. (2006). *Resolución número 2006-0539 de las diez horas y cinco minutos del dos de junio del dos mil seis*. San José, Costa Rica.
- Tribunal de Casación Penal de San José. (2007). *Resolución número 0270-2007 de las nueve horas treinta minutos del ocho de marzo de dos mil siete*. San José, Costa Rica.
- Tribunal de Casación Penal de San José. (2009). *Resolución número 2009-0355 de las ocho horas cincuenta minutos del treinta y uno de marzo del dos mil nueve*. San José, Costa Rica.
- Wessels, J. (1980). *Derecho penal, Parte general*. Buenos Aires: Jurídica C. S.

Uso del *in dubio pro operario* en Costa Rica en las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el periodo de 2010-2016

Silvia Cristina Fallas Acuña¹

Resumen

El *in dubio pro operario*, como subcategoría del principio protector, ha sido utilizado como norma garantista en el amparo de la parte débil de la relación laboral al igual que sus similares *in dubio pro reo* o el *in dubio pro natura*, con los que, en caso de duda probatoria, se beneficiará a la parte más débil. Sin embargo, ¿qué sucede si se acude a esta norma con el fin de brindar sobreprotección a la parte o se incurre en un uso indebido de esta? La Sala Segunda de la Corte Suprema de Costa Rica se ha pronunciado al respecto indicando que este principio es necesario para mantener un equilibrio en la relación de subordinación, y señala que la carga probatoria deberá asignarse a la parte más fuerte de la relación. Ante esto, surge la pregunta de si se encuentra la Sala actuando de una forma debida con respecto a este tipo de litigio.

Palabras claves

Abuso, análisis jurisprudencial, carga probatoria, derecho laboral, balance, equidad, historia del derecho laboral, *in dubio pro operario*, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, subordinación.

¹ La autora es licenciada en Derecho, graduada de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo electrónico: sfallasa872@ulacit.ed.cr

Keywords

Abuse, balance, burden of proof, equality, history about labor law, *in dubio*, jurisprudence *pro operario*, labor law, The Second Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, subordinate.

Abstract

The *in dubio pro operario* as a subcategory of the protective principle has been used as a guarantor standard in the protection of the weak part of the labor relationship as it has been with its *in dubio pro reo* or *in dubio pro natura* in the case of probable doubt, it will benefit the weaker party. However, what happens if this rule is used in order to overprotect the party or incur misuse of it? The Second Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica has ruled in this regard stating that this principle is necessary to maintain a balance in the relationship of subordination, adjudicating this burden of proof should be assigned to the strongest part of the relationship. Is the Chamber acting in a proper manner with respect to this type of litigation?

Introducción

La legislación laboral está en constante modificación para adecuarse a la realidad social que se enfrenta; por esta razón, se ha realizado un fortalecimiento de la tutela de derechos y garantías de las partes (patrono-empleado), en especial de aquella que se ha determinado como débil en la relación laboral. Esto ha dado pie a la utilización estricta de una serie de principios que a su vez dan vida a pequeñas categorías o subprincipios de esta rama, con el fin de encontrar un equilibrio procesal para ambas partes intervinientes en el litigio.

Uno de ellos es el principio protectorio del trabajador o *in dubio pro operario*, que se ha creado con el fin de tutelar a la parte trabajadora frente a su patrón. En los últimos años, en la Sala encargada de lo laboral en Costa Rica, se ha presentado un incremento notable de personas que han recurrido a esta norma a fin de protegerse por medio de la utilización de este principio. Con esta situación se ha evidenciado que muchos han encontrado en esta un mecanismo de sobreprotección en absoluto beneficioso, perjudicando así directamente al empleador, dada la

amplitud de garantías que este principio implica, con lo cual evidentemente se ha generado un abuso o uso indebido de la norma.

La doctrina ha señalado el principio protector —y con ello a su subcategoría procesal, en este caso el *in dubio*— como un precepto elemental en la defensa del trabajador y una forma jurisdiccional para hacer valer sus derechos frente al patrono, colocando al trabajador como la parte débil de la relación establecida entre patrono y trabajador.

La presente investigación busca demostrar el uso indebido que se le ha ido dando a este subprincipio laboral, el *in dubio pro operario*, para lo cual es necesario establecer los parámetros de investigación que orientarán el estudio de este precepto y sus alcances plasmados en el derecho sustantivo, así como la inadecuada aplicación de este principio, reflejada en las resoluciones judiciales de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia costarricense.

Entre los parámetros de análisis de este trabajo se realiza un estudio del nacimiento del Derecho Laboral a lo largo de su evolución histórica en el mundo, y las situaciones vividas en Costa Rica; y se profundiza mediante un estudio jurisprudencial centrado explícitamente en las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el periodo de 2010 al 2016, en conjunto con el Código de Trabajo costarricense, que fue emitido en el año 1943 y su próxima reforma procesal, la cual entrará en vigor a partir de junio del 2017.

La propuesta de investigación de este artículo se basa en la demostración del uso indebido del principio, en cuanto a la resolución de la última instancia encargada del tema laboral en Costa Rica, en donde el trabajador, mediante la protección de este subprincipio, ha tomado una posición de ventaja sobre su patrono.

Estado de la cuestión

¿Se da en Costa Rica el uso indebido del principio *pro operario*? En el derecho costarricense, desde el nacimiento del Derecho Laboral, se ha ido desarrollando en una serie de principios exclusivos de esta rama, de los cuales se puede resaltar uno que se cataloga como el principio primordial para la solución de litigios, este es el ‘principio protector’, el cual tiene como fin tutelar los derechos en las relaciones de trabajo.

Este principio protector se encuentra ramificado en tres subcategorías: la norma más favorable, la condición más beneficiosa y el *in dubio pro operario* (Pasco, 2013). En la legislación costarricense se encuentra normado en el artículo 17 del Código de Trabajo (Espíritu del 48, 2015), el cual establece que para efectos de interpretar su texto, reglamentos y leyes conexas se deberá tomar en cuenta el interés de los trabajadores y la conveniencia social. Pero, ¿qué pasa cuando esta parte obrera hace un uso indebido de dicho principio, utilizándolo para su beneficio personal, dejando a su contraparte bajo una especie de indefensión?

Diversas situaciones se han presentado en los últimos años relacionadas con el uso procesal laboral indebido de la norma por parte de los involucrados; un caso en específico lo encontramos en la resolución 000054 del año 2013 (Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda, 2013) en la cual se relata cómo un trabajador fue despedido sin responsabilidad patronal, ya que en su casillero se encontró una serie de bolsas con aparente cocaína. La sala de lo laboral costarricense establece que dicho despido no tiene justificación alguna, pues el patrono además de no encontrarse facultado para examinar el contenido de dichos paquetes, no tiene la certeza de que el contenido sea algún tipo de droga, además, de que debió demostrar la procedencia de estos paquetes, los cuales pudieron ser ingresados por alguna otra persona, aun cuando los paquetes fueron decomisados por la policía.

Es importante resaltar que es al patrono a quien se le atribuye presentar la carga de la prueba, pero este no podía conservar estos paquetes ni llevarlos para realizar un análisis, limitando así sus posibilidades reales y legales probatorias, pues según la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, escrita en el año 2012 por la Asamblea Legislativa costarricense, la potestad de análisis de estas sustancias es de la Sección de Química Analítica del Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, del Organismo de Investigación Judicial, por medio de la Unidad de Drogas. De igual forma, aunque se hubiera obtenido un resultado positivo en droga, es el patrono quien tendría la responsabilidad de demostrar que fue el empleado el que puso estos paquetes en su maletín de pertenencias.

Ante situaciones como la comentada, surge la necesidad de analizar el uso real que se está haciendo de este principio protector, y con este el de su subcategoría, el principio *pro operario*. Desde el nacimiento de este principio, este se invoca en la sustanciación de dichas resoluciones u otras similares, cuando se toman en consideración aspectos como la carga de la prueba y en caso de falta de ella, para favorecer al trabajador.

Este trabajo tiene como finalidad demostrar que la aplicación de este principio ha caído en una desfiguración de la norma, pues se utiliza para crear un desequilibrio probatorio, ante lo cual surge la necesidad de que entre en vigor la Reforma Procesal Laboral (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2017).

Antecedentes del Derecho Laboral en el mundo

Desde la concesión del razonamiento y de la aplicación de normas de comportamiento por parte del ser humano y con ello en el trabajo, la sociedad ha encontrado la necesidad de establecer los parámetros de conducta y protección ante las desigualdades que se dan entre las personas; es así como nació la necesidad de tutelar todo lo que ha sido vulnerado. Estas normas, a lo largo de la historia, se fueron perfeccionando para proteger de una manera equitativa las diferencias que acontecían, con lo cual surgen los primeros institutos jurídicos. Uno de los más importantes en la historia es el Derecho Romano, de donde nace el Derecho Civil, herramienta de mediación indispensable para el convivio de las personas.

Durante la civilización romana resalta la explotación y la esclavitud de los individuos (Láscarez, 2013), quienes eran obtenidos principalmente mediante triunfos en guerras. Los esclavos eran considerados instrumentos parlantes, pues no tenían el título de ser habitantes. El trabajo realizado por este sector de la población se caracterizaba por estar relacionado con labores crueles y con trabajos de campo, en donde el esclavista no solo tenía posesión del esclavo cuando se encontraba en las labores que se le asignaban, sino también de la vida de este. Se empieza así a evidenciar la división de las clases, en señores esclavistas y esclavos, además de artesanos y mercaderes, quienes eran individuos libres, que generalmente provenían de diferentes pueblos.

Las situaciones denigrantes a las cuales eran sometidos los esclavos les daban la oportunidad a los esclavistas de dedicarse a funciones como la política, la ciencia y el arte. Se consideraba que el trabajo manual era inferior, pues este lo realizaba la población inculta, y estaba desvalorizado frente a uno intelectual. La literatura universal presenta múltiples ejemplos de grandes filósofos de la época, quienes en sus obras describen la situación que se vivió en aquel momento. Cicerón, específicamente, en su libro I.42.150-151, de su conocida obra *De officiis*, establece la jerarquía de las actividades laborales, y se ve reflejada la diferenciación que se hacía en funciones decorosas o decentes e indecorosas (Rodríguez, 2004).

Años más tarde, el periodo esclavista entra en crisis, pues los cautivos eran sometidos a condiciones infrahumanas y forzados a realizar funciones que acortaban su vida, por lo que no hay interés por parte de estos, de desempeñar dichos trabajos, generando así pérdidas en las diferentes producciones, crisis de la que surge la producción feudal (Rodríguez, 2004).

Con el desplome del Imperio Romano, todo lo relacionado con la esclavitud o malos tratos se intenta ocultar (Bermejo, 2016) por medio de la producción y desarrollo laboral, pues este tuvo una gran influencia en una religión que fue tomando poder a lo largo del mundo: el cristianismo. Esta, mediante la utilización de sus libros recopilados en la Biblia donde se encuentran incluso citas que mencionan el trabajo como una forma de disciplinar a aquellos que desobedecieran a Dios, establecía principios o normas con la finalidad de mejorar al hombre, ya que buscaba disciplina, sin reducirlo a tortura.

Con el desarrollo del feudalismo, llega la Edad Media (Láscarez, 2013), que se caracterizó por ser un periodo en el cual el señor feudal —quien formaba parte de la nobleza— era poseedor de grandes extensiones de tierra y de los muchos empleados que vivían en ella (Machicado, 2010). Con el feudalismo se da la *locatio conductio operis*, o arrendamiento o locación de obras, la cual consistía en que una de las partes obligaba a la otra a realizar trabajos y a su vez se obligaba a pagar el precio por esto.

A finales del siglo XII, en Francia, Italia y España, con el desequilibrio de aquellos que cobraban por su trabajo o aquellos que pagaban por poder tenerlos, se empieza a crear una serie de grupos que buscan obtener mejores condiciones en sus trabajos, con lo cual nacen las ‘corporaciones de oficios’, presentes hasta finales del siglo XVIII, las cuales buscaban un mejoramiento de las condiciones deplorables que tenían que soportar los empleados. Luego surgieron los ‘gremios’, o grupos de personas que desempeñan una misma función.

Años más tarde (Machicado, 2010), el rey Luis XVI promulgó un edicto cuyo objetivo era eliminar las corporaciones de oficios, sus estatutos y privilegios, abriendo un nuevo capítulo para la humanidad llamado la Edad Moderna, periodo que se caracterizó por que se dieron grandes revoluciones sociales, económicas y políticas, como la Revolución Francesa en 1789, con la que se instauró el principio de libertad contractual. Con la invención de la máquina de vapor y la organización de empresas, se dio la Revolución Industrial, caracterizada por la aparición de nuevos empleos y personas que migraron del campo a la ciudad.

Seguidamente de la Revolución Industrial, nacieron a la luz jurídica una serie de leyes en búsqueda de la protección de la parte obrera, como lo fueron la Ley Waldack Rousseau de 1884, la cual buscaba derogar el edicto de Turgot; y la Ley Le Chapelier, que prohibía a los trabajadores organizarse (Machicado, 2010). Debido a la injusta intervención del Estado en los asuntos económicos, laborales y de planificación (Machicado, 2010), además de las diferentes revoluciones que se venían presentando que buscaban reconstruir la sociedad, surgió una serie de principios liberales.

Entre los principios liberales que se presentan como ideas por parte de los grupos, está la libertad política o igualdad, entendida como la igualdad de personas, donde el Estado no podía intervenir en la organización del trabajo, pues violaría los principios de libertad, igualdad y el principio de *“Laissez faire, laissez passer le monde va pour lui même”* (“Dejad hacer, dejad pasar, que el mundo se mueve por sí mismo”).

Posterior a ello, nacieron los principios liberales dirigidos por Engels, en el campo jurídico (Machicado, 2010), los cuales encontraban sustento en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad. Por primera vez se instaura la privacidad de voluntades de las partes en la prestación de servicios con consentimiento de ambas, además se restringe al Estado a limitar su participación únicamente cuando se consideraba que era necesario para mantener el orden público.

Junto con la Revolución Industrial (Machicado, 2010), el descubrimiento de la electricidad, la creación de hornos de fundición de acero y el empleo de la máquina de vapor, se deja atrás la utilización de empleados para la realización de trabajos de campo, como la labranza de la tierra, y se cambia por mano de obra capacitada para la utilización de maquinaria. Empiezan así a presentarse nuevos abusos patronales, como extensiones de horarios de trabajo, los cuales eran de 17 horas, por lo que estos se tornaban agotadores; y nuevamente se vuelven a dar injusticias como, por ejemplo, que los empleados que no pudieran cumplir con su asignación por enfermedad fueran reemplazados de forma inmediata.

El primero de mayo de 1886, en los países europeos, se cambió la jornada laboral de 17 horas a 8 horas diarias de trabajo (Machicado, 2010) y, por consiguiente, hay 16 horas para descansar y pasar tiempo con las respectivas familias (Láscarez, 2013). Entre los principales aportes que deja la Revolución Industrial se destaca que no solo por nacer en una familia noble se es rico, sino que cada individuo puede surgir mediante el trabajo.

Con el nacimiento de la Edad Moderna, en el mundo suceden acontecimientos que van marcando la historia, uno de ellos fue el descubrimiento de América; y con el fortalecimiento de las industrias con la utilización de maquinaria, surgen nuevas necesidades y relaciones sociales, pues se establece la competencia (Láscarez, 2013).

La Época Moderna se sitúa en los primeros años del siglo XIX, y se caracteriza por prohibir a las mujeres y menores realizar ciertas labores forzosas; el Estado resalta por proteger la integridad de aquella clase asalariada, de las injusticias que esta sufría en esta época. Se empiezan a presentar huelgas, con la finalidad de tutelar sus derechos violentados, descansando en estos cimientos los primeros indicios del derecho colectivo de trabajo, la coalición o facultad de unirse para hacer valer un interés común y el arbitraje, entre otros (Cardona, 2012).

Este periodo de la historia se caracteriza además por las guerras, y porque el Derecho Laboral al fin dejó de formar parte del Derecho Civil (Ulloa, 2009), estableciéndose así una mejoría considerable en la relación obrero-patronal, pero no es sino por la intervención de la Iglesia Católica, con sus Encíclicas Papales, que se fortalece el impulso de la separación de esta rama, ya que en estas Encíclicas se establecían aspectos como la seguridad social, la tranquilidad en el vejez y el derecho de la salud. Además, en sus intentos por fortalecer estos lineamientos, la Iglesia Católica se convierte en la precursora de la lucha para que se regulen los salarios justos para la subsistencia de los empleados y sus familias.

Con el descubrimiento de América, se da nuevamente la explotación de las tierras colonizadas por parte de los conquistadores europeos, que se apropiaron de todas las riquezas que encontraron en estas tierras y esclavizaron a sus habitantes, los indígenas.

Con la colonización de América, se instauran las primeras leyes obreras, conocidas como las Leyes de Indias (Bronstein, 1998), que consistían en el arrendamiento del trabajo, inspiradas en las leyes napoleónicas, fundamentando así la creación de algunas otras basadas en la subordinación de las labores pesadas, como lo fueron el Código de Minas que data del año 1886 de Argentina; o el Código Policía, escrito en Ecuador y que buscaba la protección mínima salarial (El Espíritu del 48, 2015a).

Antecedentes del Derecho Laboral en Costa Rica

En Costa Rica, el surgimiento del Derecho Laboral fue muy diferente del de los países latinoamericanos, debido a la lejanía con respecto a los demás vecinos y que este no se encuentra teñido de sangre, a pesar de que sí presenta importantes luchas en busca de tutelar los derechos que fueron violentados (Fallas, 2011). Una de las diferencias con respecto a los demás países fue la carencia de latifundios o el establecimiento del comercio de intercambio, en vez de economía de subsistencia.

A pesar de que en el mundo se estaban llevando a cabo grandes acontecimientos con respecto a las revoluciones y las luchas laborales, no es sino hasta 1943 (Fallas, 2011) que se empiezan a ver resultados en luchas por las garantías laborales en Costa Rica, con la elaboración del Código de Trabajo.

El desarrollo de la legislación laboral en Costa Rica se puede organizar por etapas de desarrollo. La primera etapa se centra en las huelgas en las bananeras en el Caribe y en la construcción del ferrocarril al Atlántico con mano de obra afroamericana, asiática, italiana y de otros extranjeros traídos al país; estas huelgas se debían a las condiciones laborales del momento, que se caracterizaban por estar muy por debajo de las calidades establecidas en comparación con cualquier otro trabajo de la época (Fallas, 2011). Es entonces que se empiezan a establecer los primeros gremios sindicales, y junto con ello la lucha por jornadas de 8 horas laborales y el salario justo, entre otras demandas. Estos gremios se encontraban conformados por muchos extranjeros y por graduandos costarricenses, quienes obtenían su título en universidades situadas en otros países, pues la costarricense no poseía instituciones de este tipo (Hernández, 2013).

Con la aparición de los primeros sindicatos, las huelgas y la constitución del Partido Vanguardista, surgió la participación política-social de estos gremios, incluso formando así un partido republicano-calderonista, dirigido por el doctor Rafael Ángel Calderón Guardia, el licenciado Manuel Mora y monseñor Rubén Sanabria. Con la unión de estos grupos se da un fortalecimiento en la regulación social, además de que permite una participación activa de los sindicatos (Fallas, 2011).

La segunda etapa de evolución laboral surge entre los años de 1900 a 1949; Costa Rica sufre una serie de cambios, ya que recibe una fuerte influencia de acontecimientos como la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Paz, la Liga de las Naciones, la Constitución de

Weimar y la creación de la Organización Internacional del Trabajo, de los cuales se crearon normas que tenían como fin proteger garantías en beneficios de los trabajadores que se catalogaron como irrenunciables (Barahona, 2010).

Luego de varios intentos y recomendaciones por parte del Organismo Internacional del Trabajo, en 1928, bajo la administración del presidente de la República Cleto González Víquez, mediante el decreto legislativo número 33, del 27 de junio de 1928, nació la Secretaría de Estado en los Despachos de Trabajo y Previsión Social, que buscaba proporcionar al trabajador tutela frente a los riesgos laborales, la libertad de asociación y el derecho a acceder al arbitraje o la conciliación (Barahona, 2010). Posterior a ello, en 1936, se fundó la Oficina Técnica de Trabajo, y junto a ella, en 1942, se instauró una comisión encargada de redactar el que sería el proyecto del Código de Trabajo (Comisión de Descripción del Archivo Nacional, 2014).

Recibidas estas influencias del extranjero y las situaciones vividas a lo interno del país como lo fueron las luchas de Jorge Volio, es que durante el gobierno del doctor Calderón Guardia, entre los años de 1940-1944, tras diversas disputas, se concretó en conjunto con el licenciado Manuel Mora y monseñor Rubén Sanabria, la instauración de las garantías sociales, las cuales buscaban la protección de la salud, la vivienda, economía, el agro, la familia, la asistencia social, servicios públicos, tributación y derecho a la propiedad, estableciéndolos en la legislación como derechos irrenunciables, hasta la época (Barahona, 2010).

Con las garantías sociales, el Congreso Constitucional aprobó el Proyecto de Código de Trabajo, que se encontraba inspirado en las disposiciones en materia laboral ya vigentes en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, España, México y Venezuela, además de lo que ya se establecía en diferentes convenciones de carácter internacional y la Organización Internacional del Trabajo (Bronstein, 1998).

El proyecto laboral buscaba la protección en el ámbito laboral de las mujeres y los menores de edad, normas relacionadas con las jornadas de trabajo, salario mínimo, e incluso atañe a principios explícitamente relacionados con la materia laboral, normas que más tarde serían adicionadas en la Constitución Política costarricense. Tras tres debates en el Congreso es que se aprueba dicho proyecto del Código de Trabajo, que empezó a regir el 15 de septiembre de 1943 (El Espíritu del 48, 2015a).

Mediante la creación del Ministerio de Trabajo, el Código de Trabajo y la Caja Costarricense del Seguro Social, se inicia el establecimiento de una serie de cambios en lo concerniente a las relaciones laborales entre las partes intervinientes y es así como se empiezan a conocer estas como patrono y trabajador (El Espíritu del 48, 2015b), siendo estas relaciones las que se conocen en la actualidad.

Como se vio reflejado mediante este recorrido histórico, desde el nacimiento del Derecho Laboral, como norma que surge a partir del Derecho Civil, esta rama se ha encontrado en una lucha constante, en búsqueda de una igualdad de condiciones de las partes en todos sus ámbitos, desde el origen de la relación laboral. Sin embargo, hay que preguntarse si en la actualidad se ha mantenido esa armonía laboral, o ha sido esta misma norma la que ha generado un traspié procesal en la participación de las partes intervinientes.

Proceso laboral establecido en el ordenamiento jurídico costarricense

En Costa Rica, la contratación laboral se encuentra clasificada según diversos criterios o factores; por ejemplo, si la contratación surge a partir de la subordinación de una sola persona, se llamará individual, pero si esta contratación se compone de varios trabajadores, se le llamará colectiva. En materia laboral, hay una categoría que es la más reconocida y que consiste en la duración del contrato; esta, a su vez, se encuentra subdividida en contratos por tiempo definido y por tiempo indefinido o indeterminado. Los primeros se pueden encontrar en dos modalidades: por ser de plazo fijo o por obra determinada (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, s. f.).

Esta relación laboral puede concluir ya sea justificada e injustificadamente; la terminación de la relación de una forma justificada es aquella que expresa el patrón o empresa teniendo como objetivo terminar esta dependencia sin motivo alguno, generando así en contratos como los que se establecen por tiempo indefinido o indeterminado, el deber de pagar el derecho de preaviso, pago de auxilio de cesantía, vacaciones y aguinaldo. Por otra parte, la conclusión por causa justificada es aquella que una vez terminada, deja sin responsabilidad a alguna de las partes (Sánchez, 2012).

Entre las causas de justificación de la rescisión del contrato, se encuentran aquellas que indique que da el contrato por terminado, por ejemplo: por pensión, jubilación o muerte del trabajador, por acuerdo de partes, por arresto por parte de alguna autoridad judicial o

administrativa siempre que sea seguida de sentencia absolutoria, por enfermedad comprobada que lo incapacite por más de tres meses para el normal desempeño de sus labores, por despido por incumplimiento grave de las obligaciones de la persona empleadora, cuando el trabajador revele secretos de trabajo, cuando el trabajador no asista a realizar las funciones durante más de dos días consecutivos, entre otras (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, s. f.).

Con el fin de tutelar aquellos casos en que se incumpla alguna de las obligaciones anteriores o alguna otra, o incluso derechos adquiridos mediante la relación profesional, es que el Derecho Laboral al ser meramente proteccionista, establece una serie de normas o principios procesales y del trabajo que deben respetarse, con el fin de evitar abusos que puedan perjudicar a alguna de las partes. Esto es completamente necesario para la correcta equidad en la relación de subordinación obrero-patronal (Pasco, 2013).

Principios en el Derecho Laboral costarricense

Son principios del derecho aquellas medidas que fomentan la búsqueda de una solución a alguna situación perjudicial en un proceso judicial, por lo cual estos pueden ser precedentes para el origen de nuevas medidas para la solución de un conflicto, ser una guía para la interpretación de las normas ya existentes, y ser una base para solventar aquellos problemas que no sean previstos con anterioridad. Debido a su naturaleza, los principios del Derecho son generales, pero estos poseen singularidades que sirven de precepto para ser clasificados en categorías en específico (Pasco, 2013).

En el ámbito jurídico, se conoce el Derecho de Trabajo como aquel que tiene como fin hacer valer el derecho sustantivo del trabajador, y por consiguiente hay una estricta caracterización de aquellos principios que lo componen. En específico, el Derecho de Trabajo posee una norma rectora, la cual consiste en la paridad procesal, es decir, en brindar a aquellos desiguales, igualdad en lo que desigulan (Pasco, 2013).

A su vez, el Derecho Laboral se encuentra teñido de principios necesarios para el correcto funcionamiento de esta rama, como lo son el principio de primacía de la realidad, basado en la contrariedad de los acuerdos formales en la relación obrero-patronal; el principio de continuidad, cuyo fin es mantener el derecho del trabajador de conservar su antiguo trabajo; el principio de irrenunciabilidad, enfocado en dar a conocer y hacer valer al trabajador la imposibilidad que existe en que este se prive de derechos que le son concedidos; y el

principio protector, que tiene como objetivo impedir abusos de la parte fuerte, es decir, el empleador sobre el trabajador (bedeese Asesores, 2016).

El principio protector en material laboral

El principio protector es conocido por su gran importancia, pues busca tutelar aquellas desigualdades, desequilibrio e incluso la posición preeminente del empleador frente a la parte obrera. Este se encuentra compuesto por una serie de normas necesarias para su correcto funcionamiento, las cuales residen en la norma más favorable, la condición más beneficiosa y el *in dubio pro operario*.

La norma más favorable consiste en el mandato que se expresa con respecto a que en caso de que dos o más normas entren en conflicto, será utilizada aquella que más favorezca o proteja al trabajador, sin importar la naturaleza de esta, pero es necesario demostrar aquella contradicción de la norma (Pasco, 2013). Como característica de esta medida, está que no es necesario que en la aplicación de este principio se respete la jerarquía de las normas, pues siempre se tendrá como prioridad aquella que más favorezca a la parte obrera (Cardona, 2012).

La condición más beneficiosa expresa la potestad que tiene el trabajador de exigir al empleador que le sean respetadas las condiciones laborales, derechos adquiridos que le son concedidos y resulten más beneficiosos nacidos con la relación de subordinación, o bien normas que concurren entre ellas (López, 2016) tomando en consideración que cada norma establece una serie de criterios que son necesarios para garantizar un mínimo de protección, por lo cual estas nacen con la finalidad de optimar y no perjudicar en ningún caso al trabajador.

De lo anterior se debe entender que el *in dubio pro operario* es aquel criterio que posee el juzgador de valorar bajo su sana crítica la prueba y con ello la norma, con el fin de establecer que en caso de duda sea aplicada la medida que le sea más favorable al trabajador.

El *in dubio pro operario* en materia laboral costarricense

En la historia, el principio del *in dubio pro operario* nace con su cercano *in dubio pro reo*, el cual consiste en aplicar aquello que en caso de duda favorezca más al imputado (Pasco, 2013). Antiguamente, este principio era aplicado en el Derecho Civil y por consiguiente en aquello

relacionado a los trabajadores, pero una vez que el Derecho Laboral y el Derecho Civil se separaron, es necesario aplicar su singularidad jurídica, y es así como bajo la autonomía del Derecho Laboral nació el amparo a la parte débil de la relación laboral, bajo el nombre del *in dubio pro operario* (Pasco, 2013).

Para aplicar el principio de que en caso de duda se favorezca al trabajador, se deberá cumplir con una serie de criterios como lo son que en caso de duda sobre el alcance de la norma, le será aplicada la más favorable, siempre y cuando no ponga en contradicción la voluntad del legislador; además que a falta o insuficiencia de la prueba se favorece al trabajador, pues será desfavorable el fallo a aquel que recaiga el *onus probandi*, que en este caso sería al patrono, o bien cuando sean presentadas pruebas de ambas partes y sean contradictorias entre sí, se tendrán como ciertas aquellas que la parte trabajadora presente (Pasco, 2013).

En Costa Rica, el *in dubio pro operario*, que nace del principio protector, se encuentra presentado en el artículo 17 del Código de Trabajo, el cual establece a efectos de interpretar dicha norma, reglamentos o leyes conexas pertenecientes al ámbito laboral, la necesidad de tomar en cuenta el interés del trabajador y las convivencias sociales de este.

Por otra parte, la doctrina internacional evidencia que no ha sido necesario aplicar este principio procesal en criterios interpretativos peculiares, pues se puede llegar a la misma función mediante la utilización de normas generales, debido a que a pesar de que sea la misma norma la que lo establezca, no es necesario recurrir a un precepto que se encuentre orientado a una sola de las partes, pues si se recurre a este criterio interpretativo, el juzgador se encuentra viciado de su sana crítica, perjudicando así a la sociedad (Desdentado, como se cita en Munita, 2014). De igual forma, la doctrina evidencia cómo es entonces viciada la voluntad del juzgador en la valoración de la prueba, ya que como se reconoce a nivel internacional, a pesar de que esta norma se utilice en casos puntuales de duda, el juez se encuentra limitado de su facultad discrecional y absoluta de interpretar según sea su propia voluntad la regla, ya que este debe seguir aquello que ya se ha escrito en protección siempre de la parte trabajadora (Ducci, 1997).

Una de las características del principio protector, según lo establecido en los numerales 17 y 18 del Código de Trabajo, es el beneficio en caso de duda a favor de la parte trabajadora, sujeta esta duda a la falta de prueba o prueba insuficiente. Pero, ¿quién es el responsable de la carga probatoria en materia laboral?

La carga de la prueba en relación al *in dubio pro operario*

En materia laboral costarricense, la carga de la prueba ha tenido un trato diferenciado sobre las diferentes ramas del Derecho, pues esta se encuentra sujeta a lo dispuesto en el numeral 474 y siguientes del Código de Trabajo, los cuales exponen que las pruebas se recibirán de las partes que las presenten en el litigio; de igual forma, en su totalidad, el capítulo segundo del Código de Trabajo habla sobre los diferentes lineamientos de tiempo y forma que se deben seguir en cuanto al procesamiento de la prueba (Olaso, 2008).

¿Pero a quién corresponde realmente la carga de la prueba en Costa Rica? El artículo 461, inciso b del Código de Trabajo establece la necesidad que tienen las partes por fundamentar en la demanda los hechos que dieron pie al litigio; de igual forma, el artículo 464 indica la obligación de la contraparte de reconocer o rechazar los hechos; estos se resumen en una historia que será relatada de forma ordenada al juzgador, dando nacimiento al proceso.

En materia laboral, la carga probatoria u *onus probandi* debe ser entendida como aquella carga procesal sujeta a las partes. El Código de Trabajo no cuenta con normas que establezcan como tal los supuestos necesarios de la carga probatoria, es por eso que es necesario la recurrencia a la norma supletoria, específicamente a lo establecido en el Código Civil en su numeral 317, el cual habla sobre la carga de la prueba. A pesar de ser supletoria, esta posee una regla que consiste en que deberá ser vista bajo los ojos del principio protector y junto a él, el principio de redistribución.

El artículo 317 del Código Civil, vigente como norma sustituta, establece que la carga de la prueba recae sobre aquel que formule una pretensión respecto a los hechos que constituyeron la demanda; por ejemplo, aquel que formule la demanda afirmando que labora para una empresa deberá demostrarlo; según lo establecido por el principio protector, la prueba recaerá en la parte demandada, pues será esta la obligada a demostrar la no existencia de una relación de subordinación, según lo establecido en los criterios de redistribución de la prueba.

Además, el criterio uniforme en el periodo 2010 al 2016 de la Sala Segunda ha justificado dicho principio protector estableciéndolo como una distribución equitativa de la carga de la prueba en virtud de los principios de redistribución e igualdad de partes, en la cual la parte más fuerte de la relación de subordinación se encuentra obligada a llevar al estrado la prueba

para esclarecer dicho litigio, instituyendo que si esta es dudosa o insuficiente, se tomará por cierto lo dicho por el obrero.

Sin embargo, ¿es realmente equitativo o igualitaria esta distribución de la prueba? La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2010) se ha pronunciado de la forma siguiente:

El Derecho Laboral está regido por principios particulares que marcan su especialidad respecto de otras ramas del Derecho. Entre esos principios, y en el aspecto procesal, se tiene el de la redistribución de la carga probatoria, conforme al cual, la demanda goza de una presunción de veracidad.

Al respecto, se ha explicado cuanto sigue: En sentido estricto, al proceso común deben (sic) aplicarse dos principios, que están traducidos en sendos aforismos: ‘Quien afirma algo está obligado a demostrarlo’ y ‘Si el demandante no prueba, el demandado será absuelto’. De acuerdo a ello, la carga probatoria es siempre del peticionante, quien está en la necesidad y en la obligación de acreditar con elementos de convicción que los hechos que alega son ciertos.

Generalmente se evidencia un desequilibrio o imparcialidad en cuanto al análisis de la norma por parte del juzgador, encontrándose este sujeto a lo establecido en la regla complaciente de que en caso de duda se debe favorecer a la parte obrera y con ello dejando en indefensión a la parte patronal, ya que en esa recae la carga probatoria.

Lo anterior se encuentra sujeto a lo expuesto en el caso de la Sentencia de Casación (2013), donde se expresa de forma evidente que este principio en los últimos años no ha sido utilizado con la finalidad garantista o proteccionista de la parte más débil, sino que se ha convertido en un medio idóneo de garantizar el patrimonio de una forma simplista. La siguiente resolución declara:

Señala que no era posible, para su representada, comprobar si el contenido de esos paquetes era efectivamente de cocaína, ello en virtud de que la Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, establece que es una potestad única y exclusiva de la Sección de Química Analítica del Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial (...).

Así las cosas, se ha dicho entonces que el despido (...) a iniciativa de la parte empleadora, con independencia de la naturaleza de la causa productora del mismo (...) -basado en un incumplimiento previo, grave y culpable de las obligaciones de la persona trabajadora-, es una manifestación de la facultad de la entidad patronal de extinguir el contrato.

La carga de la prueba sobre la existencia de la falta atribuida a la persona trabajadora, como causal de extinción de la relación laboral por motivos disciplinarios, recae exclusivamente en la parte patronal, a quien le corresponde acreditar de manera indubitable, en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la existencia de la misma (Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda, 2013).

Como se infiere de dicha sentencia, la parte empleadora intenta demostrar las causales de despido sin responsabilidad patronal frente al juzgador, pero, ¿cómo hacerlo si la parte empleadora se encuentra impedida de analizar o conservar dicha prueba o paquetes? ¿Es entonces equitativa la carga probatoria? Pues bien, la Corte indica, entonces, que, si bien dicha sustancia genera desconfianza, no se tiene certeza de su composición ni de quién la colocó en dicho lugar; o bien, aun cuando se haya procedido con la intervención del Organismo Judicial, la duda siempre le dará un beneficio al trabajador.

De esto se pueden formular las siguientes interrogantes: ¿es entonces el principio protector una forma de hacer valer los derechos en una relación de subordinación donde se debe siempre tener presente que la parte empleadora tiene la facilidad de recabar prueba o es una manera accesible de la parte obrera de tener un fallo a su favor garantizando las peticiones fundadas, sin tener que hacer mucho esfuerzo?

Entre los supuestos controvertidos probatorios que le corresponde a la parte trabajadora demostrar frente al juzgador, se pueden mencionar los siguientes: cuando esta alegue que su jornada era extraordinaria, las causales que lo llevaron a la finalización de la relación de subordinación por incumpliendo de la parte empleadora y cuando se le estén ocasionando riesgos físicos en el trabajo asignado.

En lo anterior se aprecia un desequilibrio probatorio a simple vista, pues si bien la parte empleadora tiene en algunas circunstancias mayores facilidades, se puede demostrar con ello que la parte trabajadora únicamente se encuentra sujeta a ir a incoar formal demanda contra su empleador y tendrá con ello una garantía de un 90 % de que en un futuro no muy distante,

y bajo una serie de audiencias, percibirá aquello que solicita, porque a pesar de que la parte demandada se apersona al proceso y junto a ella haga llegar al juzgador la prueba procesal oportuna, si este la determina insuficiente, dudosa o encuentra una duda por pequeña que esta sea, fallará a favor del trabajador.

Aplicación del *in dubio pro operario* en las resoluciones de la Sala Segunda

La Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos defiende su criterio, exponiendo que la tutela es necesaria, pues la relación de subordinación existente entre el obrero y el patrono, posee una serie de características que dejan al patrono en ventaja sobre el trabajador.

Una de las principales resoluciones relacionadas con la defensa de dicha tesis es de la Sala Segunda (Sala Segunda, expediente número 0000496, 2014b), donde se analiza la importancia de la valoración y carga probatoria amparadas bajo el principio protector:

En materia laboral, los jueces deben apreciar la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas de Derecho común, salvo disposición expresa en contrario, debiendo expresar -eso sí- los principios de equidad o de cualquier otro género en que funden sus decisiones (artículo 493 del Código de Trabajo y sentencia de la Sala Constitucional, n 4448-96, de 9: 00 horas de 30 de agosto de 1996). Esta forma de apreciar la prueba no implica arbitrariedad sino respeto y sujeción a las reglas de la sana crítica, al principio de legalidad y del debido proceso. Ahora bien, por la natural desigualdad material que media entre patronos y trabajadores, las distintas legislaciones han concebido normas y principios que tienden a nivelar, equilibrar o sanear la posición preeminente del empleador; una suerte de discriminación inversa. En caso de ausencia o insuficiencia de prueba, la regla del (sic) *in dubio pro operario*, como derivado del principio protector, autoriza a solucionar la cuestión por el tamiz del “onus probandi” (...).

En el Derecho Procesal del Trabajo, el principio de derecho común según el cual quien afirma algo está obligado a demostrarlo, o bien, si el demandante no prueba, el demandado será absuelto, es deliberadamente quebrantado o subvertido, pues el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el onus probandi recae en lo básico

sobre el empleador; la demanda goza de una presunción de veracidad; se le reputa cierta a priori, presunción *juris tantum* que debe ser destruida por el empleador (artículo 18 del Código de Trabajo). El principio de redistribución de la carga de la prueba significa, “atribuir de modo diverso, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes que en eso consiste”. (sic) (Obra precitada, página 68). El peso de la carga probatoria se distribuye de manera diferente en el proceso laboral que en el civil; en este recae sobre el actor, en el laboral, sobre el demandado. En este orden de ideas, si el trabajador alega que prestó servicios a una persona o entidad determinada, debe el demandado demostrar sin lugar a dudas de que eso no fue así, por cuanto, al amparo del artículo 18 de Código de Trabajo, esa presunción, debe ser destruida por el empleador, si quiere liberarse de las responsabilidades, que esta particular forma de contratación reviste.

El artículo 18 del Código de Trabajo, establece lo que se conoce como una presunción de laboralidad, esto significa que toda prestación de servicios, se deduce, es de naturaleza laboral, salvo prueba en contrario. Esta presunción, en aplicación del principio protector, tiende a nivelar la desigual situación existente entre los dos sujetos contractuales, a saber, trabajador (parte más débil) y el patrono (parte más fuerte).

Como se observa en esta sentencia y en reiterados fallos, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia mantiene su criterio en la sustanciación uniforme en alrededor de sus 50 resoluciones con respecto a este principio, dando una importancia extrema al principio protector en relación con la aplicación resolutoria, pues es este aquel principio garantista exclusivo de la parte obrera, mal llamada ‘débil’, debido a las supuestas dificultades que enfrenta en algunos casos al momento de recabar la prueba en la relación de subordinación laboral frente a su patrono. Se generan así vacíos en la indefensión de la parte empleadora, que en muchos de los casos amparados en la buena fe de brindarle empleo a quien lo solicita como único medio de subsistencia, se ve afectada por el aprovechamiento de la contraparte en la virtud de dicho principio.

La Sala de lo laboral, a su entender en los últimos seis años, indica que ante las situaciones que actualmente se viven en la sociedad costarricense, en caso de carga probatoria, se adjudicará está a la parte empleadora. Este es el caso del fallo 000317 del año 2014, que se encuentra

relacionado con la carga de la prueba y la extravaloración que esta sufre, pues además de los criterios de la sana crítica del juzgador, se aplica el principio *pro operario* con la finalidad de no dejar en supuesta indefensión a alguna de las partes:

En todo caso, la aplicación del principio (sic) *in dubio pro operario* a la especie, impide concluir que los testimonios rendidos por los testigos de descargo, tengan mayor peso probatorio en perjuicio de la operaria. En definitiva, la demandada debió recurrir a otras probanzas para contrarrestar el horario de 6 p.m. a 6 a.m. Sobre esta misma línea de pensamiento, cabe resaltar que de manera reiterada se ha establecido que a la parte que emplea, corresponde demostrar las condiciones básicas del contrato, entre ellas la jornada, (Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda, 2014).

En este análisis probatorio, se evidencia cómo a pesar de la presencia de varios testigos por parte de la prueba de descargo, estos se encuentran desvirtuados por lo rendido de la parte actora, en razón de que se tiene por cierto aquello que el trabajador alegue y deberá el empleador desvirtuarlo; este criterio uniforme ha sido empleado en varias resoluciones provenientes de esta Sala. Como se evidencia, a pesar de los intentos que tenga la parte empleadora de sustentar el *onus probando*, el cual se le asigna desde el inicio del proceso con prueba testimonial de descargo, el juzgador siempre se verá viciado en su valoración de la prueba, debido a la permanente tutela en beneficio del trabajador, aun cuando se demuestre mediante la utilización de distintas pruebas que esto sea contrario a Derecho, quebrantando así los principios de igualdad ante el proceso.

La Reforma Procesal Laboral en relación con *in dubio pro operario* en Costa Rica

La sociedad costarricense ha sufrido algunos cambios, pues el 25 de enero de 2015, bajo la presidencia de Luis Guillermo Solís Rivera, se firmó la Reforma Procesal Laboral, que surge con la finalidad de proteger y fortalecer los derechos de la población trabajadora, siendo esta la mayor reforma efectuada en dicha rama en Costa Rica (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2016).

La reforma empezará a regir a partir de julio del año 2017, y tiene como fin fortalecer los acuerdos a los cuales Costa Rica se encuentra adherida, generando así empleo de calidad; y

reduciendo directamente la pobreza en que se encuentra un amplio sector de la población, en pos de bienestar, desarrollo, educación, salud, seguridad y vivienda, bajo la tutela de principios sustantivos procesales, bajo las reglas de la sana crítica, la redistribución de la carga y el principio protector. Entre las principales reformas realizadas a esta norma, resaltan las siguientes:

Políticas socio-trabajadoras en contra de la discriminación en el trabajo de cualquier índole, como lo es la edad, sexo, religión, estado civil y origen social, entre otras; derechos otorgados en sentencia judicial, que tendrán una validez de 10 años y prescribirán a los 10 años desde que una sentencia en firme los declare; e igualdad de condiciones, disponiéndose que todas las personas que laboren en igualdad de condiciones gozarán de los mismos derechos.

Además, establece la competencia de los juzgados e incluye al Patronato Nacional de la Infancia en relación con los procesos donde intervengan menores de edad o mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, incluso brindando asistencia legal gratuita en los casos en que los trabajadores no superen dos salarios base del cargo de auxiliar administrativo.

Por otra parte, en relación con lo que concierne, uno de los principales cambios que surtirán efecto en la Reforma Procesal Laboral se encuentra sustentado en la carga probatoria. Esto se da debido a que se encontró la necesidad de tutelar de una forma positiva este vacío legal, que fue suplido por el artículo 317 del Código Civil, el cual está distorsionado por lo contenido en el artículo 17 del Código de Trabajo en relación con el principio protector (Olaso, 2008).

Con la introducción de la Reforma Procesal Laboral, se insertan tres artículos relacionados con la carga de la prueba, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 476.- Prueba. Objetivo fundamental. La actividad probatoria en el proceso laboral tiene como objetivo fundamental la búsqueda de la verdad material. Las partes, por medio de un comportamiento de buena fe, deben cooperar con los tribunales de justicia en el acopio de los elementos probatorios necesarios para resolver con justicia los conflictos sometidos a su conocimiento, y los titulares de esos órganos pondrán todo su empeño y diligencia para la consecución de dicho objetivo.

Artículo 477.- Carga de la prueba. Hechos controvertidos, constitutivos e impeditivos. Corresponde a quien los invoque. En principio, la carga de la prueba de los hechos

controvertidos, constitutivos e impeditivos le corresponde a quien los invoca en su favor. El concepto de carga debe entenderse como la obligación de la parte de ofrecer, allegar o presentar la probanza en el momento procesal oportuno.

Artículo 478.- Carga de la prueba. Casos en que corresponden al patrono o al trabajador. En los conflictos derivados de los contratos de trabajo, le corresponde a la parte trabajadora la prueba de la prestación personal de los servicios y, a la parte empleadora, la demostración de los hechos impeditivos que invoque y de todos aquellos que tiene la obligación de mantener debidamente documentados o registrados.

Con esta reforma se llena el vacío existencial en el ámbito laboral, incrustando dentro de los artículos expuestos en los últimos 74 años de vigencia del Código de Trabajo.

Conclusiones

En primera instancia, si bien la Reforma Procesal Laboral se encuentra pronta a tener vigencia en el ordenamiento jurídico costarricense y junto a ella la realización de una serie de cambios en la estructura material del Derecho Laboral, es importante hacer un análisis de la norma formante de su antecesora, pues en esta se encuentra la razón de la reforma.

Según lo estudiado en el análisis anteriormente planteado, lo establecido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica con respecto al *in dubio pro operario* no es más que aquel principio del Derecho Laboral Privado directo de una subdivisión del principio protector, el cual está sujeto a lo dispuesto en la norma que nunca puede ser siempre interpretada en perjuicio de la parte trabajadora, según lo dispuesto en el Código de Trabajo, específicamente en el artículo 17.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2013) expone que deberá ser este entendido como el principio de *in dubio pro operario*, según el cual, ante la duda, debe resolverse a favor del trabajador. Efectivamente, en el derecho laboral, las reglas de interpretación encuentran su fundamento en el principio *in dubio pro operario*, por la dificultad que tiene el trabajador de probar ciertos hechos.

Sin embargo, debido a la naturaleza proteccionista de este subprincipio basado en la buena fe de aquel que recurre a este, se ha generado un uso indebido de esta norma, aprovechándose de la duda para hacer valer el derecho de aquel que lo recurre, en este caso de la parte obrera sobre la parte empleadora debido a la insuficiencia de prueba. Esto queda demostrado en la sentencia número 000054 del año 2013, emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. La Corte falló a favor de la parte actora mediante la utilización del criterio *pro operario*, pues es esta quien sostiene que, a pesar del hallazgo de sustancias de origen sospechoso, no es suficiente razón para que la parte empleadora aplique el despido injustificado, pues en caso de duda siempre se debe fallar a favor del trabajador.

Esta situación es preocupante, pues la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha venido utilizando con mayor frecuencia este instituto jurídico, ya que según estadísticas correspondientes al año 2016, se ha doblado el abordaje de esta institución jurídica en casi un 90 % con respecto a lo que fue ventilado en el año 2007. A pesar de que este porcentaje puede variar por muchas situaciones sociales, políticas e incluso económicas, es interesante ver el reflejo de un aumento sustancial de aquellos que recurren a este principio como medida en última instancia.

Es necesario conocer la historia para entender cómo a lo largo del tiempo, se ha dado una lucha incansable de tutelar aquello que se torna injusto para un individuo. En la actualidad, debido a la disputa constante que tuvieron los antecesores, se goza de garantías obrero-patronales, pero, así como lo hicieron estos antepasados en búsqueda de una igualdad, no se deben aprovechar estos beneficios normativos para obtener un lucro propio y con ello perjudicar a algún otro individuo que se supone está en igualdad de condición.

Como recomendación en la solución del problema que se ha presentado en los últimos años con respecto a dicho instituto jurídico, se sugiere un adecuado reparto de la carga de la prueba en los procesos, en donde sea aquel que alegue un hecho que se torna controvertido quien tenga la obligación de demostrarlo mediante la aportación de prueba, y que no únicamente tenga esa carga de invalidar el hecho controvertido con prueba de descargo la contraparte, a fin de obtener equidad procesal real, donde ambas partes cooperen con los tribunales; esta sugerencia se encuentra conceptualizada a grandes rasgos en la Reforma Procesal Laboral.

Para la introducción de dicha reforma, se sugiere que ambas partes tengan la obligación de recabo, orden o en adecuado condicionamiento de todo material relacionado con

la subordinación laboral desde su nacimiento, pues de esta saldrá el fallo en cuanto al surgimiento de posibles litigios futuros.

Referencias

- Barahona, O. (2010). *Orígenes y perspectivas de la legislación social costarricense*. Recuperado de <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica3/10.pdf>
- Bedeese Asesores. (2016). *Los principios del derecho laboral: Asociación Empresarial para el Desarrollo*. Recuperado de http://www.aedcr.com/Documentos/PracticLaborales/PracticLaborales_sesion1_2016.pdf
- Bermejo, J. (2016). Crónicas, reliquias, piedras legendarias y coronaciones en la Edad Media. *Cuadernos de Historia del Derecho*, (v23). Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/viewFile/53057/48710>
- Bronstein, A. (1998). *Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina: Organización Internacional del Trabajo*. Recuperado de http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/pasado.htm#_Toc425669032
- Cardona, A. (2012). *Derecho laboral individual*. Recuperado de <http://alexandracardona.blogspot.es/1328645869/>
- Comisión de Descripción del Archivo Nacional. (2014). *Entrada descriptiva con la aplicación de la norma internacional de descripción ISAD*. Recuperado de http://www.archivonacional.go.cr/isad-g/direccion_general_detectives2.doc
- Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. (2014). *Resolución 000317*. Recuperado de <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/IndiceTematico/Files/14-000317.html>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. (2014b). *Resolución 000496*. Recuperado de <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/IndiceTematico/Files/14-000496.html>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. (2013). *Resolución 000054*. Recuperado de <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/IndiceTematico/Files/13-000054.html>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. (2010). *Resolución 000127*. Recuperado de <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/IndiceTematico/Files/10-000127.html>

- Ducci, C. (1997). *Interpretación jurídica*. Recuperado de http://www.bcn.cl/catalogo/detalle_libro?bib=93474&materia=Interpretaci%C3%B3n%20del%20derecho%20-%20Chile_
- El Espíritu del 48. (2015a). *Código de Trabajo*. Recuperado de <http://elespiritudel48.org/el-codigo-de-trabajo/>
- El Espíritu del 48. (2015b). *Reseña histórica de la Caja Costarricense del Seguro Social*. Recuperado de <http://elespiritudel48.org/resena-historica-de-la-caja-costarricense-de-seguro-social/>
- Fallas, F. (2011). *Historia del Código de Trabajo de Costa Rica*. Recuperado de <https://fannyfallas.wordpress.com/2011/09/22/historia-del-codigo-de-trabajo-de-costa-rica/>
- Hernández, R. (2013). *Antecedentes históricos de la educación en Costa Rica; de la colonia a la apertura de la Facultad de Odontología*. <http://www.fodo.ucr.ac.cr/sites/default/files/revista/Antecedentes%20hist%C3%B3ricos%20de%20la%20Educaci%C3%B3n%20en%20Costa%20Rica%20De%20la%20colonia%20a%20la%20apertura%20de%20la%20Facultad%20de%20Odontolog%C3%ADa%20UCR.pdf>
- Láscarez, R. (2013). *Historia del derecho laboral*. Recuperado de <http://legislacion1-isoautn.blogspot.com/2013/09/historia-del-derecho-laboral.html>
- López, C. (2016). *Condición más beneficiosa, actos propios e (ir) reversibilidad de condiciones laborales: usos permitidos, posteriormente prohibidos*. Recuperado de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/condicion-mas-beneficiosa-actos-propios-e-ir-reversibilidad-de-condiciones-laborales-usos-permitidos-posteriormente-prohibidos.pdf>
- Machicado, J. (2010). *Historia del derecho del trabajo*. Recuperado de http://www.adapt.it/boletinespanol/fadocs/NL_3_26.pdf
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2016). *Contrato de trabajo*. Recuperado de http://www.mtss.go.cr/prensa/comunicados/2016/enero/Firma_de_Ley_de_Reforma_Procesal_Laboral_se_logra_como_gran_acuerdo_nacional.html
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2017). *Reforma Procesal Laboral*. Recuperado de <http://www.procesal-laboral.go.cr/>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (s. f.). *Contrato de trabajo*. Recuperado de http://www.mtss.go.cr/temas-laborales/08_Contrato_Trabajo_ind.pdf
- Munita, E. (2014). El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*

- Social*, 5(10), pp. 85-94 Recuperado de <http://www.revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/viewFile/42585/44596>
- Olaso, J. (2008). *La prueba en materia laboral*. Recuperado de https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/laboral/prueba_materia_laboral.pdf
- Pasco, M. (2013). *El principio protector en el derecho procesal del trabajo*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6718>
- Rodríguez, R. (2004). *Notas introductorias en torno a las relaciones laborales en Roma*. Recuperado de <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2317>
- Sánchez, M. (2012). *Despido: ¿Justificado o injustificado?* Recuperado de <http://opinion-juridica.blogspot.com/2012/10/despido-justificado-o-injustificado.html>
- Ulloa, F. (2009). *Derecho laboral costarricense*. Recuperado de <http://derecholaboralcostarricense.blogspot.com/2009/06/origen-del-derecho-de-trabajo.html>

Consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales, en el período 2010-2016, en las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Dady Vanessa Marchena Serrano¹

Resumen

El objetivo de la política criminal costarricense es prevenir las actuaciones antijurídicas, para lo cual se establecen normas a fin de evitar estas conductas. El Derecho Penal costarricense ha sido constantemente modificado, en especial en el tema de delitos sexuales. Estas modificaciones se han creado por la necesidad de dar una respuesta a la ciudadanía, porque los delitos sexuales tienen un impacto directo en la opinión pública. La política criminal contiene distintos aspectos por analizar, desde la prevención de los delitos hasta su represión; en Costa Rica se ha adoptado justamente el modelo de represión para tratar los delitos sexuales. Es decir, el tratamiento a los ofensores sexuales ha sido principalmente la prisión. La cantidad de la población que se ve afectada por los delitos sexuales va en crecimiento, y el Estado no se ha preocupado por realizar una política concreta que evite este fenómeno, sino que se ha concentrado en producir leyes más rígidas que no dan solución a esta problemática social. Todas estas modificaciones a la ley penal se materializan en las sentencias, y por esta razón se deben considerar los criterios de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

¹ La autora es Licenciada en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. dadyvanessa@hotmail.es

Palabras clave

Política criminal, delitos sexuales, violación, estupro, abuso deshonesto, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Abstract

The purpose of Costa Rican criminal policy is to prevent unlawful acts, for that reason rules are established to avoid these behaviors. Costa Rican Criminal Law has been constantly changing especially in the area of sexual offenses. These changes have been created by the need to give a response to the public because sexual offenses have a direct impact on public opinion. Criminal policy contains different aspects to be analyzed, from crime prevention to repression, however, Costa Rica has adopted the model of repression to deal with sexual offenses. That is, the treatment of sexual offenders has been mainly prison. The number of the population that is affected by the sexual crimes is growing, and the State has not been concerned to carry out a concrete policy that avoids this phenomenon, for its part it has concentrated on producing more regulated laws that do not give solution to this social experience. All these modifications to the criminal law are materialized in the sentences, for that reason the criteria of the Third Chamber of the Supreme Court of Justice must be considered.

Keywords

Criminal policy, sexual offenses, rape, dishonest abuse, Third Chamber of the Supreme Court.

Introducción

La política criminal es una estrategia gubernamental que en primer lugar previene los comportamientos criminales y, en segundo, logra la disminución de las actuaciones antijurídicas. Por esta razón, la determinación de los tipos penales (conductas estimadas perjudiciales para la sociedad) y su sanción correspondiente conforman la política criminal, y están bajo la responsabilidad, de forma exclusiva, de los legisladores. La legislación penal

en Costa Rica ha tenido múltiples reformas en materia de delitos sexuales, que obedecen al aumento de agresiones sexuales; por esta razón, la legislación costarricense, ante la necesidad de dar respuesta para evitar el impacto que estos delitos producen en la opinión pública, ha modificado constantemente la política criminal en este tema.

No obstante, esto en lo que se ha convertido es en un aumento de penas, aspecto que evidencia una ineptitud por parte del Estado en materia penal y también muestra la poca o hasta nula investigación jurídica sobre la realidad social, ya que lo que se debe crear son normas que den solución a tales problemas, y no que los empeoren y se sumen a otros que ya tiene Costa Rica, como lo es el hacinamiento carcelario.

La política criminal en materia de delitos sexuales se ha concentrado principalmente en la represión, y es poca o insuficiente la que se le ha destinado a la prevención. Para determinar si la política criminal es aplicada de manera represiva o preventiva, según lo predispuesto por nuestros legisladores, es necesario conocer cuáles son las consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales, en el período 2010-2016, en las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En la actualidad, muchas de las conductas que realizan las personas son tipificadas como delitos y esto desvirtúa ciertos principios, como el de *ultima ratio*², convirtiendo el Derecho Penal en uno de los principales mecanismos de regulación del comportamiento del hombre, sin que los demás componentes de la política criminal del Estado se ejecuten correctamente, uno de los cuales es la prevención.

En Costa Rica, la política criminal es un proceso que dirige el Ministerio Público, dado que precisamente los criterios de ejercicio de la acción penal son atribución exclusiva del fiscal general, puesto que sobre este existe la posibilidad de control jurisdiccional. A pesar de que la política criminal ha sido vista como un aspecto exclusivo del Ministerio Público, también la policía administrativa, el Organismo de Investigación Judicial y demás delegaciones ejecutivas que cumplen funciones de seguridad del Estado forman parte de la política criminal costarricense.

² El principio *ultima ratio* significa que la pena es la última opción; además, Hidalgo (2012) indica que este principio se debe de aplicar “cuando ya todas las medidas alternas u otras opciones posibles, según la legislación aplicable, se han agotado o han sido insuficientes, para la resolución del conflicto” (p. 23). La traducción al castellano de este principio, de acuerdo con Bustamante (2012), es “ultima razón” (p. 417).

La política criminal engloba toda la criminalidad nacional e internacional como parte de la facultad del Estado de regular y mantener el orden social, por esta razón es preciso tener en cuenta, en los procesos de criminalización y descriminalización en materia de delitos sexuales, que estos son parte de la política criminal en donde se debe analizar desde su aspecto preventivo para la sociedad en general, hasta su faceta represiva en la que intervienen el delincuente y la víctima. Por esta razón, es esencial analizar la legislación aplicable para conocer y mitigar los efectos de la mala política criminal que Costa Rica está enfrentando, que incluso en ocasiones es nula, ya que se debe considerar que los delitos sexuales son unos de los más gravosos para toda la sociedad.

En adicción, se debe hacer una fuerte crítica al sistema legislativo costarricense e incluso al penitenciario, considerando que la ley penal inicia con el Derecho Penal, se materializa con el Derecho Procesal Penal, pero finaliza con el Derecho Penitenciario, que así se constituyen en los tres principales componentes que engloban la política criminal. No obstante, además se deben brindar soluciones a estos problemas, ya que el abordaje a los agresores sexuales debe ser diferente al de otros delitos —por la gravedad de sus actos—, y esta labor debe iniciar con un fuerte trabajo social, para generar una nueva cultura en la sociedad costarricense.

Al respecto, esta investigación, con el objetivo de demostrar las consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales, definió el límite temporal de la investigación en las sentencias emitidas en los años 2010 al 2016, y los límites espaciales corresponden al análisis de las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, también llamada Sala de Casación Penal.

La presente investigación tiene su base en la doctrina sobre el estudio de los delitos sexuales, en donde toma especial consideración el papel del delincuente y la víctima. En este caso se enfrentó un obstáculo, ya que se realizó un análisis por separado de la doctrina de los delitos sexuales y luego de la política criminal, por cuanto no hay un tratamiento en la doctrina sobre ambos temas.

Así mismo, en el estudio de la doctrina del control social, el abordaje de la política criminal se orienta en analizar las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para conocer las consecuencias de la política criminal determinada por el Poder Legislativo como parte de una política general del Estado. Además, se analizan las diferentes teorías sobre prevención del delito —tanto represivas como no represivas—, hasta lograr determinar las

consecuencias de la política criminal que existe en Costa Rica con respecto a los delitos sexuales en el periodo 2010- 2016.

Por esta razón, el objetivo general de esta investigación es identificar cuáles son las consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales, en el período 2010-2016, en las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Los objetivos específicos son evidenciar los aspectos generales del estudio, y exponer las consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense.

Finalmente, para el presente estudio se consultaron diversas fuentes, haciendo énfasis en los textos sobre el tema en cuestión que existen en las diferentes bibliotecas a nivel nacional. Para la ejecución de este trabajo se utilizaron tanto fuentes primarias, como las tesis, doctrina, jurisprudencia, de diversos puntos de vista de especialistas del Derecho Penal; como secundarias, es decir, información obtenida a través de páginas de internet, opiniones jurídicas, y reportajes de periódico referentes a las condiciones jurídicas y administrativas de la política criminal en materia de delitos sexuales.

Estado de la cuestión

La falta de políticas criminales concretas y actualizadas, en concordancia con las políticas públicas del Estado costarricense, no ha permitido desarrollar un modelo adecuado para la prevención ni para la represión de los delitos sexuales. Se estima que cada ochenta minutos se recibe una denuncia por algún tipo de agresión sexual, lo cual conlleva a una mayor inseguridad ciudadana y denota un aumento de la criminalidad; por ejemplo, en el año 2012, la cifra de agresiones sexuales aumentó tanto que de 90 denuncias que se daban en el año 2000, se pasó a 2.160 denuncias, situación que se estima que para el 2016 ha venido aumentando.

Ahora bien, de acuerdo con el Departamento de Planificación del Poder Judicial (2013), la cantidad de población que se ve afectada por delitos sexuales son alrededor de 146 personas por cada 100 mil habitantes anualmente. Los delitos de abuso sexual y la violación constituyen las dos maneras más delictivas y denunciadas en el país; la gravedad de estos delitos es que se comenten con mayor frecuencia (en un 80%) sobre la población más vulnerable, como lo son los menores de edad. En este sentido, es importante indicar que el Código Penal

costarricense (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970), regula los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto.

La cantidad de denuncias es solo una de las consecuencias de la mala aplicación de la política criminal que existe en el país, ya que el Estado está siendo ineficiente en su función de protección y las consecuencias de atentar contra la libertad sexual de una persona son muchas, en especial porque se da una afectación psicológica y física que no es fácil de compensar. Los altos índices de criminalidad que se presentan en el país —y en especial en el tema de delitos sexuales— son parte de la consecuencia de la poca planificación del Estado en materia de seguridad ciudadana y los costos sociales de esto son muy altos, dado que si se distribuyen estos costos equitativamente entre las partes involucradas (el delincuente, la víctima y la sociedad en general), es un hecho que el delincuente no recibe una sanción adecuada, a la víctima no se le puede reparar el daño íntegramente, y la sociedad paga estos procesos y continúa viviendo en inseguridad.

Antecedentes políticos criminales de los delitos sexuales en Costa Rica

Distintas clases económicas y políticas conforman el Estado costarricense y este se encarga de producir leyes (Derecho) como parte del proceso de control social, lo cual se materializa en la Asamblea Legislativa, en donde hay muchos intereses que producen, interpretan o eliminan distintas leyes, ya sea por el bien de la sociedad o solo por favorecer a ciertos sectores, y esto sucede cada cuatro años.

En este proceso de administración de justicia se podrían perder principios democráticos, porque se producen muchas reformas y se crean normas que usualmente tienen incuestionables marcas ideológicas, las cuales terminan siendo reflejadas en las sentencias que muchas veces carecen de objetividad. Ninguna rama del Derecho se escapa de este fenómeno y mucho menos el Derecho Penal. Concretamente, la determinación de los tipos penales, es decir, las conductas dañinas para la sociedad y su sanción respectiva, es un asunto de política criminal reservado en exclusiva a los legisladores, quienes en Costa Rica gozan además de cierto grado de discrecionalidad.

El Derecho Penal se manosea constantemente y muchas veces sucede por estrategias políticas que la ciudadanía apoya, pero porque se induce a error a las personas ya que se divulga que la solución para la inseguridad ciudadana es la pena de prisión, pero no cualquier pena, sino

que aquellas que solucionan este problema son las penas altas, creando así una cultura en pro de la presión. En el tema de delitos sexuales esto pasa con más frecuencia, porque es más sencillo satisfacer la justicia popular que enfocarse en la prevención.

Aunque desde hace veinte años —específicamente en el Código Procesal Penal de 1996 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1996)— se crearon los procedimientos alternos de justicia como los criterios de oportunidad, la suspensión de proceso a prueba, la reparación integral de daño y la conciliación, se conjetura que la sociedad costarricense debía desvincularse del fenómeno pro cárcel para aplicar algunos de estos procedimientos; sin embargo, no sucedió así, incluso la realidad es que los sistemas penitenciarios tienen serias deficiencias, una de las cuales es el hacinamiento carcelario. Entonces, este fenómeno de creación de normas por parte del gobierno costarricense para castigar las conductas dañinas para la sociedad es lo que se llama “política criminal”.

Hace alrededor de ciento noventa y seis años, Costa Rica se independizó y en ese momento empezó a realizar sus propias codificaciones, empero el Derecho Penal se empezó a regular hasta 1841, por medio del Código General del Estado costarricense. Antes de este año, las penas eran sumamente severas, dado que se regulaba la pena de muerte y el extrañamiento, por delitos contra el Estado, causas religiosas y delitos de orden público. Un año después de que el Código General estuviera vigente, entró en vigor un Decreto³, el cual limitaba la aplicación de la pena de muerte a delitos de alta traición, homicidios y piratería; además, en este Decreto se indicó que las penas que indicaba el Código General de 1841 debían reducirse una tercera parte. Según Gutiérrez (1999), el Decreto fue necesario y determinante para la ley costarricense, porque este Código se consideró como una mala copia de la ley española que era muy rígida.

En esta evolución histórica de la ley penal, es necesario reconocer que la influencia de la española no se dio únicamente en 1841, ya que en 1880 se promulgó el Código Penal, que también tenía mucha similitud al Código español de 1870; sin embargo, en este Código se dio la abolición de la pena de muerte, ya que este presentaba una fuerte tendencia liberal. No obstante, las carencias que presentaba ese Código produjeron que se promulgara otro en 1919, empero cinco años después se promulgó un nuevo Código Penal llamado en ese momento Código de Astúa, porque quien lo elaboró fue José Astúa. El Código de Astúa

³ Gutiérrez (1999) indica que este Decreto se publicó y empezó a regir el 1 de junio de 1842.

coexistió 17 años y marcó fuertemente la pena de prisión como un medio de prevención. En este aspecto, Gutiérrez (1999) afirma que “este código indicaba que las penas privativas de libertad personal, constituyen en verdad el alma del sistema punitivo de cada país, es claro que esta filosofía aun la arrastramos a los tiempos actuales” (p. 33).

En 1941 empezó a surgir una política criminal en materia penal, ya que en este año se promulgó otro Código Penal, en el cual Gutiérrez (1999) indica que se implantó que la pena máxima privativa de libertad era de 30 años; además, en este Código se establecieron medidas de seguridad. En este mismo año, los delitos sexuales se encontraban regulados dentro de los delitos contra la honestidad.

En los años setenta del siglo XIX, el sistema legislativo costarricense realizó un cambio extremo en materia penal, porque puso en vigencia una serie de decretos, leyes y reglamentos para regular la aplicación de la pena⁴. Gutiérrez (1999) comenta que en esta época “comienza a regir un nuevo Código Penal y un nuevo Código de Procedimientos Penales 1975” (p. 35). Precisamente, la época de los años setenta fue muy importante por la entrada en vigor del Código Penal que se encuentra vigente actualmente.

Delitos sexuales contemplados en el Código Penal costarricense y sus características

En los delitos sexuales se protege el bien jurídico de libertad sexual o determinación sexual de las personas, pero esta no es la única protección, porque se tutela la integridad psíquica y física. Entonces, la determinación sexual de una persona es concretamente la decisión personal de aceptación de las relaciones sexuales, de tal manera que, si estas se realizan, es por una decisión libre entre todos los participantes. De la misma manera se tiene que tomar en consideración que los bienes jurídicos que se protegen en este tipo de delitos de índole sexual, son la libertad sexual ya indicada y la indemnidad sexual.

La primera, como se determinó, debe ser entendida como el derecho de toda persona de ejercer la actividad sexual libremente, mientras que la segunda es el derecho de todo ser humano a no ser molestado en materia sexual. En este sentido, cuando una persona tiene acceso carnal con otra, a través de cualquiera de sus formas y en contra de su voluntad, en

⁴ Se creó el Reglamento del Centro de Adaptación Social La Reforma y, además, en 1971, fue promulgada la Ley de la Dirección General de Adaptación Social.

este momento se invade uno de los ámbitos más privados en la vida de la persona (víctima), que daña seriamente su intimidad. En estos delitos es común que la acción típica consista en obligar a otra persona a realizar algún acto sexual y es de esta forma que se lesiona la determinación sexual de las personas.

Los delitos que atentan contra la libertad sexual de la persona involucran de manera general el acceso carnal consentido o sin consentimiento, así como todos los actos de explotación sexual, por esta razón los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Código Penal, específicamente en el Libro II, Título III. En esta norma se puntualiza y sanciona lo correspondiente a los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos. En todos estos delitos prevalece una característica en común que es la violencia sexual; este es un concepto muy amplio y necesario que se debe analizar para un correcto entendimiento de los delitos que se desarrollarán en esta sección.

En cuanto a qué es la violencia sexual, la Organización Panamericana de la Salud (2013) la describe como aquellos actos que violentan la libertad sexual de las personas, y que ocurren cuando una o más personas obligan a la fuerza a otra persona a realizar una actividad sexual no deseada; sin embargo, este tipo de violencia no es únicamente efectuar el acto, pues solo la tentativa de realizar un acto sexual involuntario es una forma de violencia sexual. Esta, además, se manifiesta cuando se le niega el derecho a una persona de hacer uso de la anticoncepción o de medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual; y todos aquellos actos que afecten la integridad de los genitales de una persona, como lo es la amputación genital femenina o masculina.

Se está ante violencia sexual cuando se realizan insinuaciones sexuales no deseadas, incluso cuando se generan acciones para comerciar cualquier modo la sexualidad de una o varias personas mediante coerción por parte de otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, sin discriminación del entorno en que se encuentre como lo es el trabajo o el hogar.

El National Sexual Violence Resource Center (2012) destaca que los impactos que se producen cuando se genera violencia sexual son personales, porque en el ámbito personal es donde se ven reflejadas las agresiones físicas y las agresiones psicológicas, pero este impacto es más amplio, ya que cuando se presenta este tipo de agresión también hay una afectación hacia las parejas, ya que esta experiencia ocasiona lesiones traumáticas que pueden producir un daño en las relaciones que tenga la víctima. Además, la violencia sexual produce impactos

comunitarios, ya que, en los lugares que se presente este tipo de violencia se sigue un patrón de miedo y esto aumenta la suma para los gobiernos en donde se incluyen no solo los costos de la justicia, sino también el acrecentamiento de los precios de servicios médicos.

El impacto social que crea la violencia sexual es muy relevante, dado que se crea un ambiente de desconfianza que puede dañar cualquier estructura social, y esto también implica grandes costos como los incluidos en el impacto comunitario mencionado anteriormente, empero en este se analiza otros aspectos, como los laborales, ya que se considera que el 50% de las víctimas de algún tipo de violencia sexual pierden sus trabajos, por lo que este fenómeno causa grandes impactos económicos en las sociedades.

Cuando se comete una agresión sexual en contra de una persona, se convierte en un delito sexual que, para la víctima, es una experiencia negativa e inesperada, y esto además repercute considerablemente en su integridad física y emocional, por lo que siempre implica un alto nivel de vulnerabilidad. Precisamente, esa condición es calificada por muchas normas internacionales, por ello se debe analizar la pauta número 11 de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en donde se indica que se considera como condición de vulnerabilidad cuando la víctima del delito presenta la limitaciones gracias a la infracción penal, que puede causar daños y perjuicios derivados del delito penal o del sistema de justicia, en donde se puede producir nuevamente victimización. Se consideran además en condición de vulnerabilidad según estas reglas, las personas menores de edad; las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar; las víctimas de delitos sexuales; los adultos mayores; y, finalmente, los familiares de víctimas de muerte violenta.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2011), consciente de la gravedad de las agresiones sexuales, presenta una interpretación adecuada acerca del concepto de la violencia sexual, cuyo extracto prescribe:

Es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”; situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas (p. 311).

En la normativa penal sustantiva costarricense, se determinan los actos de violencia sexual como delitos sexuales, y se pueden determinar las conductas del sujeto activo como conductas delictivas dolosas, que violentan el bien jurídico tutelado el cual corresponde a

la libertad sexual; sin embargo, Gutiérrez (1999) indica que el Código Penal costarricense en materia de delitos sexuales no indica nada acerca del bien jurídico tutelado, por lo que lo correcto según esta doctrina es afirmar que en estos tipos penales se protegen algunos bienes de forma prioritaria y otros de forma accesorio. La protección prioritaria se da al proteger el bien jurídico principal, que es la autodeterminación sexual; y los accesorios, como la honestidad, el pudor, las buenas costumbres, la moral sexual y el honor.

Es menester mostrar que los bienes jurídicos indicados como accesorios por esta doctrina corresponden a una legislación antigua y errada, porque el Derecho Penal en materia de delitos sexuales no tipifica formas de comportamientos sexuales de las personas (moral sexual), sino que lo que regula es la libertad del individuo como parte de su intimidad y privacidad, esta es la libre disposición del cuerpo de cada persona de mantener relaciones sexuales con quien le plazca siempre y cuando no se trate de menores de edad.

Otro aspecto relevante es que actualmente no se tipifica un delito en contra la honestidad ni contra el pudor, como sí se hacía en la normativa penal general en los años 1924 y 1970 que, incluso, en esas épocas determinaba la extinción del delito si el autor contraía matrimonio con la víctima. Claramente, la terminología “buenas costumbres” también queda excluida de la protección penal, pues este es un término genérico y tan amplio que a lo sumo sirve para encuadrar perfiles tanto de las víctimas como de posibles imputados.

La tutela del honor en la normativa penal costarricense se encuentra en el Título II del Código Penal; no obstante, se refiere a los derechos de la personalidad, por lo cual el honor no tiene cabida relevante en tanto se trate de agresiones sexuales. Por su parte, Gutiérrez (1999) indica que Castillo (1993) manifiesta que en el delito de violación sí se debe considerar un delito contra la honestidad que está inmerso en el bien jurídico, libertad sexual dentro de la inviolabilidad corporal de las personas.

La libertad sexual es un valor absoluto de los individuos, por esta razón el Código Penal costarricense tipifica distintos delitos que atentan contra este bien jurídico, los cuales se analizan desde la óptica de la teoría del delito, pero haciendo especial énfasis en la tipicidad, porque esta es el ajuste de los actos humanos voluntarios o involuntarios ejecutados por la persona al tipo descrito por la ley como delito. Así mismo, Machicado (2012) indica que es la adecuación de los actos de las personas de forma voluntaria al tipo penal y que este si se adecúa correctamente es indicio de que es delito, ya que sin la adecuación el delito no existe.

El primer delito regulado en el Código Penal costarricense es la violación, esta es el acceso carnal que se realiza en contra de la voluntad de una persona; o, dicho de otra forma, es la imposición de la cópula de manera violenta por medio de coacción o de intimidación moral de una o varias personas hacia una u otras. El origen etimológico de la palabra ‘violación’ se encuentra en la locución latina *violationis*⁵, en donde el primer enfoque se refiere a realizar actuaciones contrarias al derecho y a todas las normas sociales preestablecidas ya sean culturales o religiosas; el segundo enfoque consiste en obligar a alguien a realizar prácticas sexuales no consentidas.

Por esta razón, es necesario analizar el tipo contemplado en el Código Penal costarricense. La violación se encuentra regulada en el artículo 156, en donde se establece una sanción de prisión de diez a dieciséis años a aquellas personas que se hagan acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo; y los casos que regula la violación son cuando la víctima sea menor de trece años, cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esté incapacitada para resistir, y, cuando se use la violencia corporal o intimidación. Finalmente, se realiza la aclaración que, si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma, para ambos se aplica la misma pena.

Como consecuencia de lo anterior, el acceso carnal en este delito se constituye como el verbo típico; sin embargo, se deben analizar todos los elementos accesorios para determinar cuáles son las conductas que el legislador considera delictuosas en este delito, por tanto, la doctrina mayoritaria ha definido el acceso carnal como la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de una víctima ya sea por vía oral, vaginal o anal. Además, Cifuentes (2012) aporta que el acceso carnal es la penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo. Comete este delito el hombre o la mujer que obligue a otra persona a mantener acceso carnal involuntariamente sea total o parcial por vía oral, anal o vaginal, en contra de una persona de uno u otro sexo, utilizando violencia física o psicológica en donde se pueden considerar la intimidación, amenazas y ofensas.

Los sujetos en este delito son indeterminados, porque tanto el autor como la víctima en este delito pueden ser cualquier persona, ya que el hombre o la mujer pueden ser sujetos activos o pasivos de este delito. Hace algunos años se consideraba al hombre como el autor de estos

⁵ La traducción al castellano de esta locución, según Gutiérrez (1999), significa “acción y efecto de violar” (p. 78).

delitos porque se suponía que la violación era la introducción del miembro viril masculino en la vagina de la mujer; sin embargo, esta tesis fue superada hace años, ya que las causales del tipo penal indican que el acceso puede ser por las tres vías mencionadas, por lo que incluye tanto al hombre como la mujer.

Con respecto a la normativa penal costarricense, se debe indicar que la violación es un delito de propia mano⁶, es decir, solo el autor puede cometer este delito, ya que este tipo implica una conducta corporal que no puede ser realizada por otra persona, por lo que tampoco se admiten los elementos de coautoría ni autoría mediata, porque el dominio solo lo puede tener quien ejecuta el acto. La violación se constituye como un delito de resultado, por lo que admite la tentativa, la cual parte del proceso criminal en el cual no se alcanza la consumación, pero se hace la aclaración de que la tentativa comprende una voluntad por parte del autor de que esta debe ser dirigida a la consumación del delito y manifiesta a través de la realización de actos idóneos e inequívocos que ponen en peligro el bien jurídicamente protegido por el tipo penal.

Esta conceptualización es importante, ya que cuando se ejecutan todos los actos encaminados a la violación y esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor, es en este momento que se produce la tentativa; en este aspecto se debe hacer una diferencia básica entre la tentativa de violación y el tipo penal de abusos sexuales, ya que en los abusos sexuales la voluntad del autor no es tener acceso carnal y en la violación sí.

En este sentido, la sentencia 00833, dictada por Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago en el año 2015, expresa que para considerar si existe o no una tentativa de violación se requiere entonces analizar los siguientes puntos: desde un punto de vista normativo, el plan del autor, que se infiere de los actos concretos ejecutados por el sujeto actuante; pero, también, desde un punto de vista o criterio material (el principio de inmediatez) se debe manifestar si la última acción ejecutada por el autor hubiese permitido o no lograr, sin la necesidad de acciones intermedias en la consumación, es decir, el acceso en vía vaginal. En resumidas cuentas, a manera de ejemplificación, un tocamiento cercano a la vagina dependiendo de que se cumplan o no los criterios antes indicados, podría configurar o bien un abuso sexual, o bien una tentativa de violación.

⁶ En este aspecto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la resolución número 1427 del año 2000 indica que la “violación es un delito de propia mano que requiere una conducta personal y corporal que define la autoría” (p.6).

El tipo objetivo en el delito de violación consiste en el acceso carnal con una persona de uno u otro sexo con las condiciones establecidas en el artículo 156 del Código Penal. Las condiciones son elementos accesorios, y de esa norma se desprenden tres posibles víctimas, necesarias de analizar, dado que por medio de estas se puede encausar la acción, para delimitarla o para ampliarla, en tanto se pueda presentar algún tipo de concurso material o ideal según los actos ejecutados, para poder evidenciar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico costarricense.

La primera es cuando la víctima sea menor de trece años; esta norma protege principalmente la inmadurez mental, ya que después de los doce años se considera que ya hay una madurez relativa, por lo que se puede afirmar que, en este inciso, lo que se protege es la inexperiencia sexual de los menores de 13 años que no han alcanzado la madurez. La segunda es cuando la víctima es vulnerable o se encuentre incapacitada para resistir; la vulnerabilidad se puede determinar cuándo se presentan casos de menores de edad y el supuesto de aquellas personas con enfermedades mentales o discapacidades cognitivas severas. En los casos de la incapacidad, se consideran también aquellas víctimas con discapacidades físicas, aquellas que han perdido sus facultades temporalmente por el uso del alcohol o drogas, y todas aquellas circunstancias que afecten la capacidad psíquica y física de una persona. La tercera es cuando se use la violencia corporal o intimidación; en este caso, la víctima puede ser cualquiera, sin importar aspectos de sexo. Lo relevante para que se cumpla esta causal es que se dé algún tipo de coacción por medio de violencia física o psicológica para lograr la cópula o los actos sexuales que el autor desea.

La legislación penal costarricense tipifica la violación por medio del artículo 157 del Código Penal, en donde se realiza la calificación de la violación por casos muy específicos, como lo es el parentesco entre el ofensor y la víctima, pero es esencial indicar que estas acciones se califican, ya que al darse esta violencia sexual entre familiares o tutores, se está renunciando al deber de protección que existe en la familia, pues esta acción es contraria a los valores sociales y sin duda a los valores familiares, por cuanto el daño es irreparable tanto para la víctima como para la misma familia, ya que muchas veces se termina gravemente con la disolución de la familia.

Se produce el agravante de la violación cuando se da un grave daño en la salud de la víctima, es decir, cuando se produzcan lesiones en esta. Otro agravante es si hay más de un autor realizando la violación, ya sea simultáneamente o por separado, pero no en coautoría, ya que como se explicó anteriormente, esta no opera en la violación. Finalmente, también hay un

agravante cuando existe una relación de poder del autor hacia la víctima, como es el caso cuando los autores son sacerdotes o pastores, policías o diputados, entre otros.

Mantener relaciones sexuales con personas menores de edad es un delito sexual contemplado en el Código Penal costarricense, que en la doctrina es conocido como ‘estupro’. Según Carrara (1967), este consiste en la relación carnal con una mujer honesta, que acepta ante la seducción y que no es acompañado de violencia. Además, Gonzales (1986) indica que es la relación sexual con mujeres muy jóvenes que son honestas, que se obtiene de forma maliciosa y fraudulenta. Asimismo, León (1988) señala que el estupro es el delito cometido por la persona que realiza cópula con una persona mayor de 12 años, pero que aún es menor de edad, pero esta relación se logra por medio de engaño. Los autores mencionados coinciden en que el estupro consiste en mantener relaciones sexuales con una persona menor de edad de manera consentida, pero por medio de engaño.

La regulación en Costa Rica para el estupro se encuentra en el artículo 159 del Código Penal, en el que se dispone lo siguiente:

Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años, por la vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento. Igual pena se impondrá si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de trece años y menor de dieciocho años, y el agente tenga respecto de esta la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

En este delito, tener acceso carnal también es el verbo típico, y el sujeto activo también es indeterminado, es decir, puede ser cualquier persona (hombre o mujer) que mantenga relaciones sexuales con una persona menor de edad de manera consentida. En este delito no es de mayor importancia la cantidad de veces que se produce el acto sexual, sino que lo que interesa es la protección de inexperiencia sexual; por esta razón, el sujeto pasivo es definido por el legislador en cuanto se establece que la persona menor edad debe tener los rangos de edad de trece años y menor de quince años para el primer supuesto del tipo penal, y cuando sea mayor de trece años y menor de dieciocho años.

El bien jurídico tutelado en este delito es la inexperiencia sexual, ya que el tipo penal protege las limitaciones de edad, puesto que en el rango de trece y quince años hay situación de vulnerabilidad de las personas porque no hay una madurez fisiológica ni psicológica para disponer libremente de su cuerpo, en especial en el aspecto de la sexualidad. Así mismo, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la resolución N° 976 del 2004, declaró que lo que se pretende evitar es que la libertad sexual de los menores se vulnere mientras se encuentren en esta fase de su desarrollo, en virtud de que no han alcanzado la madurez fisiológica y psicológica suficiente para poder actuar de manera consciente y libre en este ámbito.

Todos los actos sexuales remunerados con personas menores de edad constituyen un delito en la legislación penal costarricense. En este tipo de delitos no hay acceso carnal, ya que, si este se produce, se estaría ante un caso de violación o de estupro. Este delito consiste en actos sexuales en donde media un pago de dinero o cualquier ventaja económica o material que se le da a la persona menor de edad. Este delito se encuentra contenido en el artículo 160 del Código Penal, el cual expresa que quien pague, prometa pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a una persona menor de edad o a un tercero, para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con diferentes penas. Se establece una pena de prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de trece años; una pena de prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de trece años, pero menor de quince años; y, finalmente, una pena de prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años, pero menor de dieciocho años.

La acción típica consiste en la promesa o el pago a cambio de que un menor ejecute actos con naturaleza sexual, y, por esta razón este tipo penal es considerado como un tipo penal abierto, porque no se establece si debe ejecutarse el acto por parte del menor o si se debe iniciar su ejecución, es decir, con solo una promesa, sea que esta se realice o no. Sin embargo, se han planteado diversas interrogantes para este tipo; por ejemplo, Soto (2009) plantea la interrogante de “¿qué sucede si a quien se le hace la promesa de pago es a un tercero, y sin que el menor sepa de esta oferta?” (p. 11). Este además indica que la respuesta es que no se ha puesto siquiera en peligro el bien jurídico tutelado, si el tercero, por ejemplo, nunca contacta a un menor que cumpla con lo prometido, sea que se materializara la promesa de pago o no. La discusión de este tipo penal se ha presentado también en la jurisprudencia, por ejemplo, en la resolución 00782 de la Sala Tercera del año 2003, en la que se señaló que, si la promesa fue hecha, es indudable. En esta misma resolución se amplía el tema declarando lo siguiente:

Este análisis se hace la excepción al indicar que otro tema es la exigencia del defensor de que esa promesa fuera de realización inminente, real y material, es decir que cada adjetivos que manifiesta el tipo penal se entiende que la compensación prometida debe ser inmediata, pero de ser así se estaría interpretando erróneamente el alcance semántico del término porque este es más amplio pues por definición el cumplimiento de una promesa está sujeto a la ejecución de la conducta u omisión conminada, por lo que no puede tener esas características. Así entendida, ninguna promesa lo sería. Luego, por eso mismo tampoco es dable exigir la exhibición material de la compensación o su existencia real, porque ello no se precisa para que, en este caso o en cualquier otro, se configure el ofrecimiento de una ventaja a cambio de realizar o dejar de realizar una acción (p. 12).

El título III del Código Penal costarricense contiene finalmente los delitos de abusos deshonestos, que consisten en la tipificación de todas las conductas sexuales que lesionan la libertad sexual de las personas, pero que no constituyen una violación. Boumpadre (s. f.) indica que el concepto de abuso deshonesto es el abuso sexual primeramente que se convierte en una agresión sexual violenta que no es el acceso carnal; de tal abuso existen elementos que los caracterizan, entre ellos las conductas abusivas de contenido sexual, el contacto corporal entre al autor y la víctima (este contacto corporal debe afectar los órganos sexuales de la víctima) y la ausencia de asentimiento de la víctima en relación con el acto sexual que realiza el autor. Entonces, el ejemplo más claro de abusos deshonestos son los tocamientos libidinosos. Los numerales que contienen estos delitos son los artículos 161 y 162 del Código Penal, los cuales serán analizados de manera conjunta, pero se explicarán las diferencias más relevantes.

En los delitos de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces y abusos sexuales contra las personas mayores de edad, el verbo típico es ‘abusar’; además, ambos delitos son de propia mano, por lo que no permiten la autoría ni mediata ni inmediata, el sujeto activo es indeterminado pues puede ser cualquier persona, y el sujeto pasivo sí es identificado por el legislador, ya que en el numeral 161 se señala que es la persona menor de edad y para el 162 la persona mayor de edad. Estos delitos tienen en común que se agrava el hecho si la acción es cometida por familiares o existe relación de confianza. El elemento que diferencia estos tipos penales es la edad de los sujetos pasivos y la pena.

La política criminal en relación con el Derecho Penal

En líneas anteriores se ha realizado un acercamiento al tema de política criminal; sin embargo, es importante explicar los aspectos más relevantes y su relación con el Derecho Penal. Todas las actuaciones realizadas por el Estado ante un delito constituyen la política criminal; Barrantes (2015) comenta que:

Actualmente la política criminal es considerada como un conjunto de estrategias, técnicas, medios y procedimientos por medio de los cuales una sociedad más o menos organizada (Estado), planea sus respuestas a la criminalidad con soluciones pertinentes en la disminución de sus niveles bajo un contexto social en modo tiempo y lugar (p.57).

Es decir, el Estado crea la política criminal para enfrentar la delincuencia de manera represiva o preventiva, estas son las dos formas para mantener el orden social. La forma represiva se orienta hacia la penalización de las conductas por medio del proceso de criminalización⁷. La política criminal preventiva es lo que evita que se realicen conductas antijurídicas; este aspecto se enfoca en realizar un trabajo social, como lo es el fomento de valores, mayor acceso a la educación y vigilancia local, entre otros.

En relación con los delitos sexuales, la política aplicada es la represiva, por la connotación que estos actos tienen ante la reacción social. Además, al protegerse la libertad sexual dentro de la normativa penal costarricense, esta tiene un efecto represivo, ya que en la descripción de cada uno de los tipos penales que atentan contra esta libertad se da la sanción de estas conductas por medio de coacción (prisión). En todo caso, para llegar a la prisión se debe pasar por una serie de etapas, de las cuales la primera es la composición y la segunda la represión.

Con respecto a la composición, sin duda se debe hacer referencia al procedimiento legislativo, porque es aquí donde se crean los tipos penales o se eliminan; en esta etapa también se considera el Poder Judicial, porque es el Ministerio Público el que realiza las políticas de

⁷ Tapia (s. f.) indica que este proceso es “el conjunto de actos sociales, políticos y jurídicos, que llevan a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita, mediante la creación de una norma y la aplicación de una política criminal específica” (p. 1).

persecución penal. Sobre la etapa represiva conviene analizar la sentencia 00385 emitida por el Tribunal de Casación Penal de San José (2004), en donde se dicta lo siguiente:

Desde el punto de vista político criminal es conveniente dividir, claramente, la etapa de composición y la represiva, por esta razón, una vez que el acusador ha definido la imputación, el espacio procesal impone la preeminencia de la persecución pública y la solución represiva. La privatización parcial de la acción penal cuando ya se ha definido su ejercicio, no es una solución conveniente, pues debilita los objetivos de la conciliación y desnaturaliza el contenido del proceso penal estatal (p. 6).

En este orden de ideas, se deben indicar aspectos necesarios acerca de la prevención, ya que no toda prevención es considerada política criminal, a saber: “es política criminal preventiva cuando es planeada con cierto grado de elaboración” (Barrantes, 2015, p. 59). El grado de elaboración es necesario, porque por medio de este plan es que se mitigan los efectos de la criminalidad o por lo menos se minimiza los efectos del crimen. Es tan importante comprender la prevención, que la criminología ha establecido tres niveles para mitigar los efectos del delito: la prevención primaria, la secundaria y la terciaria.

De acuerdo con Barrantes (2015), la prevención primaria es la que estudia las causas de la criminalidad. Este enfoque se realiza hacia el estudio del conflicto social, y para evitar que crezca la delincuencia se realizan programas de prevención, en esta etapa no se relaciona el Derecho Penal porque no se ha generado el delito, ya que lo que se busca es resolver la delincuencia desde políticas sociales. La prevención secundaria se origina cuando ya se produjo el delito; aquí hay una intervención de Derecho Penal, porque los jueces e incluso los policías son los operadores sociales que alejan al delincuente de la sociedad. Finalmente, la prevención terciaria se refiere a la aplicación de la sanción penal más gravosa, es decir, la privación de libertad; en esta etapa lo que se busca es evitar la reincidencia. También en esta se emplean principios como el resocializador, para lo cual se debe brindar asistencia dentro del centro penitenciario y después de este.

Acerca de los privados de libertad por comisión de delitos sexuales, el sistema penitenciario costarricense estableció un programa de atención a los infractores sexuales que consta de ciertos tratamientos terapéuticos para evitar que el ofensor sexual vuelva a cometer actuaciones antijurídicas. Según Gutiérrez (1999), uno de los propósitos de este programa es generar autocontrol personal para evitar el abuso físico y psicológico. Para lograr este propósito,

existen algunos criterios institucionales, como permanecer en el centro penitenciario al menos la mitad de la sentencia y en este lapso debe haber asistido a los talleres y diferentes actividades que realizan profesionales en diversas áreas de psicología, así como contar con reportes positivos del área de atención a la violencia.

Dentro de este marco, es importante indicar que la política criminal costarricense realiza un adecuado tratamiento a la prevención terciaria para tratar de evitar la reincidencia, pero lo cierto es que no es suficiente, porque el porcentaje de reincidencia en cuanto a la comisión de los delitos sexuales es muy alta, para esto es importante mencionar los datos del Departamento de Estadística del Poder Judicial (2012), según los cuales para el 2010, 136 personas fueron reincidentes, y para el siguiente año (2011), el total de reincidentes fueron 108 personas.

Esto demuestra que para tratar de erradicar la criminalidad se deben tomar en consideración todos los niveles de prevención, porque ni la represión ni la prevención terciaria tienen un efecto significativo, como sí lo tendría trabajar en evitar la comisión de los delitos desde un enfoque social, especialmente cuando se trata de delitos sexuales, porque los efectos de este tipo de delitos, como se indicó, son muy gravosos en las víctimas.

Consecuencias de la política criminal en las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Las teorías anteriores se materializan en la práctica por medio de las sentencias, por esa razón es necesario realizar un análisis de estas para establecer las consecuencias de la política criminal vigente en nuestro país. La resolución por analizar es la 00610, del 2010, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En esta sentencia se analiza el cambio de la política criminal del año 1999 al 2007, y el delito de violación contrapuesto con el de abuso sexual; específicamente, la discusión se genera en torno a que si la acción de lamer una vagina constituye violación o abuso sexual. En esta resolución el criterio es el siguiente:

Si bien el artículo 156 del Código Penal costarricense, es más amplio que el equivalente español, pues nuestros legisladores incluyeron, en la ley de 1999, la introducción de “uno o varios dedos”, además de la de “objetos” (sumándole “animales” en 2007), es lo cierto que una lectura de la norma acorde con el principio

de interpretación restrictiva que rige por imperativo legal, no da lugar a estimar que con el término “objetos”, el legislador haya querido incluir no sólo los cuerpos sólidos inanimados, sino también otras partes del cuerpo, distintas de los dedos, que sí se estipulan expresamente en el mencionado artículo 156 del Código Penal. A ello debe agregarse, que la diferenciación misma de las categorías “dedos” (parte del cuerpo humano), “objetos” (cuerpos inanimados) y “animales” (otros seres animados), da a entender que se trata de categorías diversas, de modo que los dedos son la única parte del cuerpo cuya introducción se sanciona como violación, y mal haría el operador del derecho en interpretar ampliativamente la palabra “objeto”, para incluir en él otras partes del cuerpo no previstas en el tipo. A la inteligencia de “objeto” como cuerpo inanimado, abona también el hecho de que en la reforma posterior (2007), se haya incluido la introducción de “animales” (seres vivos), para distinguirlos de los cuerpos sólidos inanimados (objetos) (p. 3).

Este criterio, ordenó que se recalificaran los hechos tipificados en el fallo como dos delitos de violación a dos abusos sexuales agravados contra persona menor de edad. Para la individualización de la pena que corresponde imponer al sentenciado, se ordenó el reenvío de la causa al tribunal de origen, por lo que esta calificación disminuiría los cuarenta y dos años de prisión que se establecieron al inicio. El criterio del tribunal fue ampliado al indicar lo siguiente:

En definitiva, tenemos que los hechos sexto y séptimo acreditados por los juzgadores, no constituyen violación porque: 1) no cabe en la previsión de acceso carnal; 2) interpretar que la lengua constituye un “objeto”, para hacer encuadrar la conducta en la segunda modalidad de violación, implica interpretación ampliativa del tipo penal, lo que está vedado en nuestro ordenamiento jurídico (Resolución 00610, p. 6, 2010).

Conclusiones

Considerar que Costa Rica no tiene una política criminal en materia de delitos sexuales sin duda es un hecho falso, porque el desarrollo anterior muestra los distintos cambios que se

han producido en la legislación penal producto de la intervención estatal. Lo cierto es que toda intervención estatal para mitigar o no la criminalidad son aspectos de política criminal. Sin embargo, se debe aclarar que el Estado costarricense no ha aplicado una política criminal rigurosa para eliminar los impactos que producen los delitos sexuales en las víctimas ni en los mismos agresores sexuales. No ha sido rigurosa ni mucho menos integral, porque los cambios en las penas se han producido para dar una respuesta social, ya que, por la connotación de los delitos sexuales, estos producen un fuerte impacto en las comunidades.

La función del Estado es intervenir en aquellas situaciones que afecten la convivencia social, por esa razón se establecen los mecanismos de política criminal, para poder intervenir cuando esta convivencia es afectada; sin embargo, la política criminal abarca la prevención y la represión, aspectos que, en el tema de delitos sexuales, se han convertido en únicamente represión dejando de lado muchos aspectos de prevención. En un Estado social de derecho debe ser prioridad atender los fenómenos de criminalidad desde el punto de la prevención, para evitar los efectos tan nocivos que generan los delitos en las personas, pero es claro que hasta hoy, Costa Rica no mantiene una política definida ni mucho menos clara que se ajuste a la necesidad del país de mitigar los efectos de los delitos sexuales en las poblaciones vulnerables como lo son los niños, mujeres e indígenas, entre otros.

Es importante que exista una política criminal uniforme y acorde a las necesidades de cada Estado, porque los sistemas de justicia obedecen a la política criminal y específicamente a esto se deben sujetar los jueces. Precisamente, en el análisis de las resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 2010-2016, se determinó que los casos presentados concluyeron en sentencias condenatorias en donde las penas que se dictaron fueron entre los 20 y los 40 años de prisión. Además, los jueces realizaron un análisis político criminal de los hechos para determinar la pena, pero en los seis años analizados, no existe un criterio uniforme acerca de la unidad de acción de los delitos, es decir, algunos aspectos de concursabilidad en los casos triplicó la pena en las sentencias.

Con respecto a la acción, la discusión ha sido constante, porque esta tiene un papel importante a fin de delimitar el campo de lo punible y lo no punible, por lo que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha aceptado dos grandes tendencias doctrinales, las cuales se han acercado a dar respuesta a la pregunta acerca del momento en que se da una acción. La primera considera que se debe definir conforme a criterios naturalistas; la segunda, por el contrario, establece que debe hacerse únicamente conforme a criterios normativos. En general, la doctrina ha concluido en señalar que la unidad de acción es un

concepto jurídico, es decir, es erróneo intentar definirla con abstracción de la norma, así también sería equivocado tratar de fijarla prescindiendo del hecho, sin darle el lugar que le corresponde como contenido de la norma. En este sentido, la resolución 00473, del 2013, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dicta lo siguiente:

Asimismo, tratándose del delito de violación, la intencionalidad del agente activo va dirigida a conseguir una satisfacción sexual, su conducta va subjetivamente encaminada a lesionar la auto-determinación sexual de la víctima, ello mediante el acceso carnal en una o en varias cavidades de su cuerpo (vagina, ano o boca), en contra de la voluntad de ésta, lo cual resulta inaceptable, reprochable y sumamente doloroso para el agente pasivo, porque se vulnera además, su integridad física y moral, esta última conteniendo como es sabido, su aspecto psicológico. En consecuencia, no se puede aceptar la premisa acogida por la mayoría de integraciones de los antiguos Tribunales de Casación, ahora Tribunales de Apelación, en cuanto a que, ante varios accesos carnales simultáneos, ya sea por la vía oral, vaginal y anal, se estaría en presencia de una sola ilicitud. No existe ninguna posibilidad de confundir cada finalidad -de acceder carnalmente a la víctima-, por el hecho de que cada una de ellas resulte semejante, es decir, por dirigirse a lesionar el mismo bien jurídico tutelado (p.6).

La disparidad en los criterios jurisprudenciales en aspectos de concursabilidad demuestra el grado de discrecionalidad que tienen los juzgadores en el proceso penal. Finalizando con el proceso político criminal, se debe indicar que términos como “seguridad ciudadana” son los que han provocado que la sociedad costarricense esté creando una cultura en donde la respuesta a la criminalidad sea la prisión; e incluso cuando se trata de delitos sexuales, permiten que se ejecuten actos violentos en contra de los ofensores sexuales, con lo que surge la pregunta de si la violencia es una respuesta a la seguridad ciudadana. Si se atiende a los derechos humanos, la respuesta será que no; para detener la criminalidad en los delitos sexuales se debe realizar un fuerte trabajo social para poner en práctica la prevención.

Las recomendaciones para evitar las consecuencias de la política criminal en materia de delitos sexuales son aplicar una correcta prevención, promoviendo que las comunidades se organicen de manera que se inicie con una educación en los hogares para saber identificar a los posibles agresores sexuales, pero además evitar que estos cometan el ilícito. Se debe

realizar un programa para que las instituciones educativas incluyan en sus planes de estudios aspectos sobre sexualidad responsable y cómo prevenir cualquier tipo de violencia sexual.

A nivel legislativo, se debe tomar en consideración la situación del país, especialmente cuando se trata del hacinamiento carcelario, para que cada reforma que se produzca en la ley sea con base en estudios y no se contribuya con otros problemas, y que al delincuente se le pueda reinstaurar en la sociedad de manera adecuada. En el caso del sistema penitenciario, se le debe dar un tratamiento inmediato al agresor sexual, es decir, desde que inicia con la condena se debe realizar todo tipo de seguimiento psicológico para evitar la reincidencia y lograr que la persona se reforme. Estos sencillos planteamientos lograrían la disminución de estos delitos, una sociedad más segura y menos problemas en los sistemas penitenciarios.

Referencias

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970). *Código Penal*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996). *Código Procesal Penal*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC
- Barrantes, J. (2015). *Sobre política criminal y criminología*. San José: Juritexto.
- Buompadre, J. (s. f.). *Abusos sexuales*. Recuperado de http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._119_a_120_abusos_sexuales.pdf
- Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Estados Unidos. Palibrio, Servicio de Publicaciones. Recuperado de https://books.google.co.cr/books?id=vK9soJH-gYL4C&pg=PA417&lpg=PA417&dq=ultima+ratio+locucion&source=bl&ots=mQz-B1wh3Ts&sig=xUVoxKgYlB5_XBWgtU6ooww2Tg&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Carrara, F. (1967). *Programa de derecho criminal*. (2ª. ed.). Bogotá: Temis.
- Cifuentes, E. (2012). *Análisis médico legal del concepto “acceso carnal” como supuesto del delito de violación contenido en el decreto 9-2009 “ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas”*. (Tesis de grado). Universidad de San Carlos de Guatemala. Recuperado de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_10351.pdf

- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2011). *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*. Recuperado de <http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/365/submission/proof/files/assets/basic-html/page311.html>
- Corte Suprema de Justicia. (2000). *Sala Tercera. Res.: 2003-1427*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=153231&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2003). *Sala Tercera. Res.: 2003-00782*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=241700&tem1=¶m7=&strTipM=T&lResultado=3
- Corte Suprema de Justicia. (2004). *Sala Tercera. Res.: 2004-00976*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=280444&tem1=¶m7=&strTipM=T&lResultado=4
- Corte Suprema de Justicia. (2010). *Sala Tercera. Res.: 2010-00610*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=5&nValor1=1&nValor2=489238&tem1=Violaci%C3%B3n&strTipM=T&lResultado=49&strTem=ReTem
- Corte Suprema de Justicia. (2013). *Sala Tercera. Res.: 2013-00473*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=570318&strTipM=T&strDirSel=directo
- Corte Suprema de Justicia. (2015). *Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Res.: 2015-00833*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=655794&tem1=¶m7=&strTipM=T&lResultado=1
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Recuperado de http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

- Gonzales, F. (1986). *Derecho penal mexicano*. (21^a. ed.). México: Porrúa.
- Gutiérrez, M. (1999). *Delitos sexuales: aumento de las penas y su eficacia punitiva*. San José: EUNED.
- Hidalgo, N. (2012). *La justicia restaurativa como expresión del principio de última ratio de la pena en un marco de protección de los derechos humanos*. (Tesis doctoral). Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica. Recuperado de <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/1208/1/justicia%20restaurativa%20como%20expresion%20del%20principio%20de%20ultima%20ratio.pdf>
- León, M. (1988). *Código Penal Federal mexicano*. México: Porrúa.
- Machicado, J. (2012). Tipicidad y tipo penal. *Apuntes jurídicos*TM. Recuperado de <http://jorge-machicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html>,
- National Sexual Violence Resource Center. (2012). ¿Qué es la violencia sexual? Recuperado de http://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf
- Organización Panamericana de la Salud. (2013). *Violencia sexual: comprender y abordar la violencia contra las mujeres*. Recuperado de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/rhr12_37/es/
- Poder Judicial de la República. (2014). *Compendio de indicadores judiciales 2009 - 2013*. Recuperado de: http://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/indicadores/compendio_indicadores_2009-2013.pdf
- Soto, H. (2009). *Memorias de las VII jornada universitaria de derecho en delitos sexuales en la política legislativa*. Recuperado de http://www.ulacit.ac.cr/files/careers/43_sotoarroyo2.pdf
- Tapia, S. (s. f.). *Ausencia de reflexión criminológica en Ecuador: la persecución de Alfaro Vive*. Recuperado de http://www.cedema.org/uploads/Tapia_Silvana-2010.pdf

El síndrome de alienación parental en el derecho de familia de Costa Rica: abordaje legal como causal de suspensión y término de la autoridad paternal

Sabas Daniel Rodríguez Araya¹

Resumen

Desde su misma aparición en la historia social de la humanidad, la familia ha sido objeto de múltiples procesos de desarrollo y transformación que han modificado su modelo o concepción tradicional, dando paso a una nueva generación de tipos de familia moderna que responden a los mismos cambios del ser humano en sociedad. Se tiene así familias monoparentales, uniones consensuales, separaciones y divorcios, siendo este último tipo de familia el que parece cobrar más fuerza en la actualidad. Si se toma en consideración el hecho de que la familia es la base de la sociedad, y que comúnmente hay menores de edad de por medio en las separaciones y divorcios, se pone de manifiesto la necesidad de que el derecho como ciencia social intervenga en pro de garantizar tanto la protección de la familia como piedra angular de la sociedad, como los derechos e intereses de las personas menores de edad. Es en ese sentido que en el presente trabajo se pretende analizar el fenómeno psico-legal del Síndrome de Alienación Parental que actúa en detrimento directo de los intereses tanto de la familia como de los derechos de las personas menores de edad que se ven involucradas en separaciones familiares que llegan hasta estrados judiciales, y en los que la puja de poder de uno de los progenitores puede tener implicaciones graves para las personas menores de edad.

¹ El autor es licenciado en Derecho, graduado de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT). Correo electrónico: srodriguez144@ulacit.ed.cr.

Palabras clave

Alienación parental, Derecho de Familia, Costa Rica, autoridad paternal, suspensión, término, normativa, jurisprudencia.

Abstract

From the very beginning of the humanity social history, the family concept has been showing growth and changes that had modified the pattern of the traditional family meaning, leaving as a consequence a new generation of modern family types based on the human being in society. We can mention the following new family types, the single parent families, consensual unions, separations and divorced families. In fact, it is important to mention, that divorced families type has been considered as one of the stronger ones. If it is taken into consideration, the family is the society basis, including minors who are usually part of the separations and divorces. It is a must that law as social science stands in, to guarantee the family's protection with the minor's interests and rights as the kingpin. In that sense, this document pretends to analyze the psycho-legal phenomenon of the parental alienation syndrome, which is directly affecting the interests for the family and the minor rights when involved in family separations that usually lead to the courts where minors suffer severe implications due to single actions parents struggling for power.

Keywords

Parental alienation syndrome, family law, Costa Rica, parental authority, suspension, termination, regulation, law precedent.

Introducción

Experimentado por algunos y desconocido por muchos, negado por pocos, pero aceptado por la mayoría, eso es lo que en pocas palabras se puede decir sobre el “síndrome de alienación parental” (SAP), el cual ha dejado de ser un elemento meramente del contexto de la psicología, para ser ahora objeto de estudio por parte del Derecho. Pues si bien el SAP nace en un contexto meramente psicológico, ha logrado insertarse e incluso adecuarse al

contexto legal de la sociedad, pues implica una afectación de derechos e intereses de las personas menores de edad cuya garantía y protección corresponde a una mera función del Derecho.

Es en ese sentido que se puede puntualizar el hecho de que el SAP es un fenómeno psicológico-legal, en tanto involucra aspectos psicológicos en los que va implícita la convergencia de derechos e intereses de personas menores de edad, que por su misma relevancia social deben ser tutelados y garantizados por el Derecho, atendiendo precisamente a la función que el Derecho cumple dentro de la sociedad.

En un primer momento y de manera simple, se puede definir el síndrome de alienación como un proceso de desparentalización en el que un progenitor ejerce violencia psicológica sobre su hijo menor de edad con el propósito de desvincularlo de su otro progenitor, en virtud de la ruptura del vínculo marital de los padres que incluso puede trasladarse hasta instancias judiciales. Dicho en otras palabras, el síndrome en estudio no es más que la ruptura forzada del vínculo que une al menor de edad con el progenitor alienado, y cuya causa remite al accionar malicioso y malintencionado del progenitor alienante producto de una disputa personal-judicial.

En esta disputa personal-judicial se pone de manifiesto el síndrome de alienación parental en tres distintos niveles: ligero, moderado y severo, los cuales, aunque si bien presentan importantes diferencias entre sí, refieren a un único sujeto que soporta sus efectos, es decir, el menor de edad que es alienado respecto a uno de sus padres y cuyos derechos e intereses se ven directamente violentados producto de este fenómeno psicológico con implicaciones legales. Con referencia al tema del SAP no debe limitarse su examen a un contexto meramente psicológico, sino también tomar en consideración el ámbito legal, pues este proceso de separación lleva implícita la vulneración de una serie de derechos esenciales que gozan las personas menores de edad, haciéndose entonces necesaria la intervención del Derecho para velar por la protección de los derechos e intereses de esta población tan importante para la sociedad.

Esa intervención del Derecho no se ha limitado a un determinado espacio físico-social, sino más bien a un espacio global social, en el que paulatinamente y de manera jurídica, se ha dado respuesta a un fenómeno psicológico que parece estar cobrando fuerza en la actualidad, al punto de que ya se halla inmerso en la práctica judicial cotidiana. Prueba de ello es el caso de México, Brasil, España y Argentina, países en los que producto de la manifestación de este

tipo de violencia psicológica, fue necesario legislar con el propósito de propiciar una eficaz y eficiente tutela de los derechos e intereses de las personas menores de edad inmersas en este grave problema social.

Atendiendo al caso nacional, resulta necesario señalar que Costa Rica no escapa de este flagelo social, psicológico y legal, pues se han dado innumerables casos de obstrucción injustificada del vínculo de las personas menores de edad con uno de sus progenitores, denotándose entonces la necesidad de tomar las acciones legislativas y judiciales necesarias, con el fin de evitar la violación de los derechos de las personas menores de edad.

Es así como se pone de manifiesto la necesidad o justificación del presente trabajo, ya que pretende analizar cuál es el abordaje y tratamiento que se hace del SAP tanto en sede legislativa como en sede judicial, para así denotar la vialidad de que este síndrome se tenga como causal para la suspensión o término de la autoridad paterna para aquellos progenitores que ejerzan violencia psicológica en contra de la persona menor de edad, con el fin de afectar el vínculo parental del menor con su otro progenitor debido a las típicas disputas personales-judiciales en los que estos se ven involucrados.

Nótese que, si bien nuestra normativa y jurisprudencia ya abordan el tema de la suspensión y pérdida de la autoridad paterna, el síndrome de alienación parental no figura ni normativa ni jurisprudencialmente como causal, por lo que se hace necesario cuestionarse la viabilidad de que esta sea considerada como tal en pro de la protección de los derechos del progenitor alienado, pero sobre todo los derechos e intereses de la persona menor de edad. Se puede decir entonces que, la necesidad de realizar el presente trabajo remite a que con este se podrá brindar una percepción más amplia de lo que realmente es el síndrome de alienación parental, su convergencia en el ámbito socio-jurídico costarricense, y la vialidad de que este pueda ser tenido como causal de suspensión y término de la autoridad paterna, para así plantearse la necesidad o no de una reforma o mejor regulación atendiendo a los derechos e intereses de la persona menor de edad que siempre deben primar.

Estado de la cuestión

El SAP surgido y expuesto por primera vez en los Estados Unidos no es un fenómeno inmutable ni estático, sino que por el contrario es capaz de cruzar las fronteras físicas, sociales, psicológicas y legales, teniendo una importante incidencia en muchos contextos

sociales y legales. Es en ese sentido que se puede denotar cómo en la actualidad, el también llamado proceso de desparentalización no tiene incidencia solo en el referido país del Norte, sino también en países latinoamericanos como México, Brasil y Argentina, etc., por lo que se pone de manifiesto la necesidad de contar con una práctica legislativa que procure el resguardo de los intereses del progenitor alienado y, sobre todo, el aseguramiento de los derechos de los menores de edad.

Como se indicó, Costa Rica no está exenta de ser parte de la lista de países en los que este fenómeno psico-legal tiene incidencia, pues es posible constatar casos en los que el síndrome de alienación parental tiene incidencia dentro de la práctica judicial costarricense, pues si bien no se cuenta con un estudio técnico-científico en el que se verifique dicha incidencia, atendiendo a la misma realidad social y al trámite de los procesos judiciales en los que intervienen personas menores de edad, se hace notorio la influencia psicológica, entiéndase violencia, que uno de los progenitores ejerce sobre la persona menor de edad con el único fin de desvincularlo parcial o totalmente del otro progenitor.

Bajo ese entendido, se hace necesario reiterar que, si bien el SAP ya tiene presencia en los procesos judiciales costarricenses, hasta el día no se cuenta con un estudio que exponga de manera clara la incidencia de este fenómeno ni el abordaje que de este se hace por parte de nuestros tribunales.

Partiendo de la premisa de que no existe norma nacional expresa que regule el síndrome aquí en estudio, se pone de manifiesto la dificultad tanto de precisar lo que este fenómeno psico-legal implica, como determinar cuál es su incidencia en la práctica judicial cotidiana, pues al no haber precepto normativo alguno, resulta difícil determinar el abordaje que los tribunales han hecho, hacen y posiblemente harán sobre este tema de suma importancia no solo psicológica, sino también social y legal.

Es por todo ello que el presente trabajo implica un reto, al estudiar un tema poco abordado en sentido doctrinario, del cual no existe normativa específica alguna y poco criterio jurisprudencial, a raíz de lo cual se pretende unificar la poca doctrina, normativa y jurisprudencia existente en Costa Rica con respecto al síndrome de alienación parental, con el propósito de fundar un criterio que permita exponer este fenómeno y la posibilidad de que pueda ser tenido como causal de suspensión y pérdida de la autoridad paterna.

Evidente es que el SAP se halla inmerso dentro de los procesos judiciales y dentro del mismo sistema judicial costarricense, por lo cual se hace necesario además de un reconocimiento legislativo de dicho fenómeno, un abordaje práctico que en sentido judicial permita garantizar el respeto irrestricto de los derechos e intereses de las personas menores de edad que se ven directa o indirectamente afectados por la disputa personal-judicial de sus progenitores.

Nótese que la premisa de que el síndrome psico-legal aquí en estudio sea tomado como causal de suspensión y término de la autoridad paternal responde única y exclusivamente al interés del menor de edad, en tanto se pretende garantizar el goce de sus derechos respecto a la relación parental con el progenitor alienado, lo cual conducentemente implica el óptimo desarrollo psicológico y social de la persona menor de edad.

Así mismo es importante señalar que si bien el síndrome de alienación parental no se limita única y exclusivamente a los procesos judiciales del Derecho de Familia, se puede hacer especial énfasis en estos debido a la naturaleza misma de los procesos de familia, siendo que es en estos en los que mejor se evidencia la violencia psicológica que ejerce uno de los progenitores sobre su hijo o hijos menores de edad, con el objetivo de desvincular o desvincularlos de su otro progenitor. Procesos judiciales conflictivos tales como divorcios, guarda, crianza y educación, así como régimen de visitas son los tipos de procesos judiciales de esta rama del Derecho que se pueden señalar como ejemplos específicos en los que el SAP tiene una incidencia más directa, en contraste con procesos judiciales de otras materias.

El síndrome de alienación parental

Fue en año 1985 que por primera vez se expuso y al mismo tiempo se acuñó el concepto de síndrome de alienación parental a nivel psicológico, social, y con el paso del tiempo a nivel legal, producto de la investigación del controvertido y reconocido médico psiquiatra estadounidense Richard Gardner. Así lo refiere Catalán (2011), al señalar que

Richard Gardner (1985) fue el primer autor que sistematizó el concepto de Síndrome de Alienación Parental (SAP), y que posteriormente definió como un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños (p. 13).

Bajo ese entendido es que se puede concebir a este médico psiquiatra como el padre del SAP, en tanto dedicó gran parte de su vida a investigar dicho síndrome a nivel psicológico, así como a exponer su incidencia dentro del contexto práctico del sistema judicial norteamericano, pues fue el quien formuló de manera acertada que el síndrome de alienación parental aflora en el contexto de disputas litigiosas de custodia de niños, en especial cuando la disputa es prolongada y agria (Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2011).

Dicho lo anterior, puede ya centrarse este trabajo en el análisis conceptual que la doctrina ofrece sobre el tema en cuestión, para lo cual, y con el fin de lograr una mejor comprensión de lo que es el síndrome de alienación parental como tal, en primera instancia se deben explicar cada uno de los vocablos que lo conforman: síndrome, alienación y parental. El vocablo ‘síndrome’ se puede definir, tomando como referencia la RAE (2014), como “un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un determinado estado”, o “el conjunto de signos o fenómenos que ponen de manifiesto una situación generalmente negativa”. Por ‘alienación’ se entiende “aquella limitación o condicionamiento de la personalidad, que se impone a un individuo o una colectividad sea por factores externos sociales, económicos o culturales”, o “aquel trastorno intelectual, sea en condición temporal o accidental o permanente”. Finalmente, se puede definir ‘parental’ como “aquello perteneciente o referente a los padres o a los parientes, sea a uno o ambos progenitores”.

Con respecto a la conceptualización del SAP ya con la unificación de sus tres vocablos, Aguilar (2006) ofrece la siguiente definición:

trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición (p. 23).

En ese mismo orden de ideas, se puede definir el síndrome de alienación parental como las acciones que buscan romper el vínculo afectivo entre algún progenitor y el hijo mediante la denigración de su imagen ante el hijo, obstaculizando así la sana interacción paterno/materno filial, cerrando los canales de comunicación, de confianza y aceptación (Arias y Arias, s. f.). Se puede de igual manera entender el SAP, como las conductas que llevan a cabo el padre o la madre que tienen la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impiden

las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011). González (2014), por su parte, expone el síndrome de alienación parental como “la sistemática y consciente descalificación de uno de los progenitores hacia otro, utilizando a los hijos como agentes de censura, crítica y rechazo de modo injustificado” (p. 11).

Atendiendo ahora a definiciones sobre el síndrome en estudio que involucran el elemento judicial, se puede señalar la dada por Ramírez (2011), quien define el síndrome en estudio

como aquel fenómeno característico en todo conflicto entre padres y madres de familia derivado por el litigio sobre la custodia de un menor de edad en el que este es utilizado como un recurso más de agresión o un instrumento, dirigido a ejercer la manipulación sobre el sistema (p. 10).

Ramírez (2011) por su parte, ofrece un concepto del SAP en los siguientes términos:

Proceso psicossociolegal impuesto y otras veces asumido, donde se limita o inhibe parcial o totalmente a un padre, en su derecho a ejercer la parentalidad, sin existir un justificante o un motivo, que sustente tal situación y, por lo tanto, se le violentan a él y a su prole los derechos fundamentales (p. 45).

En síntesis, se puede decir que el síndrome de alienación parental es aquel fenómeno psicossociolegal en el que uno de los progenitores, ejerciendo violencia psicológica sobre el menor de edad, provoca de manera injustificada la ruptura y consecuente separación del menor de edad con respecto de aquel progenitor que no ostenta la custodia. Esta violencia psicológica va desde lo que popularmente se conoce como “lavado de cerebro”, hasta la manipulación sistemática del menor de edad, sea de manera evidente o subliminal, lo cual evidentemente implica la violación de importantes derechos que ostentan los menores de edad y que deben ser tutelados, garantizados y protegidos.

Teniendo clara la conceptualización del SAP, cabe ahora referirse a otro aspecto de gran relevancia sobre el tema en estudio, y el cual refiere esencialmente a las partes intervinientes en la dinámica misma del proceso de desparentalización. Dichas partes, que también pueden ser categorizadas como roles u actores protagonistas, pueden ser sencillamente

puntualizadas como el progenitor alienante; el progenitor alienado; y, por último, pero no por ello menos importante, el menor alienado. El primero refiere esencialmente a aquel progenitor que intenta deliberadamente alienar (apartar) a su hijo o hija del otro, mediante un “lavado de cerebro” o adoctrinamiento progresivo, a fuerza de descalificaciones, creando un miedo infundado o aversión, con lo cual el menor acaba odiando de forma patológica e injustificada al padre afectado, sin querer volver a verlo, llegando a destruir todo tipo de relación o vínculo con él, e incluso generando graves cuadros de ansiedad ante la presencia de este (Gómez, 2008).

Ahora bien, en contraste con la parte previamente referida, se encuentra el progenitor alienado, el cual se muestra como pasivo y que, además, según Oropeza (2007),

está confuso y se siente culpable, la mayoría se reconoce como víctima, está muy frustrado por su impotencia ante la manipulación y haga lo que haga no puede vencer, si lucha es un acosador, si se retira es un negligente, y cuya actitud más frecuente es el silencio (p. 9).

El menor alienado por su parte es quien puede denominarse como el protagonista del síndrome de alienación parental; se define como la persona menor de edad que dentro de la dinámica de litigio personal o judicial de sus progenitores, ve sus derechos directamente violentados al ser objeto de violencia psicológica y manipulación por parte del progenitor alienante, lo cual provoca en la mayoría de los casos, la ruptura parcial-temporal, permanente-total del vínculo sentimental con su otro progenitor. Siendo este la víctima misma del SAP, pues sus derechos más importantes son supeditados al buen o mal actuar del progenitor alienante, lo que en la mayoría de los casos implica tanto el impedimento de relacionarse con el progenitor alienado, como la ruptura misma de la relación paterno filial.

Vistas ya las partes intervinientes en la dinámica del síndrome de alienación parental, cabe ahora puntualizar los indicadores que permiten identificar cuándo se está frente a un caso de SAP. Estos pueden ser cuantificados en primera instancia en un total de ocho, y tomando como referencia a Tejedor (2007), son los siguientes:

- 1) Existencia de una campaña de denigración, en la cual el niño continuamente manifiesta su odio al padre ausente.

- 2) Existencia de racionalizaciones triviales, frívolas o absurdas para despreciar al padre “alienado”.
- 3) Falta de ambivalencia tanto en el padre alienante como en el niño alienado. En los niños se manifiesta en que no pueden ver nada bueno en el padre alienado, y nada malo en el padre amado.
- 4) Fenómeno del pensador independiente, en el que el niño insiste en que la decisión de rechazar al padre es propia, logrando supuestamente liberar de la culpa al progenitor alienante y protegerle de las críticas.
- 5) Existencia de un apoyo automático del hijo hacia el padre amado, aspecto relacionado con la falta de ambivalencia ya antes descrita.
- 6) Existencia de una casi completa ausencia de culpa hacia los sentimientos del padre rechazado. No existe gratitud por sus regalos, favores o apoyos.
- 7) Existencia de escenarios prestados, con una letanía que parece aprendida, y que incluye frases del padre amado.
- 8) Extensión del odio a la familia del padre rechazado o a los amigos del padre rechazado. Como un virus, el SAP puede extenderse y contaminar a todos los miembros de la familia del progenitor odiado: tíos, primos, abuelos.

Por otra parte, un aspecto que debe ser analizado sobre el síndrome de alienación parental es que remite a los distintos niveles o tipos que existen de este fenómeno psico-legal, los cuales, atendiendo a lo formulado por Gardner (1985), se pueden tanto cuantificar como exponer de la siguiente manera:

- 1) Rechazo ligero. Se caracteriza por la expresión de algunos signos de desagrado respecto al progenitor no custodio, aunque en general las visitas se realizan de manera tranquila, existiendo vínculos afectivos paterno-filiales fuertes. No hay evitación y la relación no se interrumpe.
- 2) Rechazo moderado. Los hijos pueden estar más negativos e irrespetuosos, tiñéndose las visitas de un tono más conflictivo. Comienza una campaña de denigración de baja intensidad que va en aumento progresivo.

- 3) Rechazo severo. Los síntomas están presentes con gran intensidad, de modo que la relación directa y regular puede tornarse imposible y, de producirse, transcurre entre la provocación, lo que produce un elevado desgaste. En esta etapa, los hijos suelen estar perturbados y mostrar signos altamente patológicos: fobias y paranoia, entre otros.

Resulta también importante puntualizar dos tipos de rechazo del menor alienado respecto al progenitor alienador, los cuales, según Segura, Gil y Sepúlveda (2006), pueden ser individualizados en primario y secundario. El rechazo primario “representa una reacción inmediata a la ruptura de pareja” (p. 121), y el rechazo al progenitor alienado se pone de manifiesto casi de manera inmediata al momento de la separación; mientras que el rechazo secundario, si bien también obedece a la separación, “se pone de manifiesto paulatinamente mientras la relación parental entre el menor y progenitor alienado poco a poco se va desmoronando” (p. 123).

Por otra parte, cabe ahora referirse a los efectos o consecuencias del SAP en las personas menores de edad, para lo cual en primera instancia se puede puntualizar el hecho de que las principales secuelas que se derivan de la presencia de esta patología tienen que ver con la negativa de los hijos menores de edad a vincularse con el padre no custodio en las oportunidades en que deben hacerlo en cumplimiento del régimen de visitas acordado (Howard, 2012). Por su parte, Tejedor (2007) señala lo siguiente:

En relación a los efectos del SAP en el hijo y el padre alienado, el niño experimenta una gran pérdida, cuya magnitud es comparable con la muerte de un padre, dos abuelos y todos los parientes y amigos del padre, además el niño es incapaz de aceptar la pérdida, y menos de lamentarla (p. 22).

En ese mismo sentido se expresa Oropeza (2007) sobre los efectos del síndrome de alienación parental en los menores de edad, al puntualizar que

el SAP puede provocar en los hijos víctimas una depresión crónica, problemas para relacionarse en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, sentimientos de culpabilidad, sentimientos de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio (p. 15).

De igual manera, se pueden señalar como efectos del SAP en los menores de edad trastornos de ansiedad, trastornos en el sueño y en la alimentación; y trastornos de conducta, en los que se incluyen conductas agresivas, conductas de evitación, utilización de lenguaje y expresiones de adultos, dependencia emocional, dificultades en la expresión y comprensión de las emociones. Además, pueden darse exploraciones innecesarias por denuncias falsas por maltrato hacia los(as) menores, lo que va a causar que estos se vean expuestos a numerosas exploraciones por parte de diversos profesionales, las cuales, además de ser innecesarias, producen una fuerte situación de estrés. También hace que adopten un rol de “víctimas” de algo que no han sufrido pero que, debido a la campaña de denigración del progenitor alienado y a la autonomía de pensamiento, toman como algo real, teniendo unas consecuencias devastadoras para su desarrollo psicológico (Segura y Sepúlveda, 2006).

La autoridad paternal

Fue concebida inicialmente en el antiguo Derecho Romano como un mero poder del *pater* sobre sus hijos tanto en sentido personal como patrimonial; sin embargo, con el paso del tiempo y al no ser una figura inmutable del Derecho, la autoridad paternal dejó su concepción de poder sobre los hijos para convertirse en una obligación con los hijos. Así lo expone Velásquez (2007), quien al respecto señala lo siguiente:

Originariamente, esta autoridad reconocida al Pater abarcaba las relaciones personales y patrimoniales, al punto de disponer del *ius vitae et necis*, verdadero poder de disponer de la vida y la muerte. Sin embargo, la atenuación progresiva de las *mores maiorum* en la sociedad romana influyó en las relaciones y funciones del padre de familia, y este poder absoluto fue disolviéndose tanto en lo personal y patrimonial (p. 1).

Fue así como variando su concepción patriarcal original, que la autoridad paternal es considerada en nuestros días como una de las figuras más importantes del Derecho de Familia, en tanto no refiere ya a un poder absoluto e indiscutible de los padres sobre sus hijos, sino a un poder que se encuentra delimitado y que engloba no solo los derechos de los padres sino también las obligaciones de estos para con sus hijos. Esta importancia se pone de manifiesto en la misma conceptualización de la autoridad paternal, misma que según la RAE (2014) constituye un “conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados”. Bajo ese mismo entendido, se le puede también definir

como el conjunto de derechos y deberes que se les confieren a los progenitores en relación con sus hijos (Ramírez, 2013).

También se pueden puntualizar otras conceptualizaciones de la autoridad paternal, tomando como referencia el rol trascendental que dentro de esta tienen las personas menores de edad, en cuyo caso se le puede comprender como un conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación con las personas y bienes sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria (Pina, 1990). En igual sentido se expresa Ossorio (1996), quien recalca que

la patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad (p. 823).

Visto ya el abordaje conceptual que hace la doctrina sobre la patria potestad, tal y como comúnmente se le conoce a la autoridad paternal, cabe ahora analizar los caracteres propios de esta figura del Derecho de Familia tan importante. Se debe puntualizar el hecho de que la patria potestad es una obligación personalísima, irrenunciable e imprescriptible.

Atendiendo al primero de los caracteres, se puede señalar que la autoridad paternal es una obligación personalísima de los padres para con sus hijos, en otras palabras, serán siempre los padres quienes deban cumplir con la obligación y deber de proteger a sus hijos y, por lo tanto, no debe ser un tercero ajeno a la familia quien deba hacerse cargo de los menores de edad (Lara y Reyes, 2010).

Referente a su carácter de irrenunciabilidad, se pone de manifiesto el hecho de que la autoridad paternal, tal y como lo expone Ramírez (2013),

es irrenunciable; es decir, que una vez que se tiene un hijo, debe obligatoriamente ejercerse, sin poder renunciar a ninguno de los aspectos que esta comprende. Sólo habiendo una excepción a esto y es lo relativo a la guarda, crianza y educación de los hijos menores en el caso de una separación judicial, un divorcio o una nulidad de matrimonio (p. 270).

Finalmente, y sobre su característica de imprescriptibilidad, nótese que la autoridad paterna resulta imprescriptible; esto es, que no se extingue con el transcurso del tiempo, aunque no se ejerza, lo que significa que mientras el hijo sea menor, cualesquiera de los aspectos de la patria potestad pueden ejercerse en cualquier momento, sin importar el tiempo transcurrido ni el hecho de que nunca se haya hecho uso del derecho o la obligación. (Ramírez, 2013)

Así mismo, cabe puntualizar el hecho de que además de las anteriores características señaladas, la doctrina en Derecho de Familia también reconoce otras dos características de la autoridad paterna, las cuales refieren a su carácter de obligación compartida y obligación de orden público. Sobre estas, Lara y Reyes (2010) señalan que

la patria potestad, por lo general, tiende a ser compartida, ya que, según el artículo 140 del Código de Familia... le compete a los padres regir a los hijos...; sin embargo, pueden darse excepciones, a lo establecido en el numeral antes citado, ya que, en muchas ocasiones, existe conflicto de intereses entre los padres, y por lo tanto, deben aplicarse las disposiciones especiales para cada caso en concreto.

Asimismo, este Instituto tiene carácter de orden público, pues es el Estado quien debe velar, porque los padres cumplan con su obligación de garantizar y, de igual manera, el Estado debe proteger a la familia por ser el núcleo central de toda sociedad (pp. 48-49).

Por otra parte, un aspecto trascendental que también debe ser resaltado es el referente a los derechos y deberes inherentes de la autoridad paterna que ejercen los padres en relación con sus hijos, los cuales tomando como referencia a Ramírez (2013), pueden ser enumerados y explicados de la siguiente manera:

- 1) La regencia, que implica la dirección de los hijos; es decir, guiarlos, llevarlos, conducirlos a lo largo de la vida, debiendo los progenitores mostrarles a sus hijos el camino correcto por seguir.
- 2) La protección, que refiere a la defensa de los hijos; o sea, ampararlos, auxiliarlos, favorecerlos, debiendo los padres proteger a sus hijos, no solo de amenazas físicas, sino también de cualquier peligro que pueda acecharles en su ambiente.

- 3) La administración de bienes, que refiere al cuidado y regencia que deben tener los padres con los bienes de sus hijos. En este sentido, deben estar incluidos los bienes muebles y los inmuebles.
- 4) La representación legal, que implica actuar en nombre del menor, sustituirlo o hacer las veces de él en un asunto determinado, en razón de que, por su condición de minoridad, carecen de capacidad de actuar.
- 5) La educación, que implica la instrucción de los niños; es decir, enseñarlos, dirigirlos en el proceso de enseñanza aprendizaje, tanto en el ámbito de la educación formal —escolar, colegial, universitaria—, como en el aprendizaje de algún oficio o trabajo mediante el cual puedan luego ganarse su propio sustento.
- 6) La guarda, que refiere al cuidado de los hijos; o sea, custodiarlos, tenerlos al cuidado de sus padres.
- 7) La crianza, que alude a la alimentación y atención que deben tener los padres mientras sus hijos crecen, debiendo los padres procurarles la atención debida, brindarles un ambiente seguro y cariñoso, en donde ellos puedan crecer seguros y lleguen a ser personas de bien.
- 8) Vigilancia, que implica velar por la conducta de los hijos; es decir, estar atentos a sus actos.
- 9) Corrección disciplinaria, que refiere a la amonestación que a los hijos debe hacerse cuando estos faltan a las normas que la sociedad les impone o que en su propio hogar se establecen.

Estudiado lo anterior, debe hacerse ahora mención de un aspecto de suma relevancia para el tema en cuestión, y es la existencia de una sanción al ejercicio de la autoridad paternal, en contra de aquellos padres que incumplan con los derechos y obligaciones previamente explicados. Esta sanción que puede ser analizada desde dos aristas: la primera que implica el término de la autoridad paternal, y una segunda que refiere a la suspensión del ejercicio de los derechos y deberes de la patria potestad, y que atiende precisamente al interés de las personas menores de edad.

En ese sentido es que la práctica legislativa de Costa Rica ha determinado que la autoridad paternal finaliza, al tenor de lo que reza el numeral 158 del Código de Familia, por las siguientes causas:

- a) Por la mayoría adquirida.

- b) Por la muerte de quienes la ejerzan.
- c) Por la declaratoria judicial de abandono, que se produzca por encontrarse la persona menor de edad en riesgo social, de acuerdo con el artículo 175 de este Código, y no exista oposición de los padres o cuando, suspendido el derecho, ellos no demuestren haber modificado la situación de riesgo para la persona menor de edad, en el plazo que el juez les haya otorgado.
- d) Cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abuso sexual, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan.

Por su parte, se tienen dentro de la normativa costarricense como causales de la suspensión o modificación de la patria potestad las siguientes:

- 1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique el patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.
- 2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieren a sus hijos.
- 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles.
- 4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible.
- 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente.
- 6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos (artículo 159 del Código de Familia).

Ha sido esta la práctica legislativa en cuanto al tema de las causales de terminación y suspensión de la patria potestad, la que, si bien representó en su momento una oportuna y adecuada regulación del tema en cuestión, en la actualidad denota una respuesta obsoleta que no responde a los nuevos desafíos en materia de regulación de la autoridad paternal. Uno de esos desafíos lo constituye el síndrome de alienación parental, nuevo fenómeno psico-legal cuyos efectos sobre las personas menores de edad demandan una práctica legislativa

actualizada y variable que pueda responder de manera eficaz y eficiente a las situaciones que este tipo de fenómeno genera.

El síndrome de alienación parental en la normativa y jurisprudencia de Costa Rica

Como se dijo, Costa Rica no escapa del flagelo social, psicológico y legal del síndrome de alienación parental, y se ponen de manifiesto innumerables casos en los que los derechos e intereses tanto de padres como de menores de edad, se ven gravemente violentados. Empero, tanto el pensamiento colectivo costarricense como la misma práctica legislativa parecen haber obviado o ignorado la gravedad de este problema, pues hasta el día no solo no se cuenta con una norma específica vigente que regule el tema en cuestión, sino que además parece ser que no hay intención alguna de variar esta situación por parte de las autoridades que tienen la legitimación y capacidad para hacerlo.

A pesar de ello, se han producido pequeños esfuerzos en los últimos años que, si bien no han recibido mucha atención social ni política, han logrado establecer las bases para que, con el paso del tiempo, el síndrome de alienación parental y sus graves efectos vayan poco a poco poniéndose de manifiesto en la realidad nacional y por ende en el colectivo social y legislativo. Casos verificados tanto en la convivencia social como en la misma práctica judicial han logrado exponer la necesidad de tomar las medidas necesarias, con el fin de evitar la violación de los derechos de las personas menores de edad, dando paso así a un inesperado y pionero abordaje del SAP tanto en la práctica legislativa como judicial de Costa Rica.

Es bajo ese entendido que se puede recalcar en la práctica legislativa, la existencia del Proyecto de Ley 18.595, denominado Ley para el Abordaje de la Violencia Parental, presentado el 20 de diciembre de 2012 ante la Asamblea Legislativa, por la entonces diputada Damaris Quintana Porras, iniciativa que si bien sigue en espera de revisión y aprobación por parte de los legisladores costarricenses, denota un esfuerzo de ciertos sectores sociales y profesionales por hacerle frente al SAP y revertir sus graves efectos sobre los menores de edad costarricenses que lo sufren.

Bajo esa meritoria intención, la iniciativa referida, tal y como lo reza el numeral primero,

se propone para legislar y normar el derecho que goza toda persona menor de edad, en Costa Rica, de vincular, cotidianamente, de forma abierta, espontánea y libre con

cada uno de sus ascendientes y familiares; y, en consonancia con ello, promover la identificación, el tratamiento y la neutralización de cualquier tipo de Violencia Parental en las familias, brindando los criterios técnicos, para su identificación y los instrumentos legales, para su prevención y erradicación (Quintana, 2012).

A partir de lo anterior puede señalarse que el Proyecto de Ley en cuestión formula en primera instancia lo que es el síndrome de alienación parental, el cual define como todo acto de interferencia, obstaculización o impedimento a la convivencia, la interacción, la comunicación o el vínculo familiar, entre las personas menores de edad, o personas que por condiciones especiales, no pueden vincular de manera independiente, con sus progenitores no convivientes, después de una separación de la pareja conyugal o divorcio (artículo 2 del Proyecto de Ley N° 18595, Ley para el Abordaje de la Violencia Parental).

Se puntualizan así mismo los efectos del SAP sobre los menores de edad en tanto este, tal y como lo reza el numeral 3, “perjudica el derecho fundamental de todo niño, niña o adolescente a tener una vida familiar positiva y sana, un desarrollo psico-afectivo y social, adecuado” (p. 23). “Poniéndose de manifiesto la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de actuar de oficio, de manera expedita, conforme el principio del interés superior de la persona menor de edad” (artículo 4 del Proyecto de Ley 18595, Ley para el Abordaje de la Violencia Parental).

Por su parte, el numeral 6 de la iniciativa de Ley expone el procedimiento por seguir cuando se logra acreditar que un menor de edad sufre de alienación parental, en cuyo caso se da lugar a lo siguiente:

- 1) Declarar la existencia de violencia parental y advertir al padre agresor y / o madre agresora, para que cese dichos comportamientos.
- 2) Promulgar un traslado temporal de la guarda crianza a favor del progenitor agredido, siempre y cuando demuestre sus condiciones psicosociales adecuadas para ejercicio de la paternidad o maternidad, durante los seis meses posteriores a la identificación y sanción del cuadro de Violencia Parental y hasta la conclusión del proceso de intervención psicoterapéutica para el padre agresor, fijándose para este un régimen de visitas temporal y supervisado por los departamentos de psicología de los juzgados de familia.
- 3) A solicitud del progenitor alienado, el juez procederá a revisar el proceso de guarda, crianza y educación definitivas, a fin de verificar la conveniencia de mantener o modificar

las condiciones actuales en este rubro, buscando la preservación del interés superior del menor y garantizando que no será expuesto a este tipo de abuso infantil nuevamente.

- 4) Requerir un mínimo de seis meses de intervención psicoterapéutica al padre o madre alienadores, dentro del marco de atención psicológica a las personas agresoras, como condición para recuperar la guarda crianza compartida de sus hijos, comprobándose al menos una sesión semanal de intervención psicoterapéutica con un psicólogo especialista en alienación parental, durante los seis meses posteriores a la identificación del cuadro de violencia o alienación parental, y entendiéndose que la guarda crianza exclusiva no será otorgada en ningún caso a un padre o madre al que se le haya comprobado culpabilidad en los actos regulados en esta ley;
- 5) Revocar la patria potestad al alienador o alienadora, si se comprueba después del proceso de intervención psicológica o mediante voluntad manifiesta de este, que no desea modificar su actitud.

Un hecho importante que se debe destacar es la propuesta de la figura del mediador dentro del proceso de alienación parental, en el cual, por iniciativa propia de los padres o a sugerencia del juez, fiscal o del Tribunal de Familia, se puede utilizar es el procedimiento de la mediación para resolver el conflicto, antes o durante el curso del proceso judicial.

En el acuerdo para establecer la mediación se debe indicar el período de duración que tendrá, la suspensión provisional del proceso judicial y las correspondientes disposiciones provisionales para regular las cuestiones controvertidas como visitas y pensión alimentaria; en todo caso, esta mediación no obliga a contener ninguna decisión judicial posterior que actúe en protección y garantía del derecho de vinculación del menor o persona con imposibilidad para la libre vinculación y su padre.

El mediador podrá ser elegido libremente por las partes en consenso, pero el juzgado competente, el fiscal y el juez supervisarán a los mediadores y el proceso, a fin de garantizar la ecuanimidad, la legitimidad y el manejo del tema de alienación parental. En todo caso, es preferible que se nombre al mediador por acto del juzgado y que este mediador tenga conocimientos demostrables en síndrome de alienación parental, y que no tenga afiliaciones comprobables con instituciones que puedan sesgar sistemáticamente el proceso a favor de uno u otro progenitor por género, edad, condición socioeconómica u otras calidades (artículo 9 del Proyecto de Ley 18595, Ley para el Abordaje de la Violencia Parental).

Se puede afirmar con base en lo previamente referido que la iniciativa de ley responde a la necesidad de contar con una regulación expresa del SAP dentro del ordenamiento costarricense, cuya ausencia hasta el día de hoy implica severas violaciones a los derechos e intereses de las personas menores de edad víctimas de este síndrome. Se tiene entonces que la Ley para el Abordaje de la Violencia Parental expone no solo lo que es el síndrome de alienación parental y sus efectos, sino que reconoce su presencia dentro de la dinámica judicial actual y postula un posible manejo del problema de manera conjunta en sede penal como en sede familiar.

Ahora bien, atendiendo a la práctica judicial costarricense, debe recalcar la labor pionera y relevante de los tribunales de justicia costarricenses, especialmente la labor del Tribunal de Familia en cuanto al abordaje que dicho despacho ha hecho sobre el síndrome de alienación parental, en el sentido de que a pesar de que no existe una norma expresa que regule el tema en cuestión, el referido despacho además de poner de manifiesto la presencia del SAP dentro del sistema judicial costarricense y sus graves efectos para quienes lo sufren, ha dado un manejo plausible del fenómeno aplicando la normativa vigente con el fin de garantizar los derechos e intereses de las personas menores de edad. Es en ese sentido que en primera instancia se puede hacer mención del voto 337-07 del Tribunal de Familia, el cual refiere al síndrome de alienación parental como

el resultado de una separación traumática de los padres y que hace que, el odio, el dolor y la angustia del padre sea transmitida a los hijos para implantar en ellos la memoria de una persona “mala” agresora o lo que haya percibido el progenitor alienador como negativo en su vida de pareja. Por supuesto que, en estos términos el deseo del hijo de no visitar al padre alienado no es propio sino aprendido del adulto que se dedica a construir todo un sistema de pensamiento en el hijo mediante acciones sutiles pero constantes que lo hagan aparecer como el “bueno” en contraposición con el que no vive con los hijos que sería ahora el “malo” (Considerando III, párr. 1).

Importante es así mismo citar lo formulado por el Tribunal de Familia en el voto número 33-09, en el cual se logró acreditar un caso de alienación parental al identificarse como indicadores una “implantación de memoria en las infantes, quienes ofrecen una narrativa atípica para su edad, sentimientos y raciocinios que reproducen el discurso parental materno” (Considerando IV, párr. 1).

Por su parte, otro criterio jurisprudencial que sobre el SAP se debe destacar es el de un caso corroborado de alienación parental, y producto del cual se advirtió a la progenitora alienante que, la enorme responsabilidad que implica la guarda, crianza y educación de una persona menor de dieciocho años exige de modo correlativo que sean ejercidas sin detrimento de los derechos de su expareja, siendo parte de las obligaciones de quien ostenta esos atributos respetar la autoridad parental del otro u otra, ya que la eventual interrelación paterno-filial no debe estar mediatizada por lo sucedido entre ambos. Por ese motivo, debe hacer todo lo posible para que su hijo logre revertir el dañino proceso en el que se ha visto involucrado y, pueda, en su momento, desarrollar, si así lo desea, una relación sana, estable y segura con su padre. En otras palabras, bajo ninguna circunstancia se justifica que lo instrumentalice y lo coloque en la difícil posición de tomar partido por ella (conflicto de lealtades) (Voto número 610-11 de las once horas y diez minutos del dieciocho de mayo de dos mil once emitido por el Tribunal de Familia)

Asociado a la intervención del Tribunal de Familia se puede también señalar la intervención de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia referente al tema en estudio, cuya Resolución 2006-00382 puntualiza “la influencia del criterio adulto” en el discurso del menor de edad alienado, y la “idea distorsionada” del progenitor alienado como situación compatible con el SAP, el cual refiere “al proceso en el que se promueve en el hijo (a) el odio hacia uno de los padres sin que tenga justificación, el cual es considerado una forma de maltrato psicológico” (Considerando IV).

Se tiene entonces que el abordaje del SAP en la práctica judicial costarricense remite a un accionar limitado que implica el reconocimiento del síndrome en los procesos de Derecho de Familia, y un manejo de este que al tenor del principio del interés superior de la persona menor de edad formula prevenciones al progenitor alienante, con el fin de que cese su accionar, sin que haya medio coercitivo para forzarlo a cumplir con dicho cometido, pues los tribunales a falta de norma expresa, no tienen legitimación para imponer sanciones severas al ejercicio de la autoridad paternal de los progenitores alienantes.

El síndrome de alienación parental como factor modificante del ejercicio de la autoridad paternal

El canon 51 constitucional establece que “la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho

a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1949). Si se parte de esta premisa, vemos la obligación constitucional del Estado de velar por la protección de las personas menores de edad en sentido amplio y no determinado a una circunstancia particular.

Ahora bien, si se trae a colación la anterior obligación estatal y se contrasta con la falta de regulación expresa en el ordenamiento costarricense sobre el síndrome de alienación parental y sus efectos sobre las personas menores de edad que lo sufren, se pone de manifiesto un grave quebranto de la obligación referida y una consecuente violación de los derechos de los menores de edad alienados. En ese sentido que como ya se dijo, se hace más que necesaria una intervención que más que judicial debe ser legislativa que reconozca, pero que sobre todo sancione el síndrome de alienación parental que afecta al menor alienado.

Bajo ese orden de ideas, la propuesta que con este trabajo se hace refiere a la necesidad de reconocer el síndrome de alienación parental como un problema inmerso dentro del sistema y la dinámica judicial costarricense, y a su vez de sancionarlo dentro del Derecho de Familia como causal de suspensión o término de la autoridad paterna. Cabe el cuestionamiento sobre si los efectos del SAP dan pie para validar su reconocimiento como factor modificante del ejercicio de la patria potestad; sin embargo, atendiendo a los graves efectos vistos y acreditados tanto en sentido psicológico como legal que acarrea este síndrome, se justifica su incorporación como otra causal de suspensión y término de los derechos y obligaciones que le asisten a los progenitores que sin justa causa provocan la ruptura del vínculo paterno filiar de sus hijos con su contraparte. Pues, tal y como lo señala Quintana (2012), en principio toda persona menor de edad tiene derecho a gozar de una familia integrada y funcional, aunque sus progenitores ya no cohabiten, y estos deberían compartir, en equidad, tiempo con sus hijos a título de mantener y fortalecer el vínculo que los une. La crianza de la prole es una responsabilidad compartida por ambos padres, y aunque estos se separen, para la prole, siguen siendo figuras significativas, indispensables para su sano desarrollo psicosocial.

Si se parte de la premisa de que los efectos del SAP sobre las personas menores de edad implican desde la ruptura del vínculo paterno filiar con uno de sus progenitores, hasta problemas sociales y psicológicos, que incluso pueden desencadenar depresiones crónicas, personalidades esquizofrénicas e incluso suicidios, se hace más que notoria la necesidad de una intervención en el manejo que de este problema se está haciendo en Costa Rica, el cual bien se podría señalar es nulo, si no fuese por la oportuna actuación judicial. En Costa Rica, instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia, el Ministerio de Salud, el

Hospital Nacional de Niños, el Hospital Nacional Psiquiátrico y el Poder Judicial reconocen actualmente la violencia parental como un fenómeno adverso a la salud, en el que los hijos menores de edad, de parejas disueltas, se ven envueltos en una lucha irracional, innecesaria y absurda, que los victimiza y abusa de sus derechos familiares y humanos (Quintana, 2012).

Está claro que ya existen causales de suspensión y término de la autoridad paternal dentro del ordenamiento jurídico del país, empero si se contrastan dichas causales con el síndrome de alienación parental, se pone de manifiesto lo obsoleta que resulta dicha actuación legislativa y la necesidad de la incorporación del síndrome referido como nueva causal.

Atendiendo a la comparación referida, y recapitulando lo dicho en párrafos anteriores, se tienen, en lo conducente según el numeral 158 del Código de Familia, como causales de término de la autoridad paternal la violación, el abuso sexual, la corrupción o lesiones graves o gravísimas del menor de edad. Mientras que son causales de suspensión de la patria potestad, también en lo conducente del numeral 159 del Código de Familia (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1974), los comportamientos indebidos y reiterados del progenitor que ejerce la patria potestad, el trato indebido hacia el menor de edad, el delito cometido por uno de los progenitores en contra del otro o del menor de edad, abuso del poder paterno y el incumplimiento de los deberes familiares.

De lo anterior se colige un común denominador entre todas las causales referidas y el síndrome de alienación parental, y es la grave violación de los derechos e intereses de las personas menores de edad que son objeto de dichas circunstancias que validan tanto la suspensión como el término de la autoridad paternal. Por lo tanto, la concepción y propuesta del SAP como también causal se encuentra plenamente justificada, pues más que una propuesta antojadiza que refiere a un clamor populista o falaz, es importante entender que el bienestar del niño es el fin que se persigue. En sus manifestaciones más graves, el SAP es un fenómeno destructivo para los niños y las familias, cuyos efectos pueden llegar a ser irreversibles (Quintana, 2012).

No está demás recalcar la existencia de un tipo en el Código Penal denominado ‘incumplimiento’ o ‘abuso de la patria potestad’, que bien podría ser usado por la oposición para intentar descartar la vialidad y validez de la propuesta aquí presentada; sin embargo, debe hacerse ver que dicha tipificación penal remite a una instancia distinta a la del Derecho de Familia que aquí se analiza y por ende no es aplicable dentro de dicho contexto, siendo que lo que se pretende con la presente propuesta es dotar al Derecho de Familia costarricense

de un instrumento jurídico que al tenor del interés de la persona menor de edad, regule de manera directa un problema social, psicológico y legal que producto de la falta de atención y abordaje social u legislativo, se vuelve cada vez más grande.

Debe validarse el hecho de que incorporar el síndrome de alienación parental como causal de suspensión y término de la patria potestad no representa un manejo y consecuente aplicación de la figura abusiva y descontrolada por parte de los tribunales de justicia, pues se pretende que, aunado a su reconocimiento como causal, sea el mismo nivel de SAP que se presenta el que determine la suspensión o término del ejercicio de los derechos y deberes de la autoridad paternal. En ese sentido, véase que la propuesta se encamina en dos vertientes: una primera en la que se tenga como causal de término de la patria potestad cuando el SAP se presente en su nivel severo y que a pesar de la orden judicial del cese de las conductas alienantes el progenitor alienador siga con su accionar; y en la segunda se propone que se tenga como causal de suspensión de la autoridad paternal la presencia del SAP en su nivel moderado ligero y moderado, acompañado de igual manera de una prevención del cese de sus acciones por parte del juzgador al progenitor alienante.

A manera de síntesis, se puede puntualizar el hecho de que la propuesta de que el síndrome de alienación parental sea considerado y consignado como causal de suspensión y término de la autoridad paternal, versa sobre la similitud de dicho fenómeno con las causas ya establecidas, en tanto estas remiten a un común denominador, el cual es la grave afectación de los derechos e intereses de las personas menores de edad que se ven envueltas en los procesos de separación litigiosos de sus progenitores, y a la necesidad de que dicho fenómeno se encuentre expresamente regulado en la normativa que conforma el Derecho de Familia de Costa Rica. Es así como atendiendo al principio rector del interés superior del menor de edad en los procesos de familia, que se logrará garantizar la protección de los derechos de los hijos de aquellos padres cuyas diferencias llegan hasta estrados judiciales, y que, en caso de procesos de alienación parental, estos encuentren coacción para el cese de prácticas alienantes en contra del otro progenitor y de sus propios hijos.

Conclusiones y recomendaciones

En primer lugar, el síndrome de alienación parental es un fenómeno psico-legal que acarrea graves consecuencias para las personas menores de edad que lo padecen, incluyendo tanto afectaciones sociales como psicológicas y hasta físicas.

En segundo plano, se puede puntualizar el hecho de que en Costa Rica no existe normativa expresa que permita abordar el tema del SAP como debería hacerse, lo cual representa indudablemente importantes afectaciones de los derechos e intereses de las personas menores de edad que en el país lo sufren.

Tercero, es preciso señalar que más allá de la gestión legislativa, lo que realmente impera en el país es un abordaje práctico judicial que ha fundado las bases para un futuro y adecuado manejo del problema en cuestión, siendo que la jurisprudencia reconoce la presencia del SAP en el contexto judicial costarricense, y además expone un abordaje pionero del tema en cuestión que aún sin norma alguna garantiza la protección de los derechos de la persona menor de edad.

En cuarto lugar, se puede entender que es necesaria una intervención legislativa que además de reconocer la injerencia del síndrome de alienación parental dentro de los procesos judiciales de familia en Costa Rica, lo tipifique como causal de suspensión y término de la autoridad paterna, tanto en sentido coercitivo para los progenitores alienadores como desde el punto de vista de una medida de salvaguarda para los menores de edad, en cuanto a sus derechos e intereses.

En quinto y último lugar, la consideración y categorización del SAP como causal de suspensión y término de la patria potestad resulta coherente tanto en el fin que persigue como su semejanza con los causales ya establecidos por el legislador costarricense, pues remiten a actos graves que coinciden tanto con el que provoca el daño como con quien lo sufre, en este caso los progenitores y los hijos menores de edad.

De lo anterior, se deriva la necesidad de un replanteamiento del grave problema social que implica el síndrome de alienación parental, tanto para los menores de edad que lo sufren como para la sociedad en general. En ese sentido es que se recomienda la reformulación de la práctica legislativa sobre el Síndrome de Alienación Parental, sus consecuencias y manejo dentro del contexto social y judicial de Costa Rica; es decir, se recomienda el reconocimiento a nivel legislativo del SAP y la toma de medidas necesarias para revertir y prevenir los graves efectos de este sobre un sector de la población tan importante para la sociedad.

Se recomienda así mismo la categorización del síndrome de alienación parental como causal de la suspensión o pérdida de la patria potestad, sea como medida coercitiva para los progenitores o garante de los derechos de las personas menores de edad, esto de la

mano con su reconocimiento en la rama del Derecho de Familia, para así lograr una eficaz y eficiente aplicación de la figura en la instancia judicial que más se necesita, pues la doctrina internacional como la misma jurisprudencia nacional, avala la injerencia del SAP dentro de los procesos judiciales, pero sobre todo afirma la necesidad de contar con regulaciones actuales capaces de responder a los nuevos problemas sociales que afectan a la sociedad, tal y como lo es el síndrome de alienación parental.

Referencias

- Aguilar, J. (2006). *Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. (3ª. Ed.). Córdoba, España: Editorial Almuzara.
- Arias, G. y Arias, A. (s. f.). *Alienación parental*. Tesina para obtener el diplomado en Tanatología. Asociación Mexicana de Educación Continua y a Distancia A.C., Ciudad de México, México.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1949). *Constitución Política*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1974). *Código de Familia*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC
- Catalán, P. (2011). *Divorcio destructivo y síndrome de alienación parental, desde una mirada sistémica*. Chile: Editorial Académica Española.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. (2011). *Alienación parental*. México. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Comisi%C3%B3n+Nacional+de+los+Derechos+Humanos+M%C3%A9xico.+2011.+Alienaci%C3%B3n+parental.+M%C3%A9xico.&oq=Comisi%C3%B3n+Nacional+de+los+Derechos+Humanos+M%C3%A9xico.+2011.+Alienaci%C3%B3n+parental.+M%C3%A9xico.&aqs=chrome..69i57.18024950j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- Gardner, R. (1985). Recent trends in divorce and custody litigation. *Academy Forum*. 29, p. 3-7. Columbia University, College of Physicians & Surgeons.

- Gómez, P. (2008). Síndrome de alienación parental (SAP). *Revista de familia*. N° 38, 63-78
Recuperado de <http://www.parthenon.pe/publico/constitucional/sindrome-de-alienacion-parental-como-causal-de-variacion-de-la-tenencia/>
- González, C. (2014). *Síndrome de alienación parental*. México: Editorial De Laureles.
- Howard, W. (2012). El síndrome de alienación parental. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 25(129), 129-158. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf>
- Lara, J. y Reyes, Y. (2010). *La declaratoria de abandono de menores de edad*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. Recuperado de http://iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10-la_declaratoria_de_abandono_de_menores_de_edad.pdf
- Oropeza, J. (2007). Síndrome de alienación parental. Actores protagonistas. *Revista Internacional de Psicología*. 8(02), 1-19. Recuperado de <http://www.revistapsicologia.org/index.php/revista/article/view/47>
- Ossorio, M. (1996). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (23ª. ed.). Buenos Aires: Heliasta.
- Pina, R. (1990). *Elementos de derecho civil mexicano, vol. I*. México: Porrúa.
- Quintana, D. (2012). *Proyecto de Ley 18.595. Ley para el Abordaje de la Violencia Parental*. Recuperado de http://www.ofcostarica.com/anasap/index.php?option=com_content&view=article&id=77:una-nueva-ley-para-evitar-la-violencia-parental&catid=38:proyectos&Itemid=62
- Ramírez, D. (2011). *La desparentalización impuesta al padre, separado o divorciado: secuelas psicosociales. Estudio de Casos*. San José, Costa Rica: Ediciones Universitarias.
- Ramírez, S. (2013). *Derecho de familia*. San José, Costa Rica: El Roble del Atlántico.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2006). *Resolución 2006-00382*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=344721&strTipM=T&strDirSel=directo

- Segura, C., Gil, M. y Sepúlveda, M. (2006). *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100009
- Tejedor, A. (2007). *El síndrome de alienación parental*. Madrid: Eos.
- Tribunal de Familia. (2007). *Voto número 337-07*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=373231&strTipM=T&strDirSel=directo
- Tribunal de Familia. (2009). *Voto número 33-09*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=427120&strTipM=T&strDirSel=directo
- Tribunal de Familia. (2011). *Voto número 610-11*. Recuperado de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=525506&strTipM=T&strDirSel=directo
- Velásquez, M. (2007). *Análisis de los casos de separación, suspensión y pérdida de la patria potestad y su correcta aplicación*. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, Ciudad de Guatemala, Guatemala.

El derecho de la competencia como un mecanismo de defensa de los derechos del consumidor: a propósito de la sanción contra Google

Guillermo Rojas Guzmán¹

“... Las leyes antimonopolio ... son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y nuestro sistema de libre empresa como la Declaración de Derechos es para la protección de nuestras libertades personales fundamentales...”
(Thurgood, 1972. *United States v. Topco Associates Inc.*)

Resumen

La Comisión Europea ha multado a Google por casi dos billones y medio de euros (2.424 millones) por violar las normas del Derecho de la Competencia de la Unión Europea. De acuerdo a la Comisión, Google ha abusado de su posición de dominio en el mercado, como motor de búsqueda, al dar una ventaja ilegal al servicio de comparación de compras, el cual precisamente es otra herramienta de esta empresa de alta tecnología. La conducta descrita, no solo niega el acceso a los agentes económicos de competir en igualdad de condiciones con Google, sino que violenta el derecho de elección de los consumidores a la hora de ejecutar su decisión de consumo cuando éstos comparan y seleccionan bienes y servicios, cuyos beneficios confían, sean producto de la innovación y de los méritos que los oferentes en el mercado, logren destacar en un motor de búsquedas que se espera sea neutro.

¹ El autor es abogado, especialista en Derecho de la Competencia y del Consumidor. Profesor universitario.
E-mail: gmrojas@me.com

Palabras clave

Legales, Google, consumidores, competencia, sanción, Europa.

Abstract

The European Commission has fined Google for almost two trillion euros (€ 2,424 million) for violating EU competition law rules. According to the Commission, Google has abused its market dominance, as a search engine, by giving an illegal advantage to the shopping comparison service, which is precisely another tool of this high-tech company. The conduct described not only denies access to economic agents to compete on equal terms with Google, but violates consumers' right to choose when to execute their consumption decision as soon as they compare and select goods and services, whose benefits they trust, are a product of innovation and the merits that the suppliers in the market, manage to highlight in a search engine that is expected to be neutral.

Keywords

Legal, Google, consumers, competition, sanction, Europe, antitrust.

Introducción

La Comisión Europea ha multado a Google por 2,42 millones de euros por violar las normas del Derecho de la Competencia (normas antitrust) de la UE. De acuerdo a la Comisión, Google ha abusado de su posición de dominio en el mercado, como motor de búsqueda, al dar una ventaja ilegal al servicio de comparación de compras, el cual precisamente es otra herramienta de esta empresa de alta tecnología.

Según el comunicado de la Comisión, Google debe poner fin a la conducta en un plazo de 90 días o sufrir multas de hasta el 5% del promedio diario del volumen de negocios mundial de Alphabet, su empresa matriz.

Este caso permite poner de manifiesto las relaciones, no siempre claras, entre el Derecho de la Competencia y el Derecho del Consumidor.

Los fines del Derecho de la Competencia

En las últimas tres décadas se han suscitado discusiones académicas interesantes en torno al bien jurídico tutelado del Derecho de la Competencia y los fines que debe perseguir. La discusión ha transcurrido sobre si las normas *antitrust* o de libre competencia, abarcan el cumplimiento de objetivos no económicos o, por el contrario, están definidas únicamente a escenarios exclusivamente económicos como la eficiencia del mercado.

Precisamente, en este marco de divergencia de opiniones, los factores económicos prevalecieron durante muchos años como parte importante del discurso en torno a la política de competencia en virtud de la cual la asignación eficiente de recursos configura el derrotero fundamental y exclusivo de la normativa de competencia.

No obstante, esta concepción “economicista” ha ido perdiendo vigencia de forma gradual, debido principalmente al peso que las crisis económicas han tenido en la economía mundial y su afectación no solo al sector empresarial sino al sector de consumo y que se ha visto reflejado en meditaciones trazadas a nivel legislativo global y en la jurisprudencia reciente, cuya resolución sobre Google es una clara manifestación que ha favorecido la transformación de los fines meramente económicos.

La propia comisaria Margrethe Vestager, responsable de la política de competencia en la Comisión Europea, en sus propias palabras ha afirmado lo siguiente:

Google ha desarrollado muchos productos y servicios innovadores que han hecho una diferencia en nuestras vidas. Eso es bueno.

Pero la estrategia de Google para su servicio de compras comparativas no trataba solamente de atraer clientes haciendo su producto mejor que los de sus rivales. En su lugar, Google abusó de su dominio del mercado como motor de búsqueda situando en mejor lugar su propio servicio de comparación de compras dentro de sus resultados de búsqueda y colocando en peor situación los de sus competidores.

Lo que Google ha hecho es ilegal según la legislación antitrust de la UE, pues ha denegado a otras empresas la posibilidad de innovar y de competir según sus méritos. Y lo que es más importante, ha denegado a los consumidores europeos una auténtica oferta de servicios y todas las ventajas de la innovación (Vestager, 2017, párrs. 3-5)².

Como resultado de esta coyuntura, ha ido ganando terreno la concepción de que la protección de aspectos como la estabilidad y la eficiencia económica son, en sí mismas, apócrifas, siempre que sean comparadas con otros aspectos más tangibles que se vean afectados por violaciones a leyes *antitrust*.

Es gracias a este apego a las políticas de protección al consumidor por parte del Derecho de la Competencia, que los individuos cuentan con mayores posibilidades de involucrarse con la defensa efectiva de los derechos que las normas *antitrust* prevén, pues los empodera y legitima para denunciar a los agentes económicos de gran volumen y permite que la eficiencia económica en el mercado se garantice de forma indirecta.

En esos términos, la real prioridad del derecho de la competencia ha pasado a ser la protección de los consumidores, pues son cada vez más claros los comportamientos o más concretamente, los fallos de mercado que además de impedir la eficiente asignación de recursos, privan a los consumidores de los beneficios naturales de la dinámica competitiva.

Quizás, y de forma sorprendente, está intrínseca relación entre ambos derechos, comienza a ser reconocida a nivel académico hasta hace unos pocos años. Por ejemplo, el Instituto de Estudios de la Defensa de los Consumidores (Studies, 2017) es un centro académico independiente, diseñado para explorar el impacto de la aplicación de la legislación antimonopolio tanto en el consumidor individual como en el público.

Dentro de los antecedentes más contemporáneos de esta ciencia jurídica, debemos remontarnos hacia principios del siglo XIX, específicamente tomando en cuenta los postulados de la escuela liberal, quien definió la competencia perfecta en un escenario en la que existe una diversidad de oferta y demanda con libre acceso al mercado de todos los agentes económicos y consumidores (oferentes y demandantes); en el que existe absoluta claridad respecto de los productos y servicios ofertados; y en el que, finalmente, ni los

² El texto original aparece en idioma inglés. La traducción al español ha sido realizada por el autor.

oferentes ni los demandantes poseen una posición dominante que les permita inducir a cometer abusos.

Las condiciones ideales que exige el concepto de competencia perfecta, son meras aspiraciones académicas que no existen en la realidad, por lo que se ha aceptado una concepción de competencia imperfecta. De esta forma nació en Estados Unidos la noción de *workable competition*, que supone la existencia en cada mercado, de contestabilidad suficiente entre un número proporcionado de oferentes, de tal forma que se ofrezca al consumidor una viabilidad moderada de elección de un bien o servicio; así como incentivos para desarrollar y hacer crecer actividades empresariales, todo bajo un marco legal en el que dichos participantes no se autodestruyan.

Cada vendedor ejerce algún grado de control sobre el precio del producto. La competencia perfecta y el monopolio son los extremos del abanico de posibilidades pues los grados de competencia dependen de diversos factores:

- Rivalidad entre agentes económicos
- Grado de sustituibilidad entre diversos bienes
- Poder de negociación (vendedores/compradores)
- Barreras de entrada: ingreso competidores

Las normas de promoción de la competencia configuran y delimitan el orden público económico de un país, que se traduce en el establecimiento de límites dentro de los cuales la actividad libre de los agentes económicos puede desarrollarse, considerando la irrenunciabilidad de la acción de nulidad de las conductas que sean tipificadas como prácticas monopolísticas, todo con base en el deber de la Administración Pública de defender al consumidor contra los abusos derivados de restricciones intencionadas a la competencia.

Dichos abusos tienen por objeto y producen el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia e implican la desaparición de la independencia empresarial y la evidente limitación de la competencia en el mercado, con flagrante perjuicio al consumidor, al que se le priva de las ventajas propias de la libertad de empresa, de la libre contratación y la libre concurrencia económica de todos los agentes económicos.

En casi todos los más de cien países que tienen alguna forma jurídica reconocible como normativa de competencia, se encuentran características comunes (Averit & Land, 1998). Por ejemplo, la prohibición de acuerdos que perjudiquen la competencia o la prohibición del abuso de posición dominante, así como el análisis de fusiones y adquisiciones que suponen un grave riesgo de llevar a colusión o a una posición dominante.

La legislación de protección al consumidor abarca un conjunto más amplio y difuso competencias. Se prohíbe la publicidad desleal y engañosa, así como los fraudes y la regulación del crédito para consumo. Las transacciones se regulan de diversas maneras, pero principalmente se requiere divulgaciones obligatorias de los términos, condiciones y cargos en la contratación de bienes y servicios. Asimismo, cada vez más el robo de identidad y el uso de internet con fines fraudulentos y engañosos, están siendo objeto de la legislación de protección del consumidor.

Clasificación de las prácticas anticompetitivas

Una efectiva política de competencia se caracteriza por tener políticas que promuevan rivalidad entre empresas y la entrada de nuevos competidores en los distintos mercados y a la vez prevengan prácticas anticompetitivas.

A lo anterior debe unirse el implementar en forma efectiva una legislación antimonopolios que sea dirigida tanto a sancionar prácticas restrictivas de la competencia, provenientes del sector privado, así como a la eliminación de cualquier política pública que innecesariamente impida sustancialmente la competencia.

En el derecho costarricense³, se establecen tres elementos constitutivos del Derecho de la Competencia: a) Prohibición de prácticas colusorias, b) Las restricciones verticales y la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, y c) Regulación del régimen de concentraciones.

Las restricciones horizontales se les suele denominar colusión. Son acuerdos entre empresas (suplidores o consumidores) al mismo nivel de la cadena de producción (se dedican en

³ Ver artículos 11 y 12 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Asamblea Legislativa, 1994).

general a las mismas actividades). La colusión usualmente adopta la forma de un acuerdo de precios, aunque podemos encontrar acuerdos para restringir la oferta, dividir el mercado hasta maniobrar licitaciones públicas.

En el caso de las restricciones verticales, los acuerdos también pueden realizarse entre organizaciones situadas a distintos niveles de los estadios de producción y distribución, (suplidor y detallista). En la mayoría de los casos, la colusión vertical ocurre entre suplidores y usuarios de insumos empresariales.

Cuando se trate de una sola empresa (monopolista o dominante), estará en condiciones de utilizar su poder en el mercado para imponer una serie de limitaciones a sus distribuidores (fases finales de la cadena) o sus proveedores (fases iniciales de la cadena).

En cualquiera de los casos de restricciones verticales, debe demostrarse que dichas prácticas tengan como objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado; el impedimento sustancial de su acceso; el establecimiento de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. De igual forma, la empresa debe tener poder sustancial en un mercado relevante y demostrar que se incurrió en una conducta prohibida.

Una empresa dominante o con poder sustancial, es la que tiene una participación significativa en un determinado mercado que le permite fijar los precios en forma independiente.

Es importante que se tome nota de que no está prohibido en sí poseer poder sustancial en el mercado, en el tanto éste puede darse por efecto del juego libre de la competencia o por otro tipo de externalidades que escapan del control de la empresa que se ha posicionado en una posición dominante. Lo que prohíbe la normativa nacional es la “explotación abusiva”, que aventaja los aspectos estándar de funcionamiento de los escenarios de mercado y se implanta a lo que la doctrina civil y comercial ha desarrollado como abuso del derecho, con disimilitudes de orden económico propios del sistema en el que se desarrolla la competencia.

Relaciones entre el Derecho de la Competencia y derechos del consumidor

La libre competencia garantiza un beneficio directo para los consumidores. Cuando un consumidor tiene acceso a varias alternativas, determina las actuaciones de los agentes económicos, ya que, si ofrece su producto o servicio en escenarios menos ventajosos que

el resto de empresas competidoras, el usuario podrá acudir a otro proveedor que le oferte mejores condiciones.

El impulso a aumentar su cuota de mercado, hace que las empresas preparen nuevos productos o servicios que sean innovadores y procuren atraer compradores. De esta forma, la competencia fomenta la invención y colabora a tener mercados más eficientes y dinámicos. Por ello, ante la competencia, los oferentes de bienes y servicios se ven obligados a contener sus precios, a optimizar calidad, a ofrecer un mejor trato al cliente y a ofrecer una mayor variedad de artículos para adaptarse a los gustos del consumidor. Inclusive los propios empresarios se verán beneficiados del incremento de la actividad de consumo generada por la confianza que el mercado produce en los consumidores.

La defensa de la competencia y la protección de los consumidores son, bajo esta línea de razonamiento, los dos pilares del orden jurídico económico, lo que conlleva que la definición de una y otra (defensa de la competencia y protección de los consumidores) sean variables del género de competencias con que goza el Estado para la ordenación del mercado.

Y es nuestra opinión que el auténtico beneficio del proceso de competencia en el mercado, es el efecto que ésta tiene sobre la producción, industrialización y distribución, que se traslada a los consumidores, tanto en los precios, como en la calidad o innovación de los productos o servicios que se prestan. Sin esa rivalidad, estos beneficios se les quedarían íntegramente los agentes económicos.

El derecho de elección del consumidor sintetiza los propósitos de la legislación antimonopolio y de protección del consumidor, pues destaca la insuficiencia de los instrumentos actuales de regulación del comercio. Con gran acierto se ha afirmado que la teoría de precios por sí sola es una herramienta inadecuada para justificar toda acción antimonopolio (Guiltinan, 2002). Por ello, este derecho de elección permite distinguir entre las restricciones competitivas que deben ser objeto de persecución antimonopolio y las que deberían ser ignoradas por ser benignas y útiles para los consumidores⁴.

⁴ La visión más vanguardista de la aplicación de la legislación antimonopolio, parece recaer en los casos de restricciones que no suponen precios. Estos son casos difíciles en los que la teoría de los precios tiene poco que añadir a su resolución e investigación.

De esta forma considero que es particularmente alentador que una agencia de competencia tan grande como la que está dentro de la Comisión Europea, haya actuado recientemente, en el caso Google, de una manera que es consistente con el paradigma del derecho de elección del consumidor.

El derecho de elección de los consumidores se ha desarrollado en una amplia variedad de casos antimonopolio⁵ a nivel internacional que revelan un patrón de características, tales como la presencia de empresas en economías de red, una fuerte protección de sus derechos de propiedad intelectual, una tendencia hacia la dominancia de sus mercados conexos y ser dueños de los puntos de control claves de la nueva economía de las tecnologías de información.

En todos estos casos, el temor es que las empresas dominantes impidan que los competidores existentes y los nuevos entrantes, tengan acceso a sus consumidores. Del mismo modo, a los consumidores se les niega la posibilidad de seleccionar el tipo de productos y tecnología innovadora que podría prevalecer en el mercado, pues las empresas dominantes buscan mantener cerrado el acceso a una instalación esencial o a un código fuente.

Por ejemplo, el caso Microsoft muestra como esta empresa utilizó su dominio en los sistemas operativos para impedir el crecimiento de otras tecnologías y software potencialmente competidores. La decisión judicial en los EEUU ordenó que Microsoft debía ser dividida en dos unidades separadas, una responsable de producir el sistema operativo y otra de producir otros componentes de software, a fin de que se garantizara al consumidor su derecho de elegir el sistema operativo que fuera compatible con sus gustos y preferencias y a las empresas desarrolladoras, poder innovar y crear nuevos productos.⁶

La decisión judicial del caso Microsoft en la Unión Europea data del 24 de marzo de 2004, concluyendo que dicha empresa había infringido el artículo 82 del Tratado de la CEE por negarse a proveer la información necesaria para la interoperabilidad cuyo uso permitiría desarrollar y distribuir sistemas operativos servidores de trabajo en grupo y por condicionar

⁵ Por ejemplo, en los Estados Unidos, *MCI Communications Corporation v. American Telephone & Telegraph Company*; *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000); *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000); *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999).

⁶ El Departamento de Justicia anunció el 6 de septiembre de 2001 que ya no requería que Microsoft fuera dividido y en su lugar aceptó una propuesta de acuerdo que permitiría a los fabricantes de computadoras personales y desarrolladores de software, acceder a sus códigos fuente.

la disponibilidad del sistema operativo para computadoras personales de clientes Windows a la adquisición simultánea del Windows Media Player.

Es fundamental la existencia de sistemas operativos abiertos que aseguren interoperabilidad entre productos de varias empresas, para permitir a los consumidores una mayor flexibilidad a la hora de elegir un producto como sustituto de otro.

En línea con lo anterior, empresas de alta tecnología y financieras, desempeñan roles innovadores en sus mercados y con el tiempo logran establecerse en posiciones de dominio que le brindan poder sustancial, por ejemplo, el caso de la empresa Intel ha generado legítimas preocupaciones sobre su actuar. En el año 2005, la empresa competidora AMD afirmó que Intel participó en una conducta anticompetitiva al ofrecer descuentos a fabricantes de computadoras personales japoneses con quienes acordaron eliminar o limitar las compras de microprocesadores fabricadas ya sea por AMD o por cualquier otro fabricante competidor⁷ (Times, 2009).

El 13 de mayo de 2009, la Comisión Europea adoptó una decisión en la que declaró que Intel Corporation infringió el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁸ al abusar de su posición dominante en el mercado de la unidad central de procesamiento x86.

De acuerdo con el voto (Intel, 2014), Intel violentó la legislación antitrust de la UE mediante la participación en dos tipos de prácticas:

- Descuentos ocultos a fabricantes de computadoras - Dell, HP, NEC, Lenovo, a condición de que compraran todas o casi todas sus CPU x86 de Intel. Intel también realizó pagos directos al minorista de PC más grande de Europa, Media Saturn Holding (MSH), a condición de que sólo abasteciera computadoras con procesadores Intel x86.
- Intel realizó pagos directos a fabricantes de computadoras (HP, Acer, Lenovo) para detener o retrasar el lanzamiento de productos específicos que contienen las CPUs x86 de un competidor y limitar los canales de venta disponibles para estos productos.

⁷ En noviembre de 2009, Intel acordó pagar a AMD poco más de un billón de dólares como parte de un acuerdo para resolver todas las disputas legales pendientes entre las dos compañías.

⁸ Hoy llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El artículo 82 se corresponde en la actualidad con el 102.

El comportamiento de Intel, disminuyó la capacidad de los otros participantes en la industria de competir sobre la base de los beneficios técnicos de sus CPU x86. Esto resultó no solo en una reducción de las posibilidades de elección del consumidor, sino en menores incentivos para innovar por parte de los participantes en ese mercado relevante. La Comisión impuso una multa de poco más de un billón de euros y obligó a Intel a poner fin a las prácticas ilegales identificadas.

En forma similar, muchos mercados son susceptibles de monopolización bajo conductas solapadas de exclusión. Véase los ejemplos de una fusión de contenidos en cable, internet y telefonía. ¿Un negocio jurídico de estas dimensiones pondría a una empresa en una posición de dominio sobre el acceso a esos contenidos? ¿El caso de un joint venture entre una aerolínea y una empresa para venta de tiquetes online? O en el caso de medicinas de marca y genéricas, donde empresas farmacéuticas de genéricos en colusión con competidores fabricantes de la medicina de marca, acuerdan retrasar intencionalmente el ingreso al mercado del producto genérico. ¿Se privó al consumidor de una opción clara de elección entre la medicina de marca y la genérica? ¿Se le sustrajo la posibilidad de acceder a un importante ahorro en los consumos de medicamentos?

Si bien las preguntas son relativamente fáciles de responder en un contexto académico, en la práctica comercial entran en juego muchos factores como la dinámica de las economías de red que crea nuevas industrias y tecnologías.

De esta forma, las decisiones del consumidor en el ejercicio de su derecho de libre elección, deben orientar a las agencias de competencia en cuanto a precisar, con mayor criterio, cuales son las preguntas que deben responder ante una industria tan dinámica como la de alta tecnología.

La diferenciación de un producto o servicio debe dominar la estrategia de negocio y definir a los mercados contemporáneos. En este mundo, el derecho de elección del consumidor puede ser definido casi completamente por la competencia intra-marca⁹ (Europea, 2010)

⁹ “...En un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a una reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, pero puede no tener un efecto negativo en la competencia entre los distribuidores en general. En tal caso, si la competencia inter-marca es feroz, es poco probable que una reducción de la competencia intra-marca tenga efectos negativos para los consumidores”. (Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010, p.22).

en la que un agente económico requiere comercializar su producto a través de diferentes distribuidores, los cuales compiten entre sí¹⁰.

Las compras comparativas y el caso Google

El comercio electrónico es un sistema moderno para desarrollar actividades comerciales que muestra las necesidades tanto de agentes económicos y comerciantes para reducir sus costos como de los consumidores para obtener mejores precios y variedad de calidades. Por ello, el comercio electrónico en sí mismo no debe examinarse como una tecnología, pues éste en realidad constituye un mercado donde como cualquier otro, convergen oferta y demanda, solo que extrapolado a un ambiente digital donde el uso de la tecnología mejora la manera de llevar a cabo las actividades empresariales. Esa tecnología es versátil, compleja y variada, pues puede ir desde motores de búsqueda, redes de publicidad o portales de venta de productos y servicios.

Google Inc. es la empresa propietaria de la marca Google, cuyo principal producto es el motor de búsqueda de contenido en internet del mismo nombre. Su producto representativo es su motor de búsqueda, que ofrece resultados de búsqueda a los consumidores, los cuales pagan el servicio con sus datos.

Casi el 90 % de los ingresos de Google proceden de los anuncios, como los que muestra a los consumidores como respuesta a una consulta¹¹ (Commission, 2017). La atracción del servicio para los anunciantes es la posibilidad de desarrollar publicidad contextual donde pueden dirigirla a los usuarios de Google que ya han manifestado su interés en lo que vende el anunciante y hacer caso omiso de los que no. Los anunciantes sólo pagan a Google después de que algún consumidor efectivamente haya hecho clic en uno de los anuncios teniendo la posibilidad de establecer presupuestos para limitar su gasto periódico.

Inclusive Google también genera ingresos con publicidad cuando el consumidor no está en alguno de sus sitios, ello gracias a la tecnología proveniente de su red *Adsense*, cuya función es colocar anuncios en sitios asociados, que pueden ser páginas comerciales, periódicos,

¹⁰ A diferencia de la competencia inter-marcas o entre-marcas, que es la situación general en la que dos o más empresas competidoras requieren comercializar su producto a través de varios distribuidores que compiten entre sí.

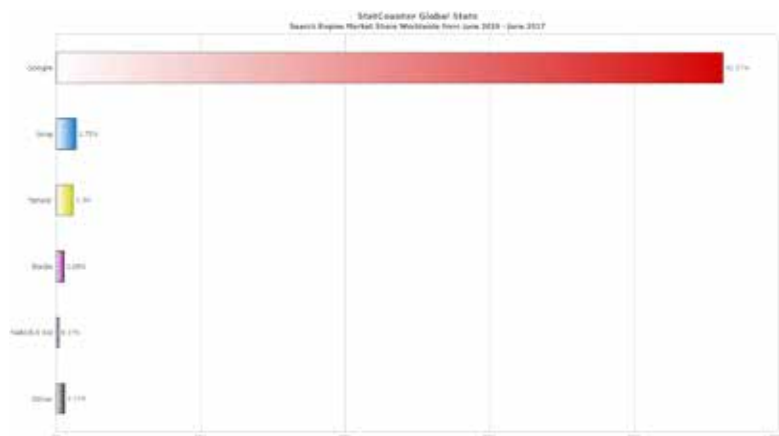
¹¹ Datos del Fact Sheet contenido en el expediente 39740 de la Comisión Europea sobre el caso Google.

revistas, empresas de comercio electrónico e inclusive blogs, permitiéndole a Google quedarse con una parte de los ingresos.

Google anunció oficialmente el lanzamiento de un sitio de comparación de precios en diciembre de 2003, el cual estuvo activo en forma *beta*¹² durante unos meses y se denominó *Froogle*, hasta el 2007 donde fue renombrado como *Google Product Search*. Desde el 2013 se llama *Google Shopping*.

Este motor de búsqueda permite a los consumidores comparar no solo productos sino también precios provenientes de internet, así como encontrar ofertas de empresas minoristas, tiendas virtuales de fabricantes y plataformas comerciales como Amazon.

De acuerdo a datos de StatCounter (StatCounter, 2017), Google cuenta en la actualidad con el 92.37% de volumen de mercado a nivel mundial:



Fuente del cuadro: <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share#monthly-201606-201706-bar>

Con los datos mostrados, claramente Google cuenta con una posición dominante en las búsquedas de carácter general en internet, por ello dicho motor es una fuente importante de tráfico para los servicios de compras comparativas.

¹² Fase de desarrollo de un software donde se prueba y se eliminan errores.

Asimismo, dicha tesis se refuerza considerando la existencia de altas barreras para ingresar en estos mercados de red, pues cuanto más utilizan los consumidores un motor de búsqueda, más llamativo resulta para los anunciantes. De esta forma los ingresos por concepto de publicidad se destinan a conquistar más consumidores y los datos que acumula el buscador sobre sus usuarios, se emplean en mejorar los resultados.

Con base en lo anterior, la Comisión analizó las siguientes conductas de parte de Google¹³ (Commission, 2017).

- Colocar en un lugar destacado su propio servicio de compras comparativas procurando que en el momento en que un consumidor hace una consulta en el motor de búsqueda sobre la cual el servicio de compras comparativas de Google desea mostrar resultados, estos aparecen en la parte superior de la lista de resultados de búsqueda, o cerca de ella.
- Colocar en el peor lugar los servicios de compras comparativas rivales en los resultados de búsqueda, para ello Google se valió de los algoritmos de búsqueda genérica, mismos que incluyen diversos criterios, con el resultado de que los servicios de compras comparativas rivales aparezcan en peor posición. Dice la Comisión que puede comprobarse dicha conducta pues incluso el servicio rival mejor situado, aparece por término medio solo en la cuarta página de resultados de búsqueda y otros figuran incluso más abajo.
- El propio servicio de compras comparativas de Google no está sometido a los algoritmos de búsqueda genérica de aquel, incluida la colocación en posiciones menos favorables.

Es natural asumir que los consumidores visitan los resultados más visibles que aparecen en una posición superior entre los resultados de las búsquedas de Google. La Comisión al respecto indica que

incluso en un ordenador de mesa, los diez resultados de búsqueda genérica mejor situados en la primera página reciben en conjunto, por lo general, aproximadamente el 95 % de todos los clics de los resultados de búsqueda genérica (el resultado mejor situado recibe en torno al 35 % de todos los clics). El primer resultado de la segunda página de resultados de búsqueda genérica de Google recibe tan solo en torno al 1 % de todos los clics. Esto no puede explicarse tan solo por el hecho de que el primer

¹³ Datos del comunicado de prensa contenido en el expediente 39740 de la Comisión Europea sobre el caso Google.

resultado sea más importante, porque las pruebas también demuestran que desplazar el primer resultado al tercer puesto produce una reducción del número de clics de aproximadamente un 50 %. Los efectos en los dispositivos móviles son incluso más pronunciados, ya que el tamaño de la pantalla es mucho menor¹⁴ (Commission, 2017).

Por lo anterior, la sanción se justifica como una conducta excluyente abusiva por parte de una empresa dominante en su mercado relevante mediante la cual el servicio de compras comparativas de Google se muestra de forma más preferente y visible a los consumidores cuando éstos realizan búsquedas, mientras que los resultados de los servicios competidores son mucho menores¹⁵ (Commission, 2017).

El derecho de elección del consumidor, a la luz del caso descrito, es una herramienta intensamente eficaz e importante para racionalizar la política antimonopolio. Por el hecho de colocar en un lugar destacado únicamente su servicio de compras comparativas y de situar a sus competidores en peor lugar, Google ha dado a su servicio una ventaja considerable en comparación con sus competidores.

Los debates sobre los objetivos de las leyes antimonopolio o *antitrust*, han revelado que la lucha fundamental contra los abusos de posición de dominio, deben descansar sobre la base de conceptos perceptibles, que respondan de forma efectiva a la protección de aspectos de impacto plural como el bienestar de los consumidores, más que a inclinarse de forma total hacia composiciones económicas.

Por lo anterior, Google Inc. tiene que emplear los mismos métodos para ubicar y exponer los servicios de compras comparativas de competidores, en las páginas de resultados de las búsquedas de Google que los que aplica a su propio servicio.

¹⁴ Datos del comunicado de prensa contenido en el expediente 39740 de la Comisión Europea sobre el caso Google.

¹⁵ Google ha implantado esta práctica en todos los países del Espacio Económico Europeo donde utiliza este producto de compras comparativas, comenzando en enero de 2008 en Alemania y el Reino Unido. Posteriormente hizo extensiva esta práctica a Francia en octubre de 2010, a Italia, Países Bajos y España en mayo de 2011, a Chequia en febrero de 2013 y a Austria, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Polonia y Suecia en noviembre de 2013. Datos del comunicado de prensa contenido en el expediente 39740 de la Comisión Europea sobre el caso Google.

Los consumidores de estos servicios de búsquedas en la web, son quienes suelen padecer los efectos lesivos que puedan surgir de esta conducta abusiva, limitándoles su libertad de elección y acceso a las diferentes ofertas que en el comercio electrónico se ponderan y despojándoles de las ventajas características de la competencia efectiva, por lo que esta resolución, en la óptica de la Comisión Europea, planta una defensa excepcional de los derechos que en su favor están adheridos a las normas de libre competencia.

Conclusiones

- El amparo de los intereses de los consumidores merece una atención excepcional de la defensa de la competencia, no solo por ser uno más de los objetivos sociales de las normas *antitrust*, sino la meta fundamental en la cual debería basarse todo el sistema.
- La mayoría de creaciones científicas y artísticas se construyen sobre la base de creaciones y descubrimientos anteriores. Se trata de innovar de forma tal que se supere la creación anterior, como el caso de las sucesivas versiones de sistemas operativos o de sus aplicaciones.
- El derecho de elección de los consumidores se ha desarrollado en una amplia variedad de casos antimonopolio a nivel internacional que revelan un patrón de características, tales como la presencia de empresas en economías de red, una fuerte protección de sus derechos de propiedad intelectual, una tendencia hacia la dominancia de sus mercados conexos y ser dueños de los puntos de control claves de la nueva economía de las tecnologías de información.
- Donde haya incentivos, las empresas innovarán para ofrecer mejoras valiosas para los consumidores. Si el rechazo a conceder una licencia reduce los incentivos a la innovación, el desarrollo tecnológico estará siendo limitado.
- Los debates sobre los objetivos de las leyes antimonopolio o *antitrust*, han revelado que la lucha fundamental contra los abusos de posición de dominio, deben descansar sobre la base de conceptos perceptibles, que respondan de forma efectiva a la protección de aspectos de impacto plural como el bienestar de los consumidores, más que a inclinarse de forma total hacia composiciones económicas.
- El auténtico beneficio del proceso de competencia en el mercado, es el efecto que ésta tiene sobre la producción, industrialización y distribución, que se traslada a los consumidores, tanto en los precios, como en la calidad o innovación de los productos o servicios que

se prestan. Sin esa rivalidad, estos beneficios se les quedarían íntegramente los agentes económicos.

Referencias

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1994). *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Ley N° 7472*. Recuperado de <https://sutel.go.cr/normativa/ley-de-promocion-de-la-competencia-y-defensa-efectiva-del-consumidor>
- Averit, N. W., & Land, R. H. (1998). Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law. *Loyola Consumer Law Review*, 10(1), 44-63.
- Commission, E. (27 de Junio de 2017). *Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_es.htm
- Europea, C. (2010). *Directrices relativas a las restricciones verticales*. Bruselas.
- Guiltinan, J. P. (2002). Choice and Variety in Antitrust Law: A Marketing Perspective. *Journal of Public Policy & Marketing*, 21(2), 260-268. Recuperado de <http://journals.ama.org/doi/abs/10.1509/jppm.21.2.260.17589?code=amma-site>
- StatCounter. (03 de Julio de 2017). *StatCounter*. Recuperado de <http://gs.statcounter.com/>
- Studies, I. f. (03 de Julio de 2017). *Institute for Consumer Antitrust Studies*. Recuperado de <http://www.luc.edu/antitrust>
- Times, N. Y. (13 de Noviembre de 2009). *New York Times*. Recuperado de <http://www.nytimes.com/2009/11/13/technology/companies/13chip.html>
- Tribunal General de la Unión Europea COMUNICADO DE PRENSA n° 82/14 Luxemburgo, 12 de junio de 2014. Recuperado de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140082es.pdf>
- Thurgood, M. (1972). *United States vs. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596, 610. Recuperado de <https://www.ftc.gov/es/cumplimiento/como-ganan-los-consumidores-cuando-los-negocios-compiten>

Vestager, M. (27 de Junio de 2017). *European Commission - Statement*. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1806_en.htm

< REGRESAR AL ÍNDICE

El fraude fiscal en Costa Rica: ¿es o fue Costa Rica un paraíso fiscal?

Luis Enrique Rothe Paniagua¹

Resumen

El fraude fiscal en el contexto nacional e internacional es de suma importancia tanto desde la perspectiva de las causas por las cuales se dan, así como las debilidades y vacíos que existe en la normativa legal existente, esto lógicamente considerando el derecho interno, también es necesario identificar los problemas en el cumplimiento con los fines públicos por no tener una legislación fiscal adecuada a los últimos tiempos, en esa línea se revisará la técnica legislativa utilizada por el legislador y precisar si esta se adecua a las necesidades actuales. También, se estudiará el manejo conceptual, doctrinal y pragmático de la evasión, elusión y economías de opción en el sistema legal tributario costarricense, así como la utilización de estos conceptos en planificación fiscal nacional e internacional. Por otro lado, es necesario también considerar la normativa blanda (*soft law*) utilizada por los organismos internacionales, como la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), para regular las relaciones de países de diversas jurisdicciones, entre estos incluidos los países de baja tributación, así como los instrumentos legales que se han legislado en Costa Rica para combatir el fraude nacional e internacional.

Palabras clave

OCDE, evasión, elusión, economías de opción, paraíso fiscal, fraude fiscal, planificación fiscal agresiva, convenios de doble imposición, acuerdos de intercambio de información.

¹ El autor es estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. lrothe@bctax.co.cr / lrothep033@ulacit.ed.cr

Abstract

Fiscal fraud in the national and international context is of utmost importance both from the perspective of the causes for which they occur, as well as the weaknesses and gaps that exist in existing legal regulations, this logically considering domestic law, is also necessary. To identify the problems in the fulfillment of the public purposes by not having an adequate fiscal legislation to the last times, in that line will review the legislative technique used by the legislator and to specify if this one is adapted to the present necessities. Also, the conceptual, doctrinal and pragmatic management of evasion, avoidance and option economies in the Costa Rican tax system, as well as the use of these concepts in national and international tax planning will be studied. On the other hand, it is also necessary to consider the soft law used by international organizations such as the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) to regulate the relations of countries in different jurisdictions.

Keywords

OECD, evasion, circumvention, option economies, tax haven, tax fraud, aggressive tax planning, double taxation agreements, information exchange agreements.

Introducción

Actualmente, para combatir el fraude fiscal, se hace necesario implementar y llevar a efecto procedimientos adecuados que obligan a una constante revisión del derecho interno, determinando si la vigente legislación nacional es la adecuada para intentar erradicar esta lacra social que se conoce como fraude fiscal. En Costa Rica existe la libertad de empresa, prevalece la autonomía de la voluntad, siempre y cuando no vulnere el ordenamiento jurídico costarricense, pero, ¿hasta dónde llega esta autonomía de la voluntad cuando se trata de tributos?

En los últimos años se han venido realizando ciertos cambios en materia legislativa relativos al fraude fiscal. Por ejemplo, se aprobó la Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal (Asamblea Legislativa, 2016). Sin embargo, se haría necesario revisar si en dicha norma se están teniendo en cuenta modificaciones técnicas jurídicas relevantes, reconociendo aspectos de fondo, como son el fraude de ley tributario, y examinar elementos doctrinarios, tales como

las economías de opción, la elusión y la evasión fiscal, intentando aclarar si el legislador aplicó o aplica una técnica legal razonable acorde a los acontecimientos y realidades del mundo actual.

Es decir, es preciso determinar si las normas tributarias costarricenses se ajustan al actual entorno económico, sumamente globalizado y tecnológico, donde el traslado de beneficios de un territorio a otro (de un país a otro) es relativamente sencillo a través de las corporaciones, pero muy difícil de identificar y darle seguimiento por parte de las administraciones tributarias de los países que exportan los capitales y que establecen el criterio de la “residencia” para gravar los ingresos de sus ciudadanos.

El fraude fiscal en el contexto social costarricense

Una de las causas del fraude fiscal es la falta de una cultura tributaria, sin admitir una concienciación en lo relativo al bienestar de las mayorías, y en consecuencia de esta abstracción poco fraterna que es el fraude fiscal, se da el beneficio de algunos en las sombras de la ilegalidad y una carencia del pensamiento solidario en nuestra sociedad de los que defraudan. En ese contexto, Folco (2013) afirma lo siguiente:

Operativamente es Estado tiene a su cargo la provisión de un sinnúmero de bienes públicos que requieren el financiamiento de manera regular, en tiempo y forma, todos los meses, y los contribuyentes deben cumplir del mismo. Tal vez muchos de los evasores o de quienes dejan de pagar no advierten hasta qué punto la copa de leche a un niño, la prestación hospitalaria a un anciano o el Plan Jefas y Jefes de Hogar de un desocupado dependen de su cumplimiento. Quizás muchas veces lleven sus hijos a la escuela pública o a la universidad y ni siquiera perciban hasta qué punto el hecho de no cumplir con sus obligaciones pueda impedir la adecuada prestación de esos servicios (p. 16).

Quienes llevan a cabo una defraudación fiscal, no eluden identificar las repercusiones y la disminución de oportunidades que tienen las generaciones presentes y futuras en el contexto jurídico, económico y social. Se podría argumentar que el fraude fiscal estaría dentro de los rangos esenciales de la criminalidad económica según Hendler (1990), quien sobre este particular considera que

los delitos económicos en sentido estricto serían, únicamente, los que atenten contra la determinación o formación de precios, los delitos monetarios, el contrabando y las infracciones fiscales. En sentido amplio, los que afectan bienes jurídicos patrimoniales individuales y que afectan además la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios entre los que se incluyen los de insolvencia, competencia ilícita, abuso de crédito, estafa, fraudes alimenticios, delitos laborales, relacionados con sociedades mercantiles, receptación, malversación de caudales públicos (pp. 115-123).

Por tal motivo, la sociedad, en su conjunto, se convierte en una víctima de la criminalidad económica, ya que, por medio de mecanismos ilegítimos, se disminuyen los fondos públicos previstos por ley para cumplir con las necesidades sociales, según Borinsky (como se citó en Schumpeter, Wendell, Klaus, Castellani, 2013). El mismo autor establece lo siguiente:

El espíritu de un pueblo, su nivel cultural, su estructura social, las acciones que su política pueda preparar, están escritas en su historia fiscal (Schumpeter). Los impuestos son el precio que pagamos por tener una sociedad civilizada (Wendell). Por ello, la Hacienda Pública es un análisis complejo de la relación personas-estado (Klaus). No obstante, con respecto al aspecto represivo, la ley condena en constancia y ansia a quien roba una gallina de una estancia, pero se vuelve floja, flaca y fina con quien roba la estancia y la gallina (p. 23).

Evasión fiscal y fraude fiscal: conceptos diferenciados

La evasión fiscal y el fraude fiscal tiene muchas connotaciones y acepciones jurídicas. Sin embargo, cada país, en su derecho interno, maneja el concepto con diferentes términos. Según Borinsky (2013), se pueden destacar la “defraudación tributaria”, el “fraude fiscal”, o bien, la “evasión fiscal”, al expresar que

el contenido conceptual del delito por sobre la unificación terminológica (expresado en el derecho comparado como “defraudación tributaria”, “fraude fiscal” o “evasión fiscal”). En efecto, etimológicamente hablando de “defraudación” se deriva de fraude, término que, a su vez, tiene su raíz en la palabra latina *fraus*, que significa

“mala fe”, es decir engaño hecho con malicia, mediante el cual alguien perjudica a otro y se beneficia a sí mismo (p. 162).

Es decir, los sujetos, en su carácter de contribuyentes, buscan formas de cómo no pagar los impuestos, omitiendo el deber formal y material de cumplir y presentar adecuadamente sus declaraciones fiscales. Pérez (1986), a estos efectos, define el fraude fiscal como

aquella conducta que consiste en el incumplimiento del deber de satisfacer la deuda tributaria. Omisión total del pago o bien pago en cuantía inferior a la debida, a la que hubiera correspondido pagar en correcta aplicación de las normas reguladoras del tributo (p. 90).

Por tanto, en el contexto etimológico, para referirse al mismo concepto, se hace referencia a los términos de fraude tributario o fiscal, defraudación tributaria o evasión fiscal. Sin embargo, dependiendo del país y derecho interno, puede utilizarse un término u otro, en forma indistinta, pues todos los conceptos son válidos. También, según Borinsky (2013),

en España y Alemania las conductas típicas no hacen referencia al no pago de impuestos. En cambio, en los Estados Unidos, se utiliza el verbo “evadir”, vocablo reservado y contiene de por sí la idea de actividad delictiva: no hay en este sentido, una evasión atípica: si la conducta es atípica, no se llama evasión sino elusión impositiva (tax avoidance) (p. 162).

La expresión “defraudación fiscal” se introdujo en la Ley de Justicia Tributaria (Asamblea Legislativa, 1995) como un delito fiscal, y el primer supuesto en el hecho tipificado venía hipotetizado como el hecho de inducir a error a la Administración.

Para identificar ese supuesto de hecho tipificado de error, la norma preveía su presentación a través de una acción u de una omisión, lo que podría plantear una equivocación a las autoridades tributarias. Sin embargo, en estas categorías, se generaron una gran cantidad de conductas, las cuales podían ubicarse dentro de estas calificaciones jurídicas. La misma norma tributaria antes citada, de carácter sancionatorio, en el artículo 90, describe la defraudación fiscal, hipotetizándola de la siguiente forma:

Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero (p. 23).

Posteriormente, la ramificación del concepto de “fraude a la hacienda pública”, es decir, el entonces delito de “defraudación fiscal”, es derogado por la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria (Asamblea Legislativa, 2012), quedando fijado, en el artículo 92, de la siguiente forma:

El que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública con el propósito de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio patrimonial, evadiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hayan debido retener, o ingresos a cuenta de retribuciones en especie u obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o los ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quinientos salarios base, será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años (p. 13).

Ahora bien, el error podría ir intrínsecamente relacionado con el engaño o ardid, en el cual el agente, por medio de una acción u omisión, obtiene un beneficio patrimonial para sí mismo o bien para un tercero. En términos fiscales, el error podría nacer al no realizarse la contabilidad o hacerse en forma irregular, situación que producía imprecisión y, como consecuencia, provocando una imprecisión el cálculo correcto de las cargas fiscales. Según Harbort (como se citó en Castillo, 2013), el error “implica que el comportamiento del autor produzca en el engañado una falsa representación que antes de la acción del agente no existía o no existía en la forma en que éste la produjo en la cabeza del engañado” (p. 85).

Consecuentemente, podría ser que contablemente se registrasen eventos cuya naturaleza contable no corresponden a la realidad de los hechos, cosa muy común cuando los sujetos pasivos no llevan una contabilidad formal incumpliendo con los principios o normas contables, o bien llevan la contabilidad, pero en forma irregular. De ahí que Domínguez (1990) ha señalado lo siguiente:

La finalidad primordial que se persigue con la obligatoriedad por parte de los sujetos pasivos de la llevanza de libros y registros contables, no es otra cosa que la cuantificación exacta de la base imponible; por ello no es de extrañar que su incumplimiento o falsedad lleve consigo el que se sancione según la gravedad del caso (p. 377).

De todos modos, el mundo contable y financiero incorpora muchos eventos económicos y financieros, razón por la que resulta difícil de analizar e interpretar la cuestión con solamente los aportes doctrinarios en el ámbito jurídico. Sobre todo, se trata de situaciones o mediciones contables que requieren alto grado de complejidad y análisis a la hora de realizar los cálculos contables del impuesto correspondiente, para luego llegar a las bases imponibles y por fin al importe que debe cancelar el contribuyente. Dicho en otras palabras, Rothe (2005) expresa que

en el mundo empresarial como en los negocios en general, se involucran una serie de variables económicas financieras complejas, evidentemente, las leyes aprobadas por el legislador no alcanzan a explicar y a profundizar esa serie de interrelaciones económicas financieras, que tienen vinculación y se relacionan con el campo tributario. En ese sentido el legislador considera ciertas explicaciones legales al gravar los eventos económicos, sin embargo, la ley se queda corta con respecto a ese universo abstracto de eventos económicos que son muy difíciles de explicar con solamente la doctrina del derecho. Por ese motivo las ciencias económicas como en este caso la Contaduría Pública, ayuda a interpretar y explicar esos acontecimientos económicos fiscales que no son tan claros en la ley, y dan un punto de vista científico fiable en los procesos tributarios costarricenses (p. 103).

Si se lleva mal la contabilidad, no cumpliendo con los principios contables, se crea un efecto distorsionado en cuanto a las bases imponibles e impuestos cancelados o por cancelar. Esta situación podría generarse por presentar información financiera falsa, no acorde a la legalidad de los hechos manifiestos y representados por el contribuyente, dando lugar a errores en las bases imponibles presentadas por el contribuyente en detrimento del erario público. Sobre este particular, Kühne (como se citó en Castillo, 2013) afirma lo que, a continuación, se detalla:

Puede causarse el error en el caso de una ya existente falsa representación, porque él parte de la premisa de nuestro mundo interno de representaciones está sometido a un perpetuo cambio de afirmaciones y negaciones y es actualizado permanentemente por percepciones que tomamos del mundo exterior. El proceso de constitución de la voluntad tiene que ver con este procedimiento dinámico (p. 56).

Pero, ¿qué pasa en los casos cuando no se presenta la declaración? La consecuencia es simplemente una infracción administrativa según el artículo 79 (Asamblea Legislativa, Ley 7900) señala, los sujetos pasivos que omitan presentar las declaraciones de autoliquidación de obligaciones tributarias dentro del plazo legal establecido, tendrán una multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario base. Sin embargo, lo que en otros sistemas tributarios no sucede, cuales el caso del argentino, en el que el hecho de no presentar la declaración puede verse como una provocación de engaño mediante omisión y, por tanto, el silencio es suficiente para configurar el delito de estafa, pues el obligado se convierte en garante de la carga tributaria. En relación a este punto, Spolansky (2009), citando a Robiglio, señala que

la expresión “engaño” es suficientemente amplia como para abarcar la conducta activa como la pasiva. En la materia específica penal tributaria, Robiglio traza la analogía al señalar que la falta de presentación de la declaración jurada puede pensarse como una provocación de engaño mediante una omisión consistente en no hacer determinada circunstancia en una situación que exista la obligación de hacerlo. En este sentido, recae sobre los obligados un deber legal de presentar declaraciones juradas en las que deben exponerse verazmente los hechos imposables y liquidarse las cuantías tributarias a ingresar (p. 89).

En ese contexto, la punición del delito fiscal en el régimen argentino acude a un sistema cualitativo, alejándose de un modelo cuantitativo. En Alemania se va más lejos, como ha sido indicado por Borinsky (2013), al decir que la sanción vendrá dada si se omite el deber de declarar y se deja a la Administración fiscal sin datos relevantes que produzcan una reducción de impuestos o una ventaja tributaria en favor del sujeto pasivo.

Con todo, más adelante, el fraude fiscal se torna más complejo, cuando se incorporan elementos de la doctrina tributaria, como lo son las economías de opción, la elusión y evasión fiscal, figuras cuyo análisis es necesario a fin de poder establecer si existe o no un ilícito dependiendo del caso concreto.

Evasión fiscal y elusión legítima e ilegítima

La evasión fiscal puede ser cualquier acción u omisión que vaya en contra de la norma fiscal, provocando bien la reducción, o bien la eliminación total, de la carga tributaria. En este sentido, la evasión es ilícita cuando necesita la especificación de un tipo penal. Ahora bien, existen otras formas de evasión fiscal, como puede ser la elusión fiscal legítima o ilegítima. La primera, se puede entender como una opción que el legislador no consideró, creando confusión y lagunas en la norma jurídica tributaria.

Por lo que respecta a la elusión ilegítima, la norma no es clara, y la economía de opción no está determinada, existiendo una interpretación legal y una utilización de herramientas jurídicas, acorde a las especificaciones del intérprete, no significando con esto que dicha interpretación o uso de instrumentos jurídicos, vaya en contra de ordenamiento jurídico. En tal sentido, Salto (2002) expresa lo siguiente:

Por una parte, el resultado consistiría en una elusión fiscal legítima, si la posibilidad de opción entre un camino jurídico y otro está determinado por la propia norma jurídica, ya sea por mención expresa o tácita (laguna normativa). Por otra parte, si la posibilidad de opción no está determinada en la norma si no que es una auto-atribución del contribuyente mediante una errónea utilización de los instrumentos normativos facilitados por el ordenamiento jurídico, estaríamos en presencia de una elusión fiscal ilegítima (p.175).

No obstante, desde el punto de vista empresarial, la libertad de empresa se fundamenta en la libertad de la utilización de los factores productivos. En el sistema jurídico costarricense se permite la iniciativa privada, ello como resultado del principio de autonomía de la voluntad privada, siempre y cuando el ejercicio de aquella no vaya en contra del ordenamiento jurídico. Igualmente, se permite la libertad contractual, y así, en materia fiscal, la libertad de empresa va intrínsecamente relacionada con las economías de opción. Con este enfoque, Ariño (2004) señala que

cabe tener en cuenta que la “economía de opción” se vincula directamente con la “libertad empresarial” que consiste en la libertad de producción, de organización, de oferta, de modelo y de productos, de atención al cliente, de contratación de servicios, de ubicación y domicilio de su negocio, de horarios de trabajo, de ventas y

de todo cuanto se pueda imaginar para adaptar, en cada momento y en cada lugar, la empresa al entorno: a la sociedad, a las necesidades y preferencia de los ciudadanos (p. 254).

Fraude de ley en materia fiscal

En el fraude de ley, sea la norma de naturaleza fiscal, o no lo sea, no existe una ocultación del hecho generador de la obligación tributaria, pues aquel es transparente. En tal supuesto, lo que se da es la utilización de vehículos jurídicos legales más ventajosos para el contribuyente con el fin de disminuir las cargas fiscales, es decir, se da un rodeo de la norma, utilizando normas de cobertura. Rosembuj (1994), con relación a este tema, tiene escrito lo siguiente:

El fraude de ley en materia tributaria como el resultado de una conducta consistente en evitar la realización del hecho generador o imponible, tal como deriva de su letra, buscando adecuar el comportamiento al presupuesto de hecho de otra norma, llamada norma de cobertura, que regula una situación no incluida en el hecho generador. Sin embargo, pese a que el contribuyente actúa en la creencia de que el ordenamiento ofrece esta alternativa para obtener un ahorro tributario legítimo, el ordenamiento al incluir una norma tendente a evitar el fraude de ley, exige al intérprete de la norma tutelar del espíritu de ésta. Para ello, debe proceder a una interpretación extensiva de la norma tributaria eludida y a una interpretación restrictiva de la norma de cobertura, siempre que pueda entenderse de que ésta ha sido utilizada para una finalidad que no le es típica ni normal (p. 25).

Dando un ejemplo de fraude de ley en materia impositiva, se puede pensar en la sustitución de un contrato de compraventa mediante la configuración de otro negocio jurídico consistente en la formación de una sociedad, donde X aporta maquinaria y Z aporta dinero. A los pocos meses, la sociedad se disuelve, quedando X con el dinero y Z con la maquinaria. En la operación lo que se produce es una sustitución del más elevado costo fiscal de un contrato de compraventa por uno más reducido, como es la constitución y disolución de la sociedad, no siendo ilegal dicha actuación y utilizando la elusión fiscal legítima. Sobre este particular, Salto (2002) afirma que

se puede señalar que existe una clara diferencia entre las figuras del *fraudem legis* y la actividad *contra legem*. En la primera, existe un precepto legal que debe ser cumplido si acontece un determinado hecho o acto. Cuando éste ocurre, el individuo, mediante mecanismos legalmente válidos, evita la aplicación directa de la norma en cuestión. En estos supuestos el contribuyente rodea la norma; el choque no es frontal sino indirecto. Por su parte, cuando se produce un enfrentamiento directo contra el ordenamiento jurídico, y el hecho o acto debido no ha sido realizado, y aún más, no se ampara a ningún texto legal, estamos en presencia de una actividad *contra legem* (p. 192).

La realidad que debe prevalecer y operar desde el punto de vista jurídico es lo que quiso decir el legislador. En orden de prioridad, interesa sobremanera la realidad jurídica y no tanto la económica, aunque en el momento de la formación de la ley se prestó especial atención a dichos elementos y otros, por lo cual. Tener en cuenta tal criterio, implica resolver los problemas en el plano normativo. En este punto, González (1997) afirma lo siguiente:

Ahora bien el combate contra el fraude de ley en la fase de aplicación de las normas, lo que debe hacerse no es indagar sobre el significado económico de la operación, sino buscar la naturaleza jurídica del negocio realizado. Es decir, realizar un análisis de la verdadera naturaleza jurídica del contrato, sin traer para nada a colación la realidad económica. Pues se trata de buscar la coincidencia entra la voluntad de las partes y la causa típica del contrato realizado, y esa es una operación jurídica, que para nada necesita de averiguaciones sobre la realidad económica (p. 73).

El fraude fiscal y la tributación internacional

Actualmente, en el contexto internacional, existe una gran competencia para captar la inversión externa, por tanto, los países desarrollados exportadores de capital para proteger su soberanía fiscal, le dan énfasis al principio de la residencia como forma de proteger los ingresos del fisco de sus nacionales. En efecto, señala Sánchez (2013) que

el criterio de la residencia o criterio personal debe entenderse con la vinculación que tiene el Estado con una persona, para poder ejercer su potestad tributaria, independientemente del lugar en que la renta sujeta a gravamen fue generada (p. 127).

Actualmente, la competencia por la atracción de capitales por medio del establecimiento de reglas claras a nivel internacional, es una de las principales intenciones de los países desarrollados, con establecimiento de modelos de convenios, entre estos el MC ONU (Modelo de Convención de Doble Tributación de las Naciones Unidas entre Países Desarrollados y en Vía de Desarrollo) y el modelo MC OCDE (Modelo de Convención Sobre Ingresos y Capital). Sobre este particular, Rogati (2008) señala que

el MC ONU pone más énfasis en la tributación basada en la fuente, en contraste con la amplia tributación basada en la residencia del MC OCDE. También hace hincapié en el papel de los tratados de impuestos para promover el flujo de inversión extranjera hacia los países en vía de desarrollo. El MC ONU menciona que su objetivo principal es establecer “pautas fiscales para la liberalización y expansión del comercio con el objeto de liberar recursos adicionales que permitan un crecimiento sostenible y promover la coordinación fiscal bilateral” (p. 185).

En los acuerdos fiscales se incluye la protección de los sujetos frente a la doble tributación, con el fin de mejorar la libre circulación del comercio y de las inversiones internacionales y la transferencia de tecnología. También, se trata de evitar ciertas formas de discriminación de los inversores foráneos y ofrecer cierta seguridad jurídica, generando con dichos instrumentos internacionales de confianza. Igualmente, parte de la finalidad de los convenios internacionales es promover el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo, como es el caso de Costa Rica.

Se pretende con dichos instrumentos legales prevenir la elusión y evasión de impuestos a través del intercambio de información entre los diferentes países. Sin embargo, con los tratados de doble imposición, se trata también de eliminar la doble imposición. Actualmente, Costa Rica mantiene varios “convenios de doble imposición” con Alemania, España y México (Listado de Convenios de Doble Imposición Vigentes al 21 de marzo del 2017). Por consiguiente, en ese supuesto, según Salazar (El Financiero 30 de junio del 2017),

Costa Rica se prepara para incorporarse a la mayor red de información para el control fiscal del mundo. A partir del segundo semestre del 2018, Hacienda podrá intercambiar datos automáticamente con más de 105 países, que le permitirán vigilar con más cuidado a los contribuyentes (p. 31).

Ciertamente, en la práctica, muchos de los países desarrollados trasladan su capital y sus beneficios a los países de baja tributación (incluidos los paraísos fiscales), creando con esto el deterioro o bien erosión de las bases imponibles del impuesto sobre la renta, por ello, Barbot (2003) expresa que “pueden ser considerados como países que se presentan abiertamente como paraísos fiscales, permitiendo escapar al impuesto que sería normalmente debido en los países de tributación relativamente elevada” (p. 4).

Criterios de sujeción del impuesto sobre la renta en Costa Rica

En el sistema tributario costarricense se gravan las rentas generadas en el territorio nacional, recayendo el impuesto de renta en aquellas que corresponden a servicios y bienes que se desarrollan por actividades lucrativas (artículo 1º de la Ley del Impuesto de Renta, Asamblea Legislativa, 1988). Este régimen se basa principalmente en el principio de territorialidad y en el de la fuente. Dicho artículo 1º establece un impuesto sobre las utilidades que perciban las personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades lucrativas en el país. De tal modo, el hecho generador del tributo lo constituye la percepción de rentas en dinero o en especie, continuas u ocasionales, provenientes de cualquier fuente costarricense.

Según fallo N° 217-2004 de las catorce horas del diecinueve de julio del año dos mil cuatro del Tribunal Contencioso Administrativo (como se citó en Oficio DGT-1320-2016 de la Dirección General de Tributación, Ministerio de Hacienda, República de Costa Rica), al declarar lo siguiente:

Según la normativa citada, el principio de territorialidad se constituye en un límite o en un marco a efecto de determinar la potestad del Estado de gravar los incrementos patrimoniales de los contribuyentes. Sin embargo, en criterio de este Tribunal, dicho principio, contemplado en el artículo anteriormente transcrito, no debe entenderse como referido únicamente a un aspecto espacial o geográfico, pues en realidad comprende la relación que pueda existir entre el acreedor del tributo y la fuente

productora de los ingresos, de manera que si dicha fuente se ubica en el territorio nacional, la renta deberá entenderse como sujeta al impuesto en cuestión. Así, a fin de determinar la impositividad del tributo, corresponde analizar el origen de la renta, de forma tal que si éste se encuentra en una actividad desarrollada en nuestro país, corresponderá gravarla con el impuesto sobre la renta.

Esto significa que se vende fuera del territorio nacional bienes y servicios; sin embargo, la estructura económica de activos productoras de dichos bienes y servicios para la venta, se encuentran ubicados o bien domiciliados en Costa Rica, circunstancias que la Administración Tributaria ha considerado necesarias gravar dichas rentas extraterritoriales por la vinculación económica existente.

Con respecto a la territorialidad en razón del pago del impuesto sobre las remesas al exterior, la Ley del Impuesto sobre la Renta establece (artículos 52 y 53) que este impuesto grava toda renta o beneficio de fuente costarricense destinado al exterior, donde el hecho generador del impuesto se produce cuando la renta o beneficio se pague, acredite o de cualquier forma se ponga a disposición de personas no domiciliadas en el país. En esa tesitura, existe un Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta en la Asamblea Legislativa, bajo el N° 19.679 en el que se pretende pasar a un criterio de renta reforzada y después realizar la transición en un futuro a un principio de renta global, basado sobre el principio de la residencia. La idea principal del proyecto, una vez realizada la transición, es poder gravar las rentas territoriales y extraterritoriales en Costa Rica, y no dejar, con base en la Ley actual, el fundamento de “la territorialidad”, a una interpretación discrecional, extensiva y elástica de la Administración Tributaria.

En este supuesto, la interpretación actual de la Ley se vuelve confusa y genera inseguridad jurídica para los sujetos que se encuentran domiciliados en Costa Rica y que tienen operaciones económicas fuera del territorio nacional. El problema es a cuál país le corresponde gravar las rentas extraterritoriales si Costa Rica, por medio de su potestad tributaria, decide gravar lo que se encuentra dentro y fuera de su territorio. Pero, podría darse el caso de que otro país también decidiese gravar las rentas derivadas del territorio costarricense, emergiendo de esta forma un problema o conflicto de doble imposición de la jurisdicción o bien dos jurisdicciones que imponen el tributo. Recuérdese, y tomando que Costa Rica, como se dijo inicialmente, mantiene solamente tres convenios de doble imposición. Según Macintyre (como se citó en Sanchez, 2013), se pueden dar tres tipos de doble imposición tributaria, emergen a partir de los conflictos derivados de la imposición, a saber:

Doble Imposición Fuente-Fuente: Dos o más Estados reclaman el derecho de imponer el gravamen a la misma renta de un contribuyente, en tanto cada Estado alega que la renta fue producida en su territorio.

Doble Imposición Residencia-Residencia: Dos o más Estados reclaman el derecho de imponer el gravamen a la misma renta de un contribuyente, en tanto cada Estado alega que este es ciudadano de su Estado.

Doble Imposición Residencia-fuente: Un estado reclama el derecho de gravar una renta producida en el exterior, en tanto el contribuyente es ciudadano de su estado, y otro Estado reclama el derecho de imponer el gravamen, en tanto la renta fue producida en su territorio (p. 27).

El fraude fiscal y la planificación fiscal agresiva internacional

En un mundo globalizado las empresas costarricenses tratan de optimizar los recursos fiscales, no es ilegal llevar a cabo estrategias buscando mecanismos de cómo reducir las rentas con la finalidad de que estos ahorros impositivos sean utilizados en otras formas de financiamiento operativo, inversión o bien de capital sí hablamos en términos financieros.

En la planificación fiscal internacional, las empresas transnacionales prevén la utilización eficiente y eficaz de la reducción de las cargas fiscales, buscando mecanismos legales como las economías de opción o bien la elusión fiscal a nivel internacional (ver primer apartado). Lampreave (como se citó en Abal, 2011), refiriéndose concretamente a la planificación fiscal internacional, la viene a definir como la “técnica jurídicamente lícita, a través de la cual se llevan a cabo transacciones transfronterizas bajo el amparo de los principios fiscales internacionales y con el objeto de lograr una optimización de los recursos” (p. 6).

La planificación fiscal es un mecanismo mediante el cual se permite reducir los impuestos de manera aceptable, mientras que las prácticas evasivas y elusivas de impuestos, deben ser revisadas contantemente por los legisladores, ya que estas suelen ser contrarias a la equidad fiscal, lo que tiene graves efectos presupuestarios y repercute en la existencia de una competencia internacional ilícita.

El asunto de fondo es que nuestra legislación fiscal, es no dimensionar con precisión cuando es una conducta abusiva o bien elusiva de impuestos, si bien en nuestra legislación no se

establece con precisión la diferencia, quedará a criterio o bien interpretación por parte de la Administración Tributaria o bien del sujeto pasivo, estimulando con estas actuaciones con cierto poder desproporcionado y creando así cierta inseguridad jurídica de uno u otro lado. Según Prieto (1995), “se trata, en definitiva, de un mecanismo de optimización de los recursos legales, consistente en elegir la opción menos gravosa de entre todas las que ofrece la legislación tributaria” (p. 121).

La planificación fiscal internacional busca diferentes caminos legales para reducir los impuestos, y se escoge la que genere mayor ahorro fiscal, resultando por tanto la más favorable. Podemos advertir que las economías de opción según lo visto en el primer apartado son las alternativas más viables, y por lo tanto, son las que pueden generar menos riesgos en la aplicación práctica legal; sin embargo, existe la elusión fiscal como una forma de generar ahorros fiscales, buscando mecanismos alternativos o bien artificiales, consistente en una conducta destinada a obstaculizar el nacimiento de la obligación tributaria, evitando pero no ocultando las formas legales utilizadas, esto también sucede en el ámbito de la tributación internacional. Según la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE (2013),

destaca como principales formas de Planificación Fiscal Agresiva se encuentran la transmisión de deuda de sociedades matrices a filiales, técnicas de deducción artificial de intereses, técnicas utilizadas para evitar las retenciones en el Estado de la fuente y para eludir las normas que resulten aplicables a sociedades extranjeras del grupo y la subcapitalización (p. 85).

La planificación fiscal internacional va más allá del mero estudio de las diferentes opciones fiscales a nivel internacional, y se estructura una forma de organización empresarial, buscando idear formas jurídicas para lograr reducir las rentas obtenidas en un país o bien que estas no queden gravadas o sean reducidas; en tal sentido, se busca un tratamiento fiscal más favorable, así, se explotan los portillos e incoherencias de las normas y se abusa del derecho, según lo comentado en el primer apartado la elusión fiscal legítima, dicho en otras palabras, Torrealba (2016), acepta la elusión legítima en los siguientes términos:

En todo caso, me parece absolutamente importante subrayar que la palabra “elusión” es ambigua, pues en materia tributaria se acepta legítima la llamada “elusión legítima” o “economía de opción” El derecho del contribuyente a buscar formas legítimas del

contribuyente a buscar formas legítimas de ahorro fiscal ha sido reconocido por la Sala Primera de la corte en su sentencia 1181-09; es decir, la elusión puede ser totalmente legal cuando se base en economías de opción que el propio ordenamiento da, sea voluntariamente o por imperfecciones en la ley, las cuales solo pueden ser corregidas mediante reforma legal. (p. 25).

Bajo estas interpretaciones, las formas elusivas forman parte de la planificación de las corporaciones, es un campo de acción legítimo, simplemente, no está prohibido por la ley, ya que no se expresan en la ley, o bien se interpretan de la forma más literal posible, a conveniencia del sujeto pasivo o interprete. Sin embargo, estas actuaciones traen un detrimento en las arcas del Estado y en el bienestar social de la sociedad costarricense. Con este fundamento, Piedra (2016) sostiene que

quienes defienden la ahora denominada “elusión legítima”, han creado la falsa sensación de que por tratarse de un vacío legal, el pagar o no los impuestos depende de la propia voluntad del contribuyente, como si nos encontráramos ante un acto voluntario y no ante una obligación (p. 39)

Los paraísos fiscales y el fraude fiscal

La Real Academia Española (RAE, 2015) la cual enuncia que un paraíso fiscal es, un “...País o territorio donde la ausencia o parvedad (pequeñez) de impuestos y controles financieros aplicables a los extranjeros residentes constituye un eficaz incentivo para atraer capitales del exterior”. La parvedad de impuestos podría encontrarse en la práctica principalmente en la baja o nula tributación de impuestos, que reciben los “no residentes”, cuando introducen sus capitales en dichos territorios, generando un estímulo de ahorro de impuestos importante en su situación financiera de estos. Con respecto a este tema manifiesta Bafumo (2015) lo siguiente:

Es así que con toda esta información recabada se puede concluir que un paraíso fiscal es un espacio físico donde personas físicas o sociedades, no residentes, valiéndose de ventajas del régimen especial tributario adoptado, realizan operaciones, que conllevan a un beneficio impositivo, que de darse en el lugar de origen de la fuente no se obtendrían (p. 7).

Así, al referirnos a paraísos fiscales estaremos haciendo énfasis a aquellos territorios que poseen un sistema fiscal que ofrece una tributación muy baja, generalmente tiene amplia relación con los impuestos directos por ejemplo renta, y que facilita la planificación fiscal de contribuyentes por medio de la elusión fiscal pertenecientes a otros territorios o países. En este supuesto, Giuseppe (2003) señala que

los paraísos fiscales pueden definirse como aquellos Estados, territorios o jurisdicciones que no tienen imposición a las ganancias, o la aplican a tarifas muy bajas, con serias limitaciones en el intercambio de información y una marcada ausencia de transparencia. Adicionalmente, el concepto de paraíso fiscal abarca aspectos que exceden la mera consideración tributaria, llegando al terreno societario, bancario y penal, lo que explica el nivel de desconfianza que despiertan estas jurisdicciones en las administraciones fiscales de los países con sistemas tributarios ordinarios (p. 181).

La expresión de “paraíso fiscal” se utiliza para identificar aquellos territorios que establecen ventajas fiscales y controles laxos con la finalidad de atraer capitales extranjeros, sin embargo, según lo escrito resulta difícil encontrar una sola definición de paraíso fiscal. Respecto a este punto, Barbot (2003) indica que

es un hecho reconocido que no existe una definición rigurosa y única de paraíso fiscal. Por regla general se atribuyen a los paraísos fiscales las características que enumeramos en el punto anterior: la existencia de un régimen fiscal muy favorable en materia de impuestos sobre la renta, asociada a una legislación societaria y financiera flexible, la ausencia de control y restricciones cambiarias, secreto bancario y comercial y ausencia de intercambio de información, complementado por un buen sistema de comunicaciones y estabilidad política y social (p. 3).

Al no tener clara la definición de “paraíso fiscal”, el límite entre la economía fiscal y el fraude fiscal resulta muy difuso cuando se utilizan dichos territorios de baja tributación, por lo que resulta fácil presumir de quienes los utilizan con una intención de evitar el control fiscal y así también no pagar los impuestos. Según ponencia de Priscila Piedra (2016) en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el mecanismo de utilización de aquellos territorios, es un instrumento de competencia fiscal nociva, tributación de baja o una nula tributación, que, mediante normas internas, garantizan la opacidad de las transacciones con falta absoluta de registros y controles, pues no recaudan impuestos en el territorio, o sea de un carácter

meramente nominal. Además, no existen intercambio de información, las autoridades no son transparentes y, finalmente, que se puede ser residente en el territorio con una simple dirección postal.

En ese aspecto, los sistemas fiscales internos de cada país pueden ser diferentes, y lo cierto es que alguno puede mostrar mayores debilidades en ciertos aspectos señalados, o bien, por lo contrario, puede suceder que tengan fortalezas en otros aspectos. Por ejemplo, bajo esos supuestos, un país X puede ser que tenga muchos “convenios de información” y “convenios de doble imposición”; también, X es muy fuerte en “la transparencia” de la información fiscal, o bien, en el otro supuesto, un país Y permite que la estructura tributaria en su legislación acepte ciertas ventajas tarifarias fiscales, como ocurre con los países de baja tributación, pero es muy débil en la transparencia de la información. En este sentido, se constata que depende mucho de las decisiones regulatorias de cada país, priorizando algunos aspectos señalados y en otros no.

De otra parte, también condiciona mucho de la soberanía de cada país, conforme al criterio de Schomberger (2007), al indicar que

la competencia tarifaria entre sistemas fiscales es legítima, tal y como afirma la OCDE, en el sentido de que no existen particulares razones para afirmar que dos países deban tener el mismo nivel y estructura de tributación, y de que dicha práctica de reducción del nivel de tributación depende exclusivamente de consideraciones de orden interno, que de manera ineludible están atadas al concepto de soberanía de cada Estado (p.316).

Ahora bien, hoy en día vivimos en un mundo globalizado en donde existen interacciones económicas complejas, entre ellas incluidas las entradas y salidas de capitales, así como las disputas entre los países para la captarlos, lo cual los sistemas internos tributarios deben ajustarse, a esas necesidades de la tributación internacional de hoy en día, en esta tesitura, Schomberger (2007) (citando reporte de la OCDE sobre prácticas fiscales dañinas 1998) expone lo siguiente:

El desarrollo de la globalización y el libre movimiento de flujos de capitales, han cambiado la forma en que los sistemas fiscales de los países se relacionan mutuamente. Se explica allí que, en la era de la globalización, no solamente existe una íntima

relación entre los sistemas fiscales, en razón a las transacciones y operaciones internacionales de los residentes de un Estado con similares de otro, sino en la presencia y disputa por la inversión extranjera y por estos flujos de capital, lo cual ha llevado a que dichos países realicen reformas en orden a ajustar sus sistemas fiscales a ciertos principios y parámetros, en pos de alcanzar de esta manera una mayor eficiencia y seguridad jurídica, para atraer los mencionados flujos de capital (p. 315).

Costa Rica, ¿un paraíso fiscal?

La historia de Costa Rica en este tema de ser o no un paraíso fiscal comienza con la OCDE en el año 1998, cuando este organismo le exige a Costa Rica cumplir con acciones puntuales para combatir la competencia fiscal perniciosa. En ese aspecto comenta González (2011) lo siguiente,

Costa Rica, a pesar de no ser un país miembro de la OCDE, fue identificada desde 1998 como un país que requiere adecuar su normativa a las recomendaciones emitidas por esta Organización, por contener en su legislación elementos que satisfacen los parámetros establecidos por el Informe de la OCDE de 1998 para calificar un país como paraíso fiscal, aun cuando no fue declarada como tal (p. 17).

Una de las principales causas fue la adopción del principio de territorialidad, que si bien no es en sí mismo un régimen que otorga este tipo de beneficios fiscales directos, los genera indirectamente al excluir de las rentas generadas fuera del territorio costarricense. Por otro lado, la OCDE mantiene una lista en la cual establece los parámetros de cumplimiento, según las disposiciones y políticas en el tratamiento de los paraísos fiscales, según se desprende de los siguientes datos:

Asimismo, como resultado de los Informes de Progreso de la OCDE se crearon las siguientes listas: a) la “lista negra”, que incluye las jurisdicciones que no se hubiesen comprometido a implementar los estándares impositivos acordados internacionalmente; b) la “lista gris”, que incluye las jurisdicciones que se habían comprometido a aplicar esos estándares, pero todavía no lo hubiesen hecho en forma

sustancial y; c) la “lista blanca”, que incluye las jurisdicciones que han aplicado en forma sustancial los estándares impositivos acordados internacionalmente (p. 16).

El 2 de abril del 2009 la OCDE (2009) hace pública la lista de no cooperantes (lista negra) en la que se incluyó a Costa Rica. *Jurisdictions that have not committed to the internationally agreed tax standard*: Costa Rica, Philippines, Malaysia (Labuan), Uruguay. Dos días después, el 4 de abril del 2009, se traslada a Costa Rica a la lista gris de jurisdicciones no cooperantes, según CentralamericaData.com, información de negocios (el 7 de abril del 2009). Para ello, según la misma información, bastó remitir una comunicación a la OCDE, con el compromiso de adoptar el estándar internacional para el intercambio de información tributaria.

Entre los motivos por los cuales se incluyó a Costa Rica en dicha lista, según ponencia de Piedra (abril, 2016), fueron: Existencia del secreto bancario, inexistencia de acuerdos de información —cumpliendo estándares internacionales—, creación de sociedades de papel, y la facilitación de establecimiento de entidades extranjeras sin necesidad que contaran con una presencia local.

Costa Rica ha venido trabajando desde el año 2010 y realizando ciertos cambios para cumplir con las disposiciones emitidas por la OCDE. En este contexto, en el mes de junio del 2011, según González (2011),

se logra suscribir doce convenios de intercambio de información que le permiten su traslado de la lista gris a la lista blanca de países que han implementado sustancialmente el estándar internacional de intercambio de información fiscal, logrando con ello evitar ser objeto de sanciones económicas por parte de los países de la OCDE (p. 22).

En la Ley para el Cumplimiento Estándar de Transparencia Fiscal (Asamblea Legislativa, 2012) se establece que Costa Rica deberá estar facultada para solicitar y a su vez intercambiar todo tipo de información fiscal con otros estados, siempre y cuando se posea un convenio de información con la otra jurisdicción. Al 7 de diciembre del 2016, según el Ministerio de Hacienda (Gobierno de la República, 2017), Costa Rica mantiene vigente y en trámite de aprobación un total de 23 acuerdos de intercambio de información, también se ha suscrito convenios de

doble imposición con tres países². Según DataAmamerica.com (5 de julio del 2011), citando a la OCDE, tras completar doce acuerdos de intercambio de información tributaria con otros tantos países, se anunció que la OCDE excluyó a Costa Rica de su lista gris.

Ahora bien, con respecto al secreto bancario, según la OCDE (2003), los Estados están de acuerdo en la confidencialidad bancaria, pero ello no impide la obtención de pruebas documentales a través de los bancos en los casos de fraude, ni su remisión a las autoridades pertinentes del Estado requirente (p. 11); en este sentido en la ley 9068 en su artículo 106 ter.se establece un procedimiento para requerir información a las entidades financieras, siempre y cuando en tanto sea esta previsiblemente para efectos tributarios.

Por otro lado, en aras de buscar la transparencia de quienes son los accionistas de las sociedades, se modifica el artículo 120 del Comercio de Comercio (Asamblea Legislativa, 1964), norma que regula las acciones de sociedades, con el fin de aclarar que cualquier tipo de acción, “ya sea común, preferente u otro título patrimonial”, deberá ser nominativas y no al portador.

Otro de los aspectos importantes según la citada Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal, es la creación de un registro de accionistas, en el cual se permite el acceso de la información de personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, permitiendo a las Administraciones Tributarias, tener nuevas herramientas para los procesos de fiscalización futuras.

Conclusiones

El fraude fiscal incide negativamente en la percepción que tiene la población de sus instituciones públicas, dañan intensamente nuestro orden económico y social, y reflejan una pobre visión “país” en el contexto económico y político internacional, corriéndose el riesgo de una calificación negativa, cual puede ser la del “paraíso fiscal”.

En la planificación fiscal agresiva, el sujeto pasivo busca lagunas en la ley con el fin de disminuir o bien diferir el pago de impuestos, ahora bien, estos mecanismos resultan

² Ver apartado: fraude fiscal y tributación internacional.

contraproducentes, ya que al interpretar con base argumentos legales válidos para disminuir las cuantías tributarias, dejan de ingresar recursos frescos a las arcas del Estado para financiar obra social y servicios públicos y cumplir sus fines públicos.

Pero, de otra parte, si se enfoca desde la mira del derecho privado (o bien los derechos del sector privado), las empresas compiten por recursos financieros y deben optimizar los recursos económicos y fiscales. Este ahorro de impuestos podría hacer, en muchos casos, la diferencia entre continuar en el mercado (continuación de la empresa), o bien desaparecer. Al fin y al cabo, la discusión podría enfocarse desde el punto de vista legal y ético, sin embargo, el legislador debe cerrar la brecha regulando las conductas por medio de la técnica legislativa o sea por medio del principio de la reserva de ley.

En el contexto internacional existe una lucha por la captación de inversiones por parte de los países exportadores de capital que son en su mayoría pertenecen al G20 de la OCDE, cuyo modelo se aplica al concepto de la residencia, ahora bien, los captadores de esa inversión aplican el criterio de la fuente o bien territorialidad. En esa tesitura, se trata por medio de los convenios que los exportadores de capital como los importadores de capital sea neutro, en el sentido que no exista ningún distorsionante fiscal o beneficio en la tarifa fiscal, con el fin de introducir esos capitales en esos territorios de baja tributación.

Por ese motivo los países G20 por medio de la OCDE, establece listas con el fin de controlar la competencia fiscal dañina y fijar cuales de esos países de la fuente suministra la información de esos residentes, con el fin de controlar esas operaciones extraterritoriales.

En la práctica empresarial internacional, muchas empresas tienen operaciones en paraísos fiscales lo cual es legítimo, y en tal sentido se debe reconocer a los sujetos inicialmente el derecho de acreditar la buena fe de sus operaciones en citadas jurisdicciones, siempre y cuando no se demuestre lo contrario, igualmente muchos contribuyentes utilizan prácticas de planificación fiscal o bien elusión fiscal, con el fin de administrar las cargas fiscales, lo cual no significa que sea ilegal.

En Costa Rica se ha venido trabajando junto a la OCDE en modernizar y adecuar las normas tributarias de carácter internacional, que permitan identificar y regular la utilización de formas y estructuras jurídicas económicas nacionales e internacionales con el fin de evitar la elusión y la evasión fiscal, sin embargo, el legislador no ha analizado y ponderado las medidas que lleva a cabo el Estado con el objetivo de evitar la evasión impositiva y la elusión fiscal. En

mucho de los cambios acaecidos son por compromisos con organismos internacionales y no con la finalidad verdaderamente de combatir el fraude fiscal.

Costa Rica según la OCDE, al día de hoy, por haber firmado doce acuerdos de intercambios de información, no se encuentra en la lista de paraísos fiscales.

Recomendaciones

1. Se hace necesario revisar las implicaciones sociales, jurídicas y económicas del fraude fiscal en la sociedad costarricense, por tal motivo debe pensarse en el tipo de país que tenemos hoy y ahondarse y tomar acciones inmediatas al país que deseáramos en el futuro, en esa línea debe también reestructurarse nuestro sistema tributario, así como readecuar y modernizar la teoría del fraude fiscal en el sistema jurídico costarricense.
2. El legislador debe reflexionar y revisar diligentemente la redacción de las normas tributarias, cimentando estos aspectos con el fin de limitarlos y ajustarlos conjuntamente con el espíritu en sí de la creación de la norma. Estas deben diseñarse, redactarse y aprobarse adicionando elementos técnicos jurídicos y hermenéuticos adecuados y también sistematizados, que tengan una relación lógica con el resto del sistema jurídico y no contradictoria con este, generando confusión en la decisión del intérprete.
3. Para tener conocimiento de las rentas de los residentes, se requiere una red de acuerdos de tratados de información y de doble imposición, así como un importante énfasis en las medidas legales de transparencia fiscal y de anti-evasión y anti-elusión fiscal. También, debe aclararse que los convenios internacionales no deben facilitar el fraude legal por medio de la elusión fiscal.
4. Implementar las acciones correctivas de la OCDE y salir de la lista gris, para pasar a una lista blanca que incluye las naciones que han aplicado en forma sustancial los estándares impositivos acordados internacionalmente.

Referencias

- Abal, A. (2014). *La planificación fiscal agresiva de las multinacionales europeas en el impuesto sobre las sociedades*. Recuperado de <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/831/1/TFG000825.pdf>

- Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. N° 3 edición ampliada. Comares, Granada. España.*
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1964). *Código de Comercio*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=3284
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1988). *Ley del Impuesto sobre la Renta. Ley N° 7098*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=7092
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1995). *Ley de Justicia Tributaria. Ley N° 7.535*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=7535
- Asamblea Legislativa, Costa Rica. (1999). *Modificación del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, ley n° 4755, de 03 de mayo de 1971, y sus Reformas*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=7900
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2012). *Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal. Ley N° 9068*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=9068
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2012). *Ley para el Fortalecimiento de la Gestión Tributaria Ley N° 9.069*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Leyes.aspx?Numero_Ley=9069
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2015). *Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta. Proyecto N° 19.769*. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=19679
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2016). *Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal. Ley N° 9.416*. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=83186&nValor3=106701&strTipM=FN

- Barbot T. (2003). *Definición y utilización de paraísos fiscales y medidas de combate*. Conferencia Técnica. Centro Interamericano de las Administraciones Tributarias (CIAT). Recuperado de <file:///C:/Users/User/Documents/Cursos%20Universidad/Cursos%20Universidad/Práctica%20Profesional/Proyecto%20Graduación/Jurisprudencia/Definición%20paraiso%20fiscal.pdf>
- Borinsky, M. H. (2013). *Fraude a la hacienda pública*. Buenos Aires: Didot.
- Castillo, F. (2013). *El delito de estafa*. (2ª. ed.). San José: Editorial Jurídica Continental.
- CentralamericaData.com (5 de julio del 20011). *Costa Rica sale de lista de paraísos fiscales*. Recuperado de http://www.centralamericadata.com/es/article/home/Costa_Rica_sale_de_lista_de_parasos_fiscales
- CentralamericaData.com, información de negocios (7 de abril del 2009). *Costa Rica: de “lista negra” a “lista gris” de OCDE*. Recuperado de http://www.centralamericadata.com/es/article/home/Costa_Rica_de_lista_negra_a_lista_gris_de_OCDE
- Dafumo, F. (2015). *Paraísos fiscales: problemática, análisis y tratamiento en la legislación argentina en los últimos 5 años*. Recuperado de <file:///C:/Users/User/Documents/Cursos%20Universidad/Cursos%20Universidad/Práctica%20Profesional/Proyecto%20Graduación/Paraisos%20fiscales%20tesis%20Argentina.pdf>
- Folco, C. M. (2004). *Asociación ilícita en materia tributaria: Ley 25874*. Santa Fe. Argentina: Biscayet.
- Gobierno de la República de Costa Rica. Ministerio de Hacienda. (2011). *Oficio DGT-1320-2016 de la Dirección General de Tributación*. Recuperado de http://196.40.56.20/SCIJ_MHDA/docjur/mhda_docjur.aspx?nBaseDato=1&nDocJur=17912
- Gobierno de la República de Costa Rica. Ministerio de Hacienda. (2017). *Listado de convenios de doble imposición vigentes al 21 de marzo del 2017*. Recuperado de <http://www.hacienda.go.cr/contenido/13855-listado-de-convenios-de-doble-imposicion-vigentes>
- Gobierno de la República de Costa Rica. Ministerio de Hacienda. (2017). *Listado de acuerdos de intercambio de información vigentes, en proceso de intercambio de notas y/o en proceso de aprobación legislativa*. Recuperado de <http://www.hacienda.go.cr/contenido/13853-listado-de-acuerdos-de-intercambio-de-informacion-vigentes-en-proceso-de-intercambio-de-notas-yo-en-proceso-de-aprobacion-legislativa>

- González, E. (1997). *La interpretación de las normas tributarias*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.
- González, G. (2011). La situación de Costa Rica ante la OCDE: Pasado, presente y futuro. *Revista Electrónica de la Facultad [sic] de Derecho, ULACIT - Derecho en Sociedad, N° 1, Julio, 2011*. Recuperado de http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/2_des01_art02.pdf
- Hendlrer, E. (1990). Una aproximación al tema de los delitos económicos. *Publicado en parte en Revista Jurídica de Buenos Aires*. Edit. Abeledo-Perrot, 1990-II-pp.115/123. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=35
- Kühne, H. H. (1978). *Geschäftstüchtigkeit Oder Betrug?* Kehl am Rhein, Alemania: s. e.
- Martin, E. (1990). *Estudio específico del incumplimiento de la obligación legal de la contabilidad en el derecho tributario, constitución y normas tributarias*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.
- Marino, G. (2003). La consideración de los paraísos fiscales y su evolución. Curso de derecho tributario internacional. T. II. Bogotá: Temis.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. OCDE. (2003). Mejora del acceso a la Información bancaria con fines tributarios. *Informe de Progreso 2003, OCDE, Paris, Francia, para la edición española. Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010*. Recuperado de: http://www.ief.es?documentos/recursos/publicaciones/librosOCDE/02_InformeProgreso.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. OCDE. (2009). A progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD global forum in implementing the internationally agreed tax standard. Jurisdictions that have not committed to the internationally agreed tax standard. Recuperado de <http://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2009/04/listaocde.pdf>
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. OCDE. (2013). Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing, p. 85. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.
- Piedra, P. (abril, 2016). Mesa Redonda: Panamá-papers: Paraísos fiscales y anonimato en los registros de accionistas. *Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=UffTnWflwp0>

- Piedra, P. (2016) *La falacia de la elusión tributaria legítima*. Recuperado de http://www.elfinancierocr.com/opinion/Opinion-Priscila_Piedra-elusion-impuestos-contribuyente_0_960503950.html
- Prieto, M. J. (1995). La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. *Revista de Estudios Europeos* N° 11.
- Real Academia Española (2015). Término: paraísos fiscales. Disponible en <http://lema.rae.es>
- Rosembuj, T. (1994). *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons.
- Rohatgi, R. (2008). *Principios básicos de tributación internacional*. Colombia: Legis Editores.
- Rothe, L. E. (2005). *La aplicación de la doctrina contable en el estudio de los impuestos en Costa Rica*. Tesis de Maestría. San José: ULACIT
- Salazar, D. (2017). País se integrará a red global de información para control fiscal. *El Financiero*, p.31, 30 de junio del 2017.
- Salto, D. (2002). *Fraude y evasión fiscal*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez-Conejo, P. (2013). *Manual de derecho tributario*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Schomberger, J. (2007). La problemática actual de los paraísos fiscales. Monografía de graduación. Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Soler, O. H. (2008). *Derecho tributario*. (3ª. ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Spolansky, N. (2009). La estafa y el silencio. *Revista de derecho penal económico, Derecho penal tributario III, tomo III, Ruzinbal-Culzoni Santa Fe*.
- Torrealba, A. (4 de enero del 2016). Se acepta la elusión legítima. *Seminario Universidad*. (p.25)

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA *DERECHO EN SOCIEDAD*

(Vigentes al 2 de mayo del 2017)

La Revista *Derecho en Sociedad* es una publicación electrónica semestral de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) de San José, Costa Rica. Puede ser accedida en la página de ULACIT <http://www.ulacit.ac.cr/>

Sus artículos e investigaciones están relacionados con el campo de las ciencias jurídicas. En la Revista pueden publicar estudiantes, profesores y graduados de ULACIT, así como especialistas en cualquier área del Derecho, aunque no formen parte de esa comunidad universitaria.

Contenido de la Revista

La Revista prevé la publicación de artículos de fondo que sean resultado de investigaciones realizadas de forma autónoma o que hayan podido constituir memorias de graduación o ensayos individuales o colaborativos en materias de los diferentes ciclos de la carrera de Derecho.

Normas de publicación

- Los artículos remitidos para su publicación deberán ser originales e inéditos, y que no hayan sido enviados a otros medios con el mismo fin. El envío de un artículo implica que es inédito y que no ha sido publicado, ni se encuentra en consideración en otra Revista. Excepcionalmente y a criterio del Consejo Editorial y de la Dirección de la Revista, se podrán admitir artículos o conferencias de otras publicaciones en consideración a su relevancia. En este último caso, deberán indicarse, de modo expreso, los datos de la publicación previa, siempre y cuando el autor releve de toda responsabilidad a ULACIT frente a terceros.
- El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos. Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otro medio, deberá hacerlo indicando en este último, de modo expreso, los datos de su publicación previa en la Revista *Derecho en Sociedad* de la Escuela de Derecho, ULACIT.
- Los contenidos y opiniones que se puedan verter en cada artículo son responsabilidad exclusiva del autor, no de la Revista, de su Dirección, de su Consejo Editorial ni de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.

- La solicitud, junto con el artículo, han de enviarse a la dirección electrónica: revistaderecho@ulacit.ac.cr, a nombre del director de la Revista, Lic. Vicente Calatayud Ponce de León. No se recibirán artículos impresos.
- En la petición, el autor habrá de consignar los siguientes datos que serán incluidos a pie de página en la publicación:
 - ✓ nombre y apellidos
 - ✓ actividad profesional
 - ✓ calidades profesionales y académicas
 - ✓ entidad y país en el que labora
- Además, se deberá indicar la información que figura a continuación respecto de la cual se guardará confidencialidad:
 - ✓ número de documento de identidad con indicación del país
 - ✓ teléfono con prefijo del país
 - ✓ resumen del currículum vitae
 - ✓ dirección de correo electrónico
- La Revista tiene una periodicidad semestral. Cada número aparece en los meses de marzo y setiembre, salvo que la Dirección y el Consejo Editorial dispongan otras fechas.
- La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de marzo debe presentarse antes del 1º de diciembre previo.
- La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de setiembre debe presentarse antes del 1º de julio previo.
- La selección de los artículos por publicar estará a cargo del Consejo Editorial de la Revista y el documento sometido a su consideración deberá cumplir con los siguientes requisitos:
 - ✓ márgenes justificados de 3 cm
 - ✓ tipo letra Times New Roman, tamaño 12
 - ✓ párrafos sin sangría
 - ✓ espaciado sencillo, con dos espacios entre párrafos
 - ✓ extensión máxima de los artículos: de 3.500 a 7.000 palabras
 - ✓ formato APA de referenciación, con carácter obligatorio
- Los trabajos irán acompañados de dos resúmenes del trabajo, uno en español y otro en inglés, los cuales deberán ser un compendio de las ideas esenciales y los resultados del trabajo. La extensión de cada resumen no excederá las 150 palabras y, en lo posible, estará constituido por un solo párrafo. Se incluirá un máximo de seis palabras claves (tres en inglés y tres en español), con las que se identifiquen los trabajos.

- El título del artículo, el nombre del autor o autores y el resumen aparecerán en la página uno. A continuación iniciará el texto del trabajo.
- Al final de la primera página del trabajo (como pie de página) se incluirá el grado académico y ocupación profesional o académica del autor, junto con su e 'mail.
- Si el artículo contiene cuadros, gráficos, mapas o ilustraciones, estos deben estar numerados de forma secuencial y adicionar la fuente de los datos. Estos anexos deben estar en el formato JPG.
- Las referencias se incluirán al final del trabajo, de acuerdo con los parámetros establecidos por la APA (6ª. edición).
- Las notas se relacionarán numeradas al pie de página. Si dichas notas incluyesen referencias bibliográficas o virtuales, se citarán según el formato establecido por la APA para estos casos.
- Los artículos serán enviados a revisión filológica, por lo que los autores deberán acceder a los cambios recomendados por el profesional contratado por ULACIT.
- El rechazo de los trabajos o cualquier discrepancia sobre estos será resuelta por el Consejo Editorial sin posibilidad de reclamo contra la decisión de dicho órgano.
- La entrega de los artículos o investigaciones supone la aceptación de las anteriores normas, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse del contrato de publicación, una vez aceptada la obra para su inserción en la Revista.
- La Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, en conjunto con la Dirección y el Consejo Editorial de la Revista, podrán modificar, parcial o totalmente, las presentes normas cuando lo estimen oportuno.

[REGRESAR AL ÍNDICE](#)

CONSEJO EDITORIAL

El Consejo Editorial de la Revista será el encargado de revisar y dictaminar sobre los artículos entregados, así como de velar por la línea editorial de la Revista. El Consejo está compuesto por las siguientes personas:

- M.Sc. Juan Alberto Corrales Ramírez, director de la Escuela de Derecho de ULACIT.
- Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, profesor-investigador de la Escuela de Derecho de ULACIT; director de la Revista *Derecho en Sociedad*.
- Dr. Alex Solís Fallas, catedrático; doctor en Derecho Constitucional del Programa Latinoamericano en Derecho de ULACIT.
- Dr. Fernando Zamora Castellanos, doctor en Derecho Constitucional del Programa Latinoamericano en Derecho de ULACIT.
- M2/M.Sc. Alonso López Jiménez, profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Escuela de Derecho de ULACIT; investigador del Instituto de Políticas Públicas y Libertad, IPPL, ULACIT.

Revisión filológica

- M. T. E. Olga Córdoba Rodríguez, filóloga.