

# DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
LATINOAMERICANA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

VOLUMEN 14. NO. 1. JULIO 2020  
PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN 2215-2490

 **ULACIT**  
A GLOBAL CAMPUS OF  
THE UNIVERSITY OF ARIZONA

## DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA ELECTRÓNICA DE LA ESCUELA DE DERECHO DE ULACIT  
VOLUMEN 14. No. 1. JULIO 2020. PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN. 2215-2490

Director-Editor  
**Vicente Calatayud Ponce de León**  
vcalatayudp977@ulacit.ed.cr

**Olga Córdoba Rodríguez**  
Filóloga

**Carlos Fonseca Hidalgo**  
Diseñador Gráfico

**Esteban Quesada Masís**  
Diseñador Gráfico

Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología  
Barrio Tournón, San José, Costa Rica  
Teléfono: 506 - 2523-4000



Copyrights ©

Derechos reservados. 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 4.0 Internacional. 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.

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.

Hecho el depósito legal.

### DOCTRINA

#### **Movilidad migratoria y su incidencia en las Políticas Públicas de Costa Rica como país destino**

Hilda Acuña Delgado  
Página 1

#### **Los desafíos fiscales de la economía digital**

Rodrigo Castro Salazar  
Página 26

#### **El bajo desempeño en el trabajo como causal de despido**

Catalina Conejo Gamboa  
Página 50

#### **La mala práctica (mala praxis) médica en Costa Rica: responsabilidad penal y civil, y la reparación integral del daño**

Deiner Salazar Ruiz  
Página 74

#### **La propiedad intelectual y su impacto sobre la innovación: los derechos de patentes**

Melissa Zúñiga Mora  
Página 99

## PRESENTACIÓN DE LA REVISTA DERECHO EN SOCIEDAD #14-1

JULIO 2020

Este volumen 14, número 1, del 2020, ve la luz con cuatro meses de retraso, pues debería haber sido publicado en el mes de marzo. Ciertamente es que la edición estaba prácticamente preparada cuando el gobierno de la República, el 16 de marzo, ante la pandemia producida por la “Covid-19”, decretó, entre otras medidas, la total suspensión de actividades educativas en el país, medida que alcanzó a las universidades.

A partir de ese momento, ULACIT procedió a adaptarse en todos sus ámbitos a la nueva situación, haciendo frente al problema y priorizando la implementación inmediata de clases virtuales con el objeto de que la población estudiantil tuviera el menor de impacto en la terminación del primer cuatrimestre del año, y paralelamente la programación del segundo cuatrimestre en aquella modalidad de enseñanza, propósitos ambos conseguidos.

Pese a las dificultades, la vida sigue, y es deber de todos intentar al máximo apropiarse del momento para reconducirlo al tiempo actual. Por esta razón, y en lo que nos concierne, las autoridades académicas han tomado la decisión de que el número de la revista previsto para marzo sea objeto de publicación inmediata, decisión que ahora se ejecuta.

*“Estamos viviendo una crisis sin precedente que nos dejará profundas huellas. Nos está afectando a todas las personas, aunque a cada una le está tocando vivirla y contribuir a superarla de forma distinta. La colaboración, el compromiso colectivo y la solidaridad son fundamentales en este proceso vital.”*

(Mari-Jose Aranguren, 30 marzo 2020. Instituto Vasco de Competitividad, Fundación Deusto).

La revista abarca cinco trabajos sobre diferentes temas y ramas del derecho, producto del esfuerzo de estudiantes de la carrera de Derecho, ya graduados, artículos todos de evidente actualidad jurídica y que tratan de políticas migratorias, cuestiones de fiscalidad en una economía digital, y temas de derecho civil y laboral, siempre vigentes. A todos sus autores, el agradecimiento de la revista y de la Escuela de Derecho.

Estamos convencidos del valor que la revista representa para toda la comunidad universitaria, más aún en los tiempos presentes, en los que la comunicación virtual se ha convertido en la más poderosa herramienta para compartir conocimiento. Por ello, cómo no, preparando con toda ilusión, el número 2 de la revista de este año, previsto para el mes de setiembre.

Con el deseo de que todo mejore en Costa Rica y en el mundo, y que el desastre vivido sirva para hacer realidad las palabras de la cita que encabeza esta presentación (*colaboración, compromiso colectivo y solidaridad*), para todas y todos, nuestro más cordial saludo.

**Lic. Vicente Calatayud Ponce de León**  
Director-Editor

[← REGRESAR AL ÍNDICE](#)

# Movilidad migratoria y su incidencia en las Políticas Públicas de Costa Rica como país destino

*Migratory mobility and its impact on the public policies of Costa Rica as a destination country*

Hilda Acuña Delgado <sup>1</sup>

Fecha de ingreso: 22/12/2018. Fecha de aceptación: 10/2/2020

## Resumen

El tratamiento de los flujos migratorios, en lo que respecta a materia de políticas públicas, representa un desafío a nivel interinstitucional para los países receptores de migrantes, de ahí que sea un tema constante en la agenda política de las administraciones públicas, de lo cual, Costa Rica, no se encuentra exenta, al tener que incorporar a la población migrante dentro del engranaje económico y social del país, propiciando su regularización en aras de lograr una integración plena y productiva dentro del sistema costarricense (sistema de salud, educación, trabajo, financiero, vivienda, entre otros). Para ello, resulta necesario desarrollar, adoptar e implementar políticas migratorias que se ajusten a la realidad que vive Costa Rica. Además, que las medidas que se adopten puedan responder de forma eficiente y eficaz a las necesidades de la población migrante bajo la perspectiva de respeto de los derechos humanos, y de igual manera puedan dar respuestas a las necesidades propias del país, tanto en lo que respecta a mantener la estabilidad económica como lograr controlar los niveles de seguridad nacional. Todo ello conduce a la necesidad de analizar el fenómeno de la migración y su carácter transversal sobre las diversas áreas internas del país en las que incide.

---

<sup>1</sup> La autora es Licenciada en Derecho por ULACIT y Abogada incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Correo electrónico: hildacuna@hotmail.com

## **Palabras clave**

Movilidad, migración, políticas públicas, integración, estabilidad, seguridad.

## **Abstract**

The treatment of migratory flows, as regards public policy, represents an inter-institutional challenge for migrant recipient countries, hence it is a constant theme in the political agenda of public administrations, of which, Costa Rica is not exempt, having to incorporate the migrant population into the economic and social gear of the country, promoting its regularization in order to achieve full and productive integration within the Costa Rican system (health system, education, work, financial, housing, among others). For this, it is necessary to develop, adopt and implement migration policies that fit the reality of Costa Rica. In addition, that the measures adopted can respond efficiently and effectively to the needs of the migrant population under the perspective of respect for human rights, and in the same way they can respond to the country's own needs, both as regards It concerns maintaining economic stability and managing national security levels. All this leads to the need to analyze the phenomenon of migration and its transversal nature over the various internal areas of the country in which it affects.

## **Keywords**

Mobility, migration, public policies, integration, stability, security.

## **Introducción**

La movilidad migratoria consiste en un proceso dinámico y constante que se atribuye a la situación social, económica y política que acontece en los países (Borge, 2006). Tal fenómeno, según lo describe Aruj (2008), trae consigo una serie de efectos, tanto negativos como positivos, que se reflejan en las sociedades de los países emisores y receptores de migrantes. Por una parte, el país de origen que sufre las consecuencias de la salida masiva, o paulatina, de sus ciudadanos con graves ramificaciones a nivel interno en lo que respecta a lo estructural y económico, tanto a nivel familiar como de comunidades (Castle, s. f.). Por otro lado, se encuentra el país destino que al contar con características especiales atribuibles a su nivel de vida otorgan un papel relevante y atractivo para quienes están en la búsqueda de mejores condiciones; atributos que, a la vez, provocan sea necesario realizar un análisis interno de la situación país para lograr hacer frente a esta demanda e incorporar a la población migrante dentro de un engranaje político, económico y social preexistente (Brown-Gort, 2016).

En el caso de Costa Rica, el país se ha visto expuesto a grandes flujos migratorios a través de los años, como ocurrió en los años 80's y 90's, a consecuencia de los conflictos militares y políticos en diversos países de Centroamérica (Acuña, 2005). Igualmente, la crisis sufrida en Venezuela al provocar que más de 1.5 millones de personas tuvieran que movilizarse hacia diversos países a encontrar refugio, convirtiéndose Costa Rica en uno de los principales destinos (Organización de las Naciones Unidas, en adelante, por sus siglas, ONU, 2018) y, de forma más reciente, el traslado de nicaragüenses huyendo de la opresión de su gobierno, que si bien ha sido una constante entre las fronteras de Nicaragua y Costa Rica, en los últimos tiempos se ha intensificado, como lo expone Murillo (2018), señalando que “Costa Rica registra una fuerte presión migratoria y una alarma en el comercio regional por la grave crisis política, social y económica que vive Nicaragua” (párr. 1).

Además, dentro de los flujos migratorios, es posible identificar diversos tipos de migrantes y necesidades, dando lugar a lo que se conoce como “flujos mixtos de migrantes” (Derderian y Schockaert, 2009, p. 107). De una parte, se habla de los migrantes económicos, cuyos movimientos son “originados por motivaciones ajenas al ocio, provocados generalmente, por razones económicas” (Perelló y Llanes, 2015, p. 52), quiere decir que, son aquellos que se trasladan para mejorar condiciones de vida.

En otro aspecto, se encuentran quienes solicitan refugio, que, según lo establecido en el artículo 106, inciso 2, de la Ley General de Migración y Extranjería (Asamblea Legislativa, 2009), su situación se atribuye a temores fundados de persecución por diversos motivos (raza, religión, orientación sexual, entre otros) y que por la situación propia de temor no pueden o no quieren acogerse a la protección de su país. También, se hace mención de aquellos que se trasladan en busca de asilo, que según lo indicado en el artículo 109 del cuerpo normativo citado son aquellos que se movilizan por ser perseguidos por motivos políticos y conexos. Ante esta diversificación de migrantes, Brown-Gort (2016) menciona la posibilidad de que en algún punto puedan coincidir las necesidades (sociales, laborales, seguridad) por satisfacer entre ellos. Además, el autor en mención, de igual manera, se refiere a la diversificación en cuanto a la edad, género y motivos que impulsan los nuevos movimientos migratorios. Independientemente del tipo de migrante que se trate, todas las situaciones, de manera general, excitan en el Estado la urgencia de superar una serie de retos dentro de su estructura funcional, lo que lleva a cuestionar si el país cuenta con la capacidad, desde una perspectiva integral institucional y política, para hacer frente a este apremiante fenómeno global, especialmente cuando dicho fenómeno, según lo expone Suárez (2008), es de carácter transversal, con fuerte incidencia en diferentes aspectos internos del país (económico, político, social y cultural), acrecentando la complejidad respecto al tratamiento que se debe brindar a los movimientos migratorios.

## Concepto de migración

¿Cuenta Costa Rica con posibilidades de enfrentar el fenómeno migratorio actual? Para dar respuesta a la interrogante planteada es preciso ahondar en el concepto de migración. En términos generales, según Giménez (como se citó en Micolta, 2005), la migración consiste en el desplazamiento de una persona o conjunto de personas que se movilizan desde el lugar en el que habitualmente residen, hacia otro diferente con el objetivo de lograr permanecer en aquel más o menos tiempo para lograr específicamente atender alguna necesidad o conseguir una determinada mejora de sus actuales condiciones (trabajo, seguridad, educación). De esta definición se pueden extraer diversos elementos, como lo es hablar de desplazamiento, satisfacer necesidades y mejora de condiciones, aspectos que pueden triangular un contraste respecto a las limitaciones y restricciones del lugar donde viven y aquellas expectativas de lo que pueden llegar a alcanzar en el país destino. Según explica Moslow (como se citó en Aruj, 2008),

el ser humano está objetivamente orientado hacia la búsqueda de metas y objetivos para la satisfacción de sus necesidades, tanto biológicas como cognitivas, y en los países expulsores, las condiciones para lograr esos objetivos están cortadas por la situación de crisis permanente y violencia perpetua (p. 99).

La migración no solo consiste en un proceso de traslado material de la vida de las personas: tiene una connotación mucho más profunda, como lo considera Stalker (como se citó en Aruj, 2008), en cuanto que el proceso migratorio conlleva una serie de enormes esfuerzos y sacrificios. Todas las derivaciones de la migración trastocan la identidad cultural, social y psicológica de los involucrados; situaciones que pueden llegar a provocar deterioro de las formas en las que los individuos se relacionan, habitan e incluso se adaptan al mundo (Sanz y Valenzuela, 2016). Forma parte de un proceso complejo y difícil, sobre el cual, Maldonado y Reyes (s. f.) indican que, durante el proceso de migrar, las personas implicadas pueden experimentar diversos niveles de estrés que llegan a superar la capacidad de adaptarse o luchar con la situación que enfrentan. Bajo la misma tesitura, Grinberg y Grinberg (como se citaron en Páez, s. f.) explican lo siguiente: “El traslado no implica simplemente un cambio de contexto, sino que involucra una transformación central a nivel subjetivo, alterando la vida de quien la atraviesa, su concepción de sí mismo y la forma en que se relaciona” (p. 7).

## El derecho a migrar

El fenómeno migratorio, por su parte, encuentra sustento en el propio derecho a migrar, el cual se encuentra contemplado en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948) al disponer lo siguiente: “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”. Este derecho a migrar, o al de libre circulación, contemplado en el apartado anterior, se encuentra a su vez compuesto de seis elementos (Ceriani, s. f), los cuales son posible ubicarlos, según Blanco (cómo se citó en Micolta, 2005), en tres subprocesos descritos a continuación:

### a) Emigración

1) El derecho a no migrar. - Señala la libertad y autonomía de no tener que movilizarse; sin embargo, se hace necesario analizar las causas estructurales y coyunturales que obligan a las personas a desplazarse, es decir, lo que confiere carácter forzoso a la decisión de migrar y a su vez el efecto privativo del ejercicio del derecho como tal. Sobre ello, se menciona lo siguiente:

Aunque muchos migrantes se desplazan para aprovechar las crecientes oportunidades, por elección genuina, libre y fundada, muchos otros se ven obligados a desplazarse debido a la pobreza, a la falta de un trabajo decente, a la exclusión social, la violencia generalizada, la persecución, las violaciones de los derechos humanos, los conflictos armados, la xenofobia y la degradación del medio ambiente (ONU, 2013, p. 7).

Son, por tanto, circunstancias objetivas que condicionan el ejercicio del derecho, al ser ajenos a la voluntad del migrante y, que, a su vez, implican la vulneración de otros derechos, convirtiéndose en el ejercicio de un derecho condicionado, como lo explica Borge (2006), al señalar que tales personas “no salen de su territorio por elegir entre alternativas que les favorezcan o les generen un valor agregado, lo hacen porque no tienen alternativa. Es una elección forzosa, guiada por la necesidad” (p. 5).

2) El derecho a salir del país. - Como el elemento anterior, no puede existir restricción para que las personas, si así lo desean, puedan salir o no de su país o del país en el que se encuentren, ya que es un derecho consagrado en la Convención América sobre Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, en adelante, por sus siglas, OEA, 1969). Sin embargo, se debe indicar que no es un derecho irrestricto, ya que se encuentra sujeto a las disposiciones migratorias del país receptor (en

caso de los migrantes) y del control migratorio que se aplique. De igual manera, en el caso de Costa Rica, un extranjero que incumpla con las disposiciones legales podrá ser compelido a abandonar el país por estar así previsto en el artículo 31 de la ya citada Ley General de Migración y Extranjería.

3) El derecho a un tránsito seguro. - Siempre bajo un enfoque de derechos humanos, se entiende como el poder movilizarse sin que ello signifique verse expuesto a condiciones precarias. Es un derecho que debe analizarse desde la perspectiva costo-beneficio de lograr llegar al país que se desea y las implicaciones de si se traslada de forma regular o irregular.

#### b) Inmigración

1) El derecho a ingresar a otro país. - Derecho que se encuentra estrechamente condicionado al derecho a salir. Esto quiere decir que salir de un país implica la necesidad de ingresar a otro; por lo tanto, corresponde a cada Estado la prerrogativa soberana de decidir aquellos criterios de admisión según su normativa migratoria (Organización de las Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo y Unión Interparlamentaria, 2015). De igual manera, según lo describe Díaz (2016), no se debe entender, de forma abstracta, el ejercicio que realice el Estado de esta potestad, ya que al determinar quién traspasa sus fronteras deberá realizarlo bajo un enfoque de respeto de los derechos fundamentales.

2) El derecho a permanecer en ese país de manera temporal y/o definitiva. - Una posición al respecto es la expuesta por Carbonell (s. f.), al decir que “una vez que una persona está dentro de cierto territorio y reside en él de forma permanente, debería adquirir un estatuto jurídico de pleno derecho, al menos en relación con los derechos [*sic*] fundamentales” (p. 68). La ya citada ley nacional en materia migratoria establece en su artículo 31 que todos los migrantes tienen los mismos derechos y garantías individuales y sociales que son reconocidos a los costarricenses una vez se encuentren en el país. Además, este derecho es posible relacionarlo con el principio de no devolución que rige en materia de refugiados, contemplado en el artículo 22 inciso 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969) que dispone lo siguiente:

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

En el trasfondo de este artículo subyace la adquisición de un compromiso del país al que se ingresa de extender protección a la persona migrante por encontrarse en una condición especial, situación que, a la vez, implica que debe dotarse al migrante de las condiciones esenciales para lograr su adaptación al sistema nacional, obligando a una movilización de recursos para poder satisfacer dicha demanda.

### c) Retorno

El derecho a un retorno adecuado, por cuanto tener residencia o ser refugiado en un país extranjero no significa la imposibilidad de retornar al país de origen si las condiciones que obligaron la salida cambian o si las condiciones actuales en las que vive el migrante así lo demandan. Al respecto, Ceriani (s. f.) alude a dos tipos de retorno; uno de carácter voluntario, que descansa sobre la voluntad propia del migrante a retornar sin condiciones. Por otro lado, se encuentra el retorno forzado en aquellos casos en que la persona migrante “no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos establecidos por dicho Estado para la entrada y/o permanencia en su territorio” (Durán, 2011), p. 10). El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR (1996), de forma general, menciona que tal retorno debe llevarse a cabo bajo condiciones de seguridad jurídica, física, material y en respeto de la dignidad de los migrantes. En los procesos migratorios, según lo describe Acuña (2005), se pueden observar ambas caras del dilema social. Por un lado, el peso que representa las diferencias entre los niveles de vida y conflictos sociales y condiciones ambientales que motivaron la migración y, de otra parte, el estigma social que representa ser migrante. Para Ceriani (s. f.) ser migrante, dependiendo las condiciones del desplazamiento, mantiene en sí mismo una connotación negativa, ya que de esto depende de cómo serán percibidos por el país al que se trasladan y, de igual manera, cuáles serán las condiciones a las que se deberán de enfrentarse (rechazo, condiciones de vida precaria, violencia, explotación laboral). Una posición al respecto es la que se describe a continuación:

Para el habitante del segundo [mundo], los muros de controles migratorios, leyes de residencia, políticas de “calles limpias” y “aniquilación del delito” se vuelven cada vez más altos; los fosos que los separan de los lugares deseados y la redención soñada se vuelven más anchos y los puentes, al primer intento de cruzarlos, resultan ser levadizos. (...) Los segundos lo hacen subrepticia y a veces ilegalmente; en ocasiones pagan más por la superpoblada tercera clase de un bote pestilente y derrengado que otros por los lujos dorados de la business class; se les recibe con el entrecejo fruncido, y si tienen mala suerte los detienen y deportan apenas llegan (Bauman, 1999, pp. 117-118).

El Estado costarricense, en cumplimiento de su deber de garante de derechos, intenta responder de manera positiva a las posibles situaciones que puedan producirse por la movilización migratoria, ello mediante la integralidad de políticas, y lograr su integración en los diversos sectores del país (sistema

laboral, salud, vivienda, bancario, fiscal, entre otros), pues consiguiéndose esos objetivos todas las partes afectadas podrán verse beneficiadas. Además, el artículo 3 de la Ley General de Migración y Extranjería dispone:

Mediante la presente Ley se regula el control de las personas migrantes y se fomenta la integración de estas a la sociedad, con base en los principios de respeto a la vida humana, a la diversidad cultural y de las personas, a la solidaridad, la equidad de género, así como a los derechos humanos garantizados en la Constitución Política, los tratados y los convenios internacionales debidamente suscritos, ratificados y vigentes en el país (Asamblea Legislativa, 2009).

### **¿Qué se entiende por “política pública”?**

Se hace indispensable hacer referencia al concepto de “política pública”, para comprender cómo estas se originan y el fin que persiguen satisfacer con su creación. Aguilar (como se citó en Aguilar y Lima, 2009) brinda la siguiente definición al considerar la política como

el curso de acción que sigue un actor o un conjunto de actores al tratar un problema o asunto de interés. El concepto de políticas presta atención a lo que de hecho se efectúa y lleva a cabo, más que a lo que se propone y quiere. Las políticas se conforman mediante un conjunto de decisión, y la elección entre alternativas (p. 4).

Por consiguiente, las políticas públicas consisten en el conjunto de decisiones que se toman dentro de una colectividad, dirigidas a satisfacer una problemática o tema de interés, convirtiéndose en un instrumento para dar respuesta a la necesidad manifestada y permitir el accionar estatal. Complementado la definición anterior, Roth (como se citó en Vargas, 2009) afirma que dichas acciones se encuentran bajo la tutela de organizaciones o instituciones estatales, que serán las encargadas de orientar la aplicación de estas políticas para enfrentar la situación que dio razón a su nacimiento. Por su parte, Borge (2006) al referirse a las políticas, pero como medios de acción, también las considera como un reflejo de aquellas prioridades que se esgrimen dentro de la Administración, resaltando con dicha apreciación

la incidencia de la agenda política en la creación de las políticas públicas. El caso de Costa Rica no es excepción, y así lo exponen González y Horbaty (como se citaron en González y Vílchez, 2013), al decir que los esfuerzos realizados por el país en materia de políticas migratorias son consecuencias de necesidades coyunturales del aparato productivo costarricense.

### **Características de las políticas públicas**

Las políticas públicas, en general, deben contar con ciertas características que las permitan ser funcionales en la práctica y, para ello, Stein y Tommasi (2006) proporcionan una lista macro de aspectos que deben contener, sin detrimento de otros elementos que se puedan incorporar. Dentro de las características que mencionan dichos autores se encuentran las siguientes:

1) Estabilidad. - Se trata de que las políticas se mantengan estables en el transcurso del tiempo; sin embargo, no se puede confundir dicha estabilidad con rigidez, como lo exponen Franco y Scartascini (2014), “tener políticas estables no significa que las políticas no pueden cambiar en absoluto, sino que los cambios tienden a responder a condiciones económicas cambiantes (...) y no a cambios en el gobierno u otras crisis políticas” (p. 8).

2) Adaptabilidad. - Se refiere a la posibilidad de que las políticas se puedan ajustar a las condiciones que vive cada país y puedan responder a las demandas o cambios en el tiempo.

3) Coherencia y coordinación. - El artículo 7 de la Ley General de Migración y Extranjería se refiere a la coordinación interinstitucional como aquel instrumento para lograr dar respuestas efectivas al tema migratorio. Adicionalmente, Franco y Scartascini (2014) destacan la importancia de la coordinación entre los diversos actores a través del tiempo como medida para que las políticas se mantengan a lo largo de las diversas administraciones y que sean coherentes con políticas afines, como lo apunta Pajares (s. f.) al indicar que “las políticas migratorias han de estar en coherencia con las políticas de desarrollo. No cabe duda de que habrá que ver cómo gestionar las migraciones para que los países receptores saquen también el máximo provecho” (Una gestión más global y coherente, párr. 3).

4) La calidad de implementación y ejecución. - Esta característica se atribuye a la capacidad que tenga el Estado de ejecutar las políticas como tal. El Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, MIDEPLAN (2016) se refiere a la necesidad de contar con un modelo de gestión, en donde se establezcan el funcionamiento, así como los recursos con los que deberá contar el Estado para

garantizar la efectiva aplicación de las políticas, ya que se puede contar con políticas bien estructuradas, pero a falta de lineamientos su implementación resulta deficiente. Una opinión al respecto es la que aporta Velázquez (2009), al decir que

la política pública será exitosa cuando logre producir los resultados previstos por sus autores, contribuyendo a la reducción del problema o a su prevención; sin embargo, esto no siempre ocurre, pudiendo fracasar total o parcialmente, incluso agravando la situación considerada inicialmente (p. 166).

5) Orientación hacia el interés colectivo. - Se refiere a la medida en que la política logra satisfacer el interés público. Como lo expone el Consejo Nacional de Migración (2013) respecto a lo imperante que se vuelve reconocer las carencias y desventajas de algunos sectores de la población.

6) Eficiencia. - El uso que realice el Estado de los recursos, humanos y económicos, con los que cuenta para implementar las políticas, según lo señalan Franco y Scartascini (2014). Stein y Tommasi (2006) por su parte, señalan que uno de los problemas respecto a la asignación de recursos, es que estos se distribuyan para favorecer ciertos sectores en detrimento de aquellos sectores que lo requieren.

Además de las características mencionadas, el MIDEPLAN (2016) se refiere a preguntas básicas orientadoras para la formulación de las políticas, dentro de las que describe las siguientes:

La importancia de la política radica en el objetivo diseñado para ordenar el curso de acción del Estado y sus prioridades. Esta deberá responder a las preguntas básicas del: ¿Qué? ¿Por qué, para qué y para quienes la política?, ¿cuál es la justificación principal? y ¿cuáles son los antecedentes?, ¿qué transformación se busca alcanzar con la PP? En esta se incluyen los principales aspectos de los problemas a solucionar o atender por medio de la acción sinérgica y articulada, los cuales involucran el compromiso y respaldo de los principales actores que intervienen (p. 10).

## Políticas migratorias

El artículo 8 de la ya mencionada Ley General de Migración y Extranjería dispone que la planificación de las políticas consiste en un trabajo conjunto entre instituciones públicas y privadas; de forma tal que, no solo recae sobre el Estado lograr que las políticas sean efectivas; sin embargo, si es competencia del Estado promulgarlas bajo los criterios que determine. Sobre ello, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1999) ha declarado que

tanto en el derecho nacional como en el internacional, se le reconoce al Estado la potestad de establecer la política migratoria del país, esto es, la determinación de las reglas relativas a regular el ingreso y permanencia en el territorio nacional de los extranjeros, sea temporal o permanente; potestad que debe ejercer con absoluto respeto a los principios y normas constitucionales, para garantizar al extranjero un trato objetivo, fundado en la dignidad del ser humano y en el respeto de los derechos fundamentales (Considerando II).

Si bien la formación de políticas migratorias debe mantener un enfoque de derechos humanos, como elemento primordial en el tratamiento de las personas migrantes; de igual manera, de forma complementaria, según indica Marmona (como se citó en Carmona, Chávez y Gatica, 2007), se debe dimensionar hacia otros temas que mantienen estrecha relevancia con el desarrollo del migrante, siendo el caso del desarrollo económico, mano de obra (políticas laborales), estructura social; así como también, el espacio físico para un desarrollo integral. De forma tal que, consiste en el análisis y consideración de una gama extensa de temas para lograr la formulación de las políticas coherentes, eficaces y que canalicen los objetivos de los individuos. En cuanto a mantener un enfoque en los derechos humanos, Gonzáles (s. f.) se refiere a ello de la siguiente forma “no se trata, simplemente, de dar una silla, sino de facilitar el crecimiento de las personas y pueblos discriminados, aumentando su capacidad de ejercer poder en la sociedad, su autonomía socioeconómica y su valoración cultural” (p. 3).

Las políticas públicas dirigidas al tratamiento de la población migrante, deberían ser un reflejo de las políticas aplicadas a los propios ciudadanos de una nación, siendo una postura al respecto la siguiente:

Si un Estado lleva a cabo políticas públicas que procuran el desarrollo de sus ciudadanos, estas beneficiarán también a los extranjeros. Caso contrario, cuando un Estado no cuenta con políticas públicas dirigidas a mejorar la calidad de vida de sus nacionales, los extranjeros también se verán perjudicados directa o indirectamente (Borge, 2006, p. 3).

Por su parte, Morales (2008) hace referencia a la importancia y constancia de la inclusión del tema migratoria dentro de la agenda pública y expone dos visiones que resulta necesario analizar: por un lado, una visión regulacionista, orientada a la imposición de medidas para frenar el flujo migratorio; y su contraparte, consiste en una visión integracionista, dirigida al establecimiento de políticas para alcanzar la inserción laboral y social de los migrantes.

En cuanto a las visiones anteriormente mencionadas, es posible ubicarlas dentro del texto descrito en el artículo 3 de la citada ley en materia migratoria. Dicho artículo en su párrafo primero hace referencia a la visión integracionista al disponer lo siguiente: “Mediante la presente Ley se regula el control de las personas migrantes y se fomenta la integración de estas a la sociedad”. Y, en su segundo párrafo, establece las medidas para el control migratorio, determinando lo siguiente: “La Dirección General de Migración y Extranjería determinará las condiciones para el ingreso de personas no residentes al país; para ello, establecerá los criterios para la clasificación de visa”.

Ambas visiones pueden llegar a coincidir en algún momento, como lo menciona Sanmartín (2013) al indicar lo siguiente “Dichas políticas [control migratorio] no sólo consisten en regular la entrada de individuos a un territorio, es sólo el primero de una sucesión de pasos hasta asentar de manera legal y conseguir la integración de los individuos que decidan migrar” (p. 245). Sobre ello, la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, por sus siglas, DINADECO, (s. f.), refiriéndose al propósito que persigue la Ley General de Migración y Extranjería, coincide con lo expuesto por Sanmartín, ya que establece que la norma migratoria no se restringe a imponer requisitos de mera permanencia en el país, sino que, por el contrario, encierra la idea de un principio teleológico institucional que consiste en fomentar la integración a la sociedad de las personas migrantes.

Bajo la misma idea de la visión regulacionista, González y Vílchez (2013) destacan la importancia de tratar el tema migratorio bajo un enfoque de seguridad nacional y que como consecuencia de ello los países tengan la potestad de cerrar sus fronteras empleando los mecanismos que consideren idóneos para controlar el ingreso de migrantes; sin embargo, dichas autoras determinan que las restricciones de ingreso impuestas deben encontrar sustento en razones lógicas y reales; de tal manera que, no verse sobre actuaciones discriminatorias.

Por otro lado, los artículos 6 y 7 de la ley migratoria que se ha mencionado a lo largo de este trabajo, establece cuales son los puntos de enfoque para la formulación y orientación de la política migratoria, dentro de los cuales en forma reiterada señala la necesidad de que se contribuya con el desarrollo nacional, el enriquecimiento económico, social y cultural de la sociedad; así como también, mantener la seguridad pública.

De igual manera, Gonzales y Vílchez (2013) señalan la importancia de velar por la protección de los derechos humanos y la protección de las garantías contempladas dentro de la Constitución Política. Garantías que, según el artículo 19 de la propia carta magna (Asamblea Nacional Constituyente, 1949), son todas aquellas que disfrutan y se encuentran a disposición de los nacionales; por lo que los migrantes tienen los mismos derechos y deberes, con las excepciones que el propio articulado establece en cuanto a la prohibición de intervenir en asuntos políticos.

Costa Rica es un Estado que a lo largo de su historia ha suscrito y ratificado diversos convenios y tratados internacionales (Organización de las Naciones Unidas, por sus siglas, ONU, s. f.), dentro de los que se incorpora el compromiso adquirido por el país de velar por la protección de derechos humanos en favor de todas las personas, incluyendo a la población migrante. Al respecto, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2011) ha declarado lo siguiente:

Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que sí reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta (Considerando III).

Como consecuencia del compromiso alcanzado, nace el deber de promulgar dentro del ordenamiento interno del país las normas pertinentes para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en los instrumentos internacionales. En el tanto que, “los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados” (ONU, s. f., párr. 4).

La incorporación de los migrantes dentro del engranaje social del Estado trae consigo una serie de retos, como lo expone el Consejo Nacional de Migración (2013) al indicar que uno de los principales desafíos es lograr la regularización del migrante y de los refugiados, en aras de formalizar su estadia y

alcanzar una integración plena y productiva dentro del país. Por lo que dicho consejo se refiere a que tal formalización traería consigo beneficios dentro de los que mencionan que

pueden realizar aportes a la seguridad social y aportar así a la sostenibilidad del sistema contributivo de la CCSS, pilar del régimen del Estado Social de Derecho de Costa Rica y, sobre todo, pueden hacer exigir el ejercicio pleno de sus derechos y deberes como habitantes del país (p. 44).

### **Actores institucionales**

De acuerdo con las visiones antes descritas, especialmente en lo que respecta a la integracionista, la cual es pilar en el tratamiento del migrante, se debe analizar cuáles han sido algunas de las acciones que han tomado las instituciones para lograr una efectiva integración de dicha población en el sistema nacional.

En primer lugar, resulta necesario referirse a la Dirección General de Migración y Extranjería, la cual cuenta con un departamento denominado Dirección de Integración y Desarrollo Humano, siendo la “unidad encargada del desarrollo, implementación y promoción de política de integración de la DGME” (Dirección General de Migración y Extranjería, DGME, 2011). Dicha dirección desarrolla planes nacionales de integración. En la actualidad, cuenta con el Plan Nacional de Integración para el período 2018-2022 (Dirección de Integración y Desarrollo Humano, DIDH, 2017), siendo una segunda versión del que se desarrolló para el período 2013-2017.

Es un plan que forma parte de la gestión del Fondo Social Migratorio (La Nación, 2011), el cual nace con la Ley General de Migración y Extranjería y se encuentra descrito en su artículo 241, dentro del cual se indica que dicho fondo se administra como un fideicomiso operativo. Los recursos que forman parte del fideicomiso, como lo indica Segura (2016), son producto de lo recaudado por concepto del pago migratorio descrito en el artículo 33 inciso 4 de la repetida ley migratoria, como requisito para la regularización del extranjero y, de lo recaudado, se distribuyen porcentajes a las instituciones beneficiarias del fondo descritas en el artículo 242 de la misma Ley General de Migración y Extranjería. De igual manera, la autora en mención se refiere a este financiamiento como “un mecanismo perverso de financiamiento para apoyar el proceso de integración de estas personas, ya que se carga a las personas migrantes el costo de su propia integración” (p. 26).

El Plan Nacional de Integración, desde una perspectiva macro, se encuentra orientado al desarrollo de proyectos a través de un trabajo en conjunto con actores institucionales para satisfacer las necesidades, en diversas áreas, de la población migrante; sin embargo, en esta segunda versión se indica que su antecesor no contó con el rigor suficiente para establecer su carácter vinculante y la obligatoriedad de que participaran los actores fundamentales del proceso, por lo que su implementación fue deficiente. Además, se refiere a la rigidez de los proyectos que fueron presentados, los cuales no se ajustaban al dinamismo del fenómeno migratorio. El citado plan, expone, de igual manera, la problemática de la falta de compromiso de las instituciones de aceptar el liderazgo y metodología del instrumento.

Más allá de la falta de cumplimiento de los proyectos, aspecto que en esta segunda versión del Plan no se considera como un fracaso, se reconoce y da mérito a la iniciativa de estar dando los primeros pasos en el avance del tratamiento integral de la población migrante al decir lo siguiente:

Con el proceso de la creación del Plan se logró poner en la palestra nacional la relevancia del tema de integración, y se permitió convocar a todas estas instituciones alrededor del tema migratorio, recalando que esta iniciativa fue la primera en su tipo que se había realizado en nuestro país, generando así que se visualizara el tema migratorio dentro de las percepciones institucionales (DIDH, 2017, p. 44).

De forma tal que se permite realizar un diagnóstico interno de las instituciones participes y crear conciencia colectiva respecto a las diversas necesidades que agobian a los migrantes y la urgencia de ejecutar acciones, como consecuencia de los compromisos adquiridos por el país a nivel internacional.

El Plan anteriormente citado, si bien se refiere a las instituciones participes, también indica que no se puede restringir su ejecución solo a estas, ya que afirma la necesidad del “accionar de otros actores que construyen integración, aunque no se beneficien del FSM” (DIDH, 2017, p. 43), de manera tal que, se logre dimensionar los efectos del Plan en otras instituciones. Sobre ello, la Política Integral Migratoria para Costa Rica 2013-2023 (Consejo Nacional de Migración, 2013) expone lo siguiente: “Con la finalidad de lograr una adecuada ejecución de la Política Migratoria Integral, se requiere la activación y trabajo colectivo de los distintos actores de la institucionalidad costarricense vinculados de una u otra manera con la dinámica migratoria” (p. 68). Así, se amplía el espectro de las instituciones del Estado que deben formar parte del trabajo de coordinación conjunta y evitar que se realicen esfuerzos dispersos en la materia.

Otro actor institucional es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por sus siglas MTSS, el cual cuenta con el programa *Intégrate al empleo* (MTSS, 2018), que se desarrolla mediante el trabajo en conjunto con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El objetivo que persigue el programa es incentivar a las empresas, mediante el pago de un subsidio, para que contraten a personas en condición de refugiadas o en proceso de solicitud. Sin embargo, a pesar de que el programa es una medida para incorporar a los refugiados, Rodríguez (2018) comenta que no se ha recibido respuesta por parte de los actores privados y que a pesar de las acciones del gobierno no se ha logrado el nivel de contrataciones esperado, agravando la situación de los refugiados al no percibir ingresos.

El programa mencionado anteriormente no da tratamiento a los migrantes que se encuentran de forma irregular en el país, los cuales, según se expone en el Plan de Integración citado anteriormente, son los más vulnerables por las condiciones laborales a las que se ven expuestos debido a la ausencia de compromiso de los patronos de respetar los lineamientos laborales y migratorios y a la falta de recursos por parte del Ministerio de Trabajo para poder realizar las inspecciones y controles para verificar el cumplimiento de la ley. Al respecto, Segura (2016) expone su preocupación al indicar lo siguiente,

el MTSS tiene importantes debilidades por la falta de recursos suficientes para cumplir con su mandato, es preocupante que ningún porcentaje [Fondo Social Migratorio] haya sido destinado al MTSS para fortalecer las capacidades que le permitan velar por el cumplimiento de la normativa laboral y las condiciones laborales (p. 26).

Lo que representa un esfuerzo para la institución; ya que en lo que respecta a materia laboral no existe distinción entre migrantes y nacionales, según lo descrito en el artículo 31 de la vigente ley migratoria que indica que los extranjeros gozan de los mismos derechos y garantías que le son reconocidos a los nacionales, por lo que se amplía su protección a los derechos laborales en cuanto a defensa y asesoría.

Por último, es necesario referirse a la Caja Costarricense del Seguro Social, como ente encargado del sistema de salud. Dicha institución, cuenta con un departamento denominado Validación de Derechos, dentro del cual se ofrece el servicio de seguro por el Estado, siendo uno de los grupos beneficiados del sistema los extranjeros que se encuentren regulares en el país y que, previo estudio, se determine que están condiciones de pobreza extrema que les imposibilita cubrir las cotizaciones, según se describe en el Manual de normas y procedimiento del seguro por el Estado (Caja Costarricense del Seguro Social, CCSS, 2013). Es un mecanismo que se emplea para permitir el acceso a los servicios de salud de aquellos que se encuentran en condiciones de extrema vulnerabilidad (pobreza, indigencia

medica). De igual manera, se hace extensión del servicio a todo menor extranjero, sin importar si se encuentra en condición irregular en el país, por lo que los servicios de salud son gratuitos, esto por las leyes especiales de protección al menor.

La norma migratoria repetidamente citada establece en su artículo 32 que los extranjeros están sujetos a las cargas de seguridad social; de ahí que, todo extranjero que esté llevando a cabo su proceso de regularización en el país, debe como requisito adquirir el seguro voluntario, así dispuesto en el artículo 7, inciso 7, de dicha Ley, y de esa forma se garantiza su participación dentro del sistema contributivo social.

Por leyes especiales se extiende el servicio de salud a las personas migrantes en condición irregular mediante un seguro universal subsidiado por el Estado. Siendo el caso de la Ley N.º 8612 que aprueba la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Asamblea Legislativa, 2007), por lo que todo joven entre los 18 y 24 años, según lo expone Sancho (2017) “pueden acogerse a la protección que les brinda la ley 8612 que carga al Estado el costo de los servicios de salud a la población mencionada” (párr. 12). También, la Ley General de Protección a la Madre Adolescente N.º 7735 (Asamblea Legislativa, 1997), que establece en su artículo 9 que se le brindará asistencia gratuita prenatal y posnatal en los centros médicos, independiente la condición migratoria.

Además, ha de agregarse la Directriz N° 037-S (Poder Ejecutivo, 2015), que se refiere a la obligación de brindar atención medica integral, tanto a nacionales como extranjeros, para que reciban el tratamiento gratuito, por parte del servicio de salud estatal, cuando se trate de enfermedades de transmisión sexual, lepra, tuberculosis. El servicio se brinda como una medida para garantizar, según lo expone Sancho (2017), “la atención a personas no aseguradas en condiciones especiales de enfermedad (...) por interés de la población en general” (párr. 16), orientándose, por tanto, al servicio de una población en específico que por sus condiciones su atención es indispensable.

## Conclusiones

Los procesos migratorios llevan al país a plantearse de forma notable cuáles son las dinámicas y retos que a nivel estructural deben adoptarse con el objeto de lograr otorgar protección a la población migrante, pero bajo la perspectiva de que no sobrepase la protección que se le brinda a los ciudadanos propios del país, lo cual forma parte de una lucha constante de conseguir alcanzar una estabilidad en ambos sectores, especialmente, cuando existen compromisos a nivel internacional que lo demandan

En lo que respecta a enfocar las políticas bajo una perspectiva de respeto de los derechos humanos, lleva a plantear la necesidad de no solo ver al migrante como alguien que viene a contribuir a la sociedad –recuérdese al respecto que la Ley General de Migración y Extranjería alude a la necesidad de que aporten a la economía y desarrollo social–, pero, cómo se logra esos objetivos cuando muchas de estas personas llegan al país sin ningún tipo de recurso, y la realización de cualquier trámite de regularización implica incurrir en costos y no cuentan con el dinero para ello. Ya esto representa el primer obstáculo para lograr una integración plena, lo que obliga al migrante a mantenerse en el país irregularmente, con todas las carencias que ello implica. Incluso los refugiados, que a pesar de que con su condición se facilita su inserción al mercado laboral, no logran su incorporación por la falta de interés de los actores privados de contratar a este tipo de población, más allá de los esfuerzos que realiza el Ministerio de Trabajo de crear programas e incentivos mediante subsidios. Razón por la cual, el refugiado se mantiene en condiciones precarias porque más allá de estas acciones, de tratar de incorporarlos, no se maneja ningún sistema de seguimiento y apoyo, por lo que simplemente quedan a la deriva, sufriendo carencias en sus condiciones de vida. Todo ello resalta la importancia de contar con políticas que no solo se preocupen de formalizar y otorgar permisos de trabajo, sino que no sean políticas que den seguimiento para determinar si efectivamente se están dando por satisfechas las necesidades de dicha población.

También, cabe tener en cuenta que gran parte de los servicios que brindan las instituciones estatales se enfocan en grupos específicos, y especialmente a migrantes ya regularizados en el país. Sin embargo, se deja todo un grupo sin ningún tipo de protección; por lo tanto, existe un vacío en cuanto a la problemática que viven, ya que no se les brinda ningún tipo de ayuda o asesoría, ni en lo que respecta a asuntos de inserción laboral, ni en los servicios de salud, a pesar de que se trata de una población que se encuentra activa en la sociedad. De ahí que, igualmente, se deben agregar dentro de los temas de la política para el tratamiento migratorio medidas adecuadas para determinar cómo el país puede hacer frente a estas situaciones, reduciendo los impactos que produce aquella informalidad. Especialmente, en lo que respecta al tema laboral, considerado como uno de las grandes problemáticas, pues los migrantes se ven expuestos a graves vulneraciones de sus derechos por parte de patronos, los cuales incumplen, en primer lugar, con la normativa migratoria, al contratar migrantes en condición irregular, y en segundo, porque se aprovechan de las condiciones de necesidad en la que se encuentran.

La recepción en Costa Rica de grandes flujos de migrantes es una realidad que vive el país, flujos migratorios que indudablemente tienen gran impacto en el aparato productivo, por lo que no se puede hablar de implementar simplemente políticas superficiales, consideradas como medidas paliativas para resolver los problemas que aquellas realidades producen. Es necesario que las medidas que se implementen se incorporen realmente dentro de los planes de cada una de las instituciones y dentro

de los planes nacionales de desarrollo y presupuesto, ya que los planes actuales parecen orientados a satisfacer una necesidad muy general, lo que lleva como consecuencia que no posible hablar de una política migratoria integral como tal, ya que son palpables las trabas en lograr que todas las instituciones trabajen en conjunto. Existe aún un largo camino por recorrer en este ámbito. Sin embargo, es obligado decir que al menos la iniciativa existe y los planes presentados cuentan con las herramientas para lograr desarrollar una política migratoria eficiente, aunque su impacto no se pueda percibir a un corto plazo.

## Referencias

- Acuña, G. (2005). *La inmigración en Costa Rica: dinámicas, desarrollo y desafíos*. Recuperado de [https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores\\_en\\_salud/derechos%20humanos/migracion/inmigracr.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/migracion/inmigracr.pdf)
- Aguilar, C. y Lima, R. (setiembre, 2009). ¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas? *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 1-29. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. (1996). *Repatriación voluntaria: protección internacional*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7742>
- Aruj, R. (enero-marzo, 2008). Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica. *Papeles de Población*, 14 (55), 96-116. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-74252008000100005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252008000100005)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009). *Ley General de Migración y Extranjería. Ley 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=106652&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=66139&nValor3=106652&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2007). *Aprueba Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. Ley N.º 8612*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=61780&nValor3=70247&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=61780&nValor3=70247&strTipM=TC)

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1997). *Ley General de Protección a la Madre Adolescente. Ley N.º 7735*. Recuperado de <https://pridena.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/2018/04/Ley-7735-Ley-General-de-Protecci%C3%B3n-a-la-Madre-Adolescente.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?nValor1=1&nValor2=871&param1=NRTC&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871&param1=NRTC&strTipM=TC)
- Bauman, Z. (1999). *La globalización. Consecuencias humanas*. Recuperado de <https://estudiscritics.files.wordpress.com/2011/02/la-globalizacion-zigmunt-bauman.pdf>
- Borge, D. (enero-junio, 2006). Migración y políticas públicas: elementos a considerar para la administración de las migraciones entre Nicaragua y Costa Rica. *Población y Salud en Mesoamérica*, 3 (2), 1-17. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/psm/article/viewFile/4566/4381>
- Brown-Gort, A. (diciembre, 2016). Los efectos políticos de la migración. *Foreign Affairs Latinoamérica*, 16 (4). Recuperado de <http://revistafal.com/los-efectos-politicos-de-la-migracion/>
- Caja Costarricense del Seguro Social. CCSS. (2012). *Manual de normas y procedimientos del Seguro por el Estado*. Recuperado de <https://www.ccss.sa.cr/normativa?pagina=5>
- Carbonell, M. (s. f.). *Derecho a migrar*. Recuperado de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derecho\\_a\\_migrar\\_1.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derecho_a_migrar_1.pdf)
- Carmona, A., Chávez, J. y Gatica, G. (enero-diciembre, 2007). Migración y políticas públicas: aportes para la discusión. *Enfoque y Sociedad*, (31-32), 35-56. Recuperado de [www.revistas.una.ac.cr/index.php/economia/article/download/173/132/](http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/economia/article/download/173/132/)
- Castle, S. (s. f.). *Globalización y migración: algunas contradicciones urgentes*. Recuperado de <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/nautas/18.pdf>
- Ceriani, P. (s. f.). *Derecho a migrar*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/377189008/Derecho-a-Migrar-Pablo-Ceriani-Cernadas>

- Consejo Nacional de Migración. (2013). *Política migratoria integral para Costa Rica*. Recuperado de [https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session19/CR/A\\_HRC\\_WG.6\\_19\\_CRI\\_1\\_CostaRica\\_AnnexIII.pdf](https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session19/CR/A_HRC_WG.6_19_CRI_1_CostaRica_AnnexIII.pdf)
- Corte Suprema de Justicia. (1999). *Sala Constitucional: Voto N.º 01312-1999*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-193644>
- Corte Suprema de Justicia. (2011). *Sala Constitucional: Voto N.º 15827-2011*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-528342>
- Derderian, K. y Schockaert, L. (2009). Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: una perspectiva humanitaria. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6 (10), 106-216. Recuperado de [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452009000100006&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452009000100006&script=sci_abstract&tlng=es)
- Díaz, R. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, 14 (1), 179-220. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art06.pdf>
- Dirección de Integración y Desarrollo Humano. DIDH. (2017). *Plan Nacional de Integración para Costa Rica 2018 – 2022*. Recuperado de [http://www.migracion.go.cr/integracion\\_desarrollo/Plan%20Nacional%20de%20Integracion%20Costa%20Rica%202018%20-%202022..pdf](http://www.migracion.go.cr/integracion_desarrollo/Plan%20Nacional%20de%20Integracion%20Costa%20Rica%202018%20-%202022..pdf)
- Dirección General de Migración y Extranjería. DGME. (2011). *Integración y desarrollo*. Recuperado de [http://www.migracion.go.cr/integracion\\_desarrollo/index.html](http://www.migracion.go.cr/integracion_desarrollo/index.html)
- Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad, DINADECO. (s. f.). *Marco nacional migratorio para Costa Rica*. Recuperado de <http://www.dinadeco.go.cr/sitio/ms/3%20Tem%C3%A1tica/3.2%20Integrate/3.2.3%20Promoci%C3%B3n%20de%20la%20participaci%C3%B3n/PROMOVER%20LA%20AFILIACI%C3%93N%20Y%20PARTICIPACI%C3%93N%20DE%20LA%20POBLACI%C3%93N.pdf>

- Durán, F. (2011). *El retorno voluntario y forzado de los migrantes en el contexto de la crisis económica, de la política migratoria común y de la construcción de la Unión Europea*. Recuperado de [http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1308777911.Ponencia\\_Francisco\\_Duran.pdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1308777911.Ponencia_Francisco_Duran.pdf)
- Franco, M. y Scartascini, C. (2014). *La política de las políticas públicas: re-examinando la calidad de las políticas públicas y las capacidades del Estado en América Latina y el Caribe*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6617/La%20pol%C3%ADtica%20de%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%3A%20Re-examinando%20la%20calidad%20de%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20y%20las%20capacidades%20del%20Estado%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina%20y%20el%20Caribe.pdf?sequence=1>
- González, Y. y Vélchez, K. (2013). *Análisis jurídico de la política migratoria en Costa Rica principios jurídicos que la rigen*. Tesis para optar por el grado en Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Recuperado de <http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/An%C3%A1lisis-Jur%C3%ADdico-de-la-Pol%C3%ADtica-Migratoria-en-Costa-Rica.-Principios-Jur%C3%ADdicos-que-la-rige.pdf>
- González, A. (s. f.). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: una propuesta para su conceptualización*. Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temas-deanálisis2/dhdemocraciayemancipacion/antoniogonzales.pdf>
- La Nación. (16 de noviembre de 2011). *El fondo social migratorio*. Recuperado de <https://www.nacion.com/archivo/el-fondo-social-migratorio/MOOTD4OWUVGGFHUT6VPT3HRG6M/story/>
- Maldonado, D. y Reyes, A. (s. f.). Síndrome de Ulises. Síndrome de estrés crónico del inmigrante. Recuperado de <http://www.bvs.hn/RHPP/pdf/2015/pdf/Vol9-1-2015-8.pdf>
- Micolta, A. (2005). Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. *Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia*, (7), 59-76. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4391739>

- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, MIDEPLAN. (2016). *Guía para la elaboración de políticas públicas*. Recuperado de [https://www.inder.go.cr/acerca\\_del\\_inder/politicas\\_publicas/documentos/Guia-de-Elaboracion-de-PP.pdf](https://www.inder.go.cr/acerca_del_inder/politicas_publicas/documentos/Guia-de-Elaboracion-de-PP.pdf)
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. MTSS. (2018). *Tercera edición del reto Empléate Vivir la Integración. Programa brindará oportunidades laborales a personas refugiadas*. Recuperado de [http://www.mtss.go.cr/prensa/comunicados/2018/agosto/cp\\_039\\_2018.html](http://www.mtss.go.cr/prensa/comunicados/2018/agosto/cp_039_2018.html)
- Morales, A. (agosto, 2008). Inmigración en Costa Rica: características sociales y laborales, integración y políticas públicas. *CEPAL Serie Población y Desarrollo*, (85) Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7225/1/S0800525\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7225/1/S0800525_es.pdf)
- Murillo, A. (10 de julio de 2018). La tragedia en Nicaragua impacta Costa Rica en migración y comercio. *Seminario Universidad*. Recuperado de <https://semanariouniversidad.com/pais/la-tragedia-en-nicaragua-impacta-costa-rica-en-migracion-y-comercio/>
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (s. f.). *El derecho internacional de los derechos humanos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (s. f.). Visualizar el estado de ratificación por país y/o por tratado: Costa Rica. Recuperado de [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=41&Lang=SP](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=41&Lang=SP)
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (2013). *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR\\_improvingHR\\_ReporSPt.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas, ONU., Organización Internacional del Trabajo, OIT., y Unión Interparlamentaria. UIP. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR\\_and\\_Governance\\_HR\\_PUB\\_15\\_3\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf)

- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (2018). *Noticias ONU. Migrantes y refugiados*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/06/1436212>
- Organización de los Estados Americanos, OEA. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Páez, A. (s. f). *Inmigración y salud: consecuencias del proceso migratorio* [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/128584/1/TG\\_PaezAlcarria\\_Inmigracion.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/128584/1/TG_PaezAlcarria_Inmigracion.pdf)
- Pajares, M. (s. f). *La inmigración y los desafíos para las políticas públicas*. Recuperado de <https://docplayer.es/8795638-La-inmigracion-y-los-desafios-para-las-politicas-publicas-miguel-pajares-1.html>
- Perelló, J. L. y Llanes, L. (2015). Movilidad migratoria y flujos turísticos. Interfaces en el desempeño turístico cubano. *Mundi Migratorios*. 3 (1), 48-72. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cemi-uh/20150910032053/2-59-112-1-SM.pdf>
- Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (2015). *Directriz N° 037-S*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=N-RTC&nValor1=1&nValor2=80672&nValor3=102452&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=N-RTC&nValor1=1&nValor2=80672&nValor3=102452&strTipM=TC)
- Rodríguez, G. (06 de setiembre de 2018). Integración de población migrante y refugiada en Costa Rica: Una crónica ciudadana. *Seminario Universidad*. Recuperado de <https://semanariouniversidad.com/suplementos/dialogos-sobre-el-bienestar/integracion-de-poblacion-migrante-y-refugiada-en-costa-rica-una-cronica-ciudadana/>
- Sancho, R. (16 de junio de 2017). *CCSS brinda aseguramiento universal y subsidiado por el Estado a cerca de 150 mil núcleos familiares* [blog]. Recuperado de <https://www.ccss.sa.cr/noticia?ccss-brinda-aseguramiento-universal-y-subsidiado-por-el-estado-a-cerca-de-150-mil-nucleos>
- Sanmartín, J. (2013). Políticas de control migratorio. Estudio comparado de España y EE.UU. *RIPS: Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, 12 (1), 245-247. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5498383>

- Sanz, N. y Valenzuela, J. M. (2016). *Migración y cultura*. Recuperado de [unesdoc.unesco.org/images/0024/002477/247760s.pdf](https://unesdoc.unesco.org/images/0024/002477/247760s.pdf)
- Segura, G. (2016). *Vigésimo segundo informe Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible. Acceso a la regularización migratoria e integración social de las personas migrantes en Costa Rica*. Recuperado de [https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/022/Equidad/Segura\\_2016.pdf](https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/022/Equidad/Segura_2016.pdf)
- Stein, E. y Tommasi, M. (2006). La política de las políticas públicas. *Política y Gobierno*, 13 (2), 393-416. Recuperado de <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/viewFile/286/196>
- Suárez, D. (julio-diciembre, 2008). Causas y efectos de la migración internacional. *Perspectivas*, (22), 61-180. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/4259/425942158006.pdf>
- Vargas, M. (2009). Desarrollo e impacto de la política migratoria en Colombia. *Derecho y Realidad*, (14), 7-18. Recuperado de [https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho\\_realidad/article/download/.../4073/](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/.../4073/)
- Velázquez, R. (enero-junio, 2009). Hacia una nueva definición del concepto “política pública”. *Desafíos*, 20, 149-187. Recuperado de [www.redalyc.org/service/redalyc/downloadPdf/3596/359633165006/6](http://www.redalyc.org/service/redalyc/downloadPdf/3596/359633165006/6)

# Los desafíos fiscales de la economía digital

*Tax challenges of the digital economy*

Rodrigo Castro Salazar <sup>1</sup>

Fecha de ingreso: 10/09/2019. Fecha de aceptación: 10/2/2020

## Resumen

La velocidad en la expansión de la economía digital provoca fuertes retos regulatorios que el Derecho debe resolver, a fin de conciliar la realidad económica imperante con el ordenamiento jurídico. Entre los principales desafíos se encuentran los fiscales, que requieren ser abordados mediante normativas eficientes y flexibles, capaces de adaptarse a los nuevos modelos de negocio, cuyas características intrínsecas incrementan los riesgos de prácticas de erosión de la base imponible y traslado de beneficios, que pueden impactar la recaudación de impuestos en las diferentes jurisdicciones.

## Palabras clave

Economía digital, desafíos fiscales, IVA.

## Abstract

The fast growth of the digital economy provokes strong regulatory challenges that must be solved, in order to reconcile the prevailing economic reality with the legal system. Among other challenges that must be faced there is taxation, which must be addressed through efficient and flexible regulations capable of adapting to the new business models, that due to their intrinsic characteristics increase the risks of base erosion and profit shifting that may impact the tax collection in different jurisdictions.

---

<sup>1</sup> Egresado de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica. Correo electrónico: rodcasal@icloud.com

## Key words

Digital economy, tax challenges, VAT.

## Introducción

Según Kelsen (2009), la sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres, y el derecho — como ciencia social normativa— procura brindar un orden jurídico a hechos o a situaciones cotidianas, que responden a una realidad imperante en un espacio y en un tiempo determinado, es decir, a una realidad histórica. En consecuencia, el derecho avanza como respuesta a las interacciones que emergen en la sociedad, producto de la evolución manifiesta en las disciplinas que componen el quehacer humano. Señala el citado autor que

una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas (Kelsen, 2009, p. 25).

Esto resalta la necesidad de un marco normativo para la vida en sociedad, que debe adaptarse conforme esta evolucione. De ahí que la tecnología como elemento en constante evolución represente en la actualidad uno de los mayores retos normativos, que tal y como lo apunta Sanz (1997), al comentar que “la interacción entre el Derecho y la tecnología constituye un fenómeno cada vez más relevante en nuestra sociedad, que genera constantes cambios para el ordenamiento jurídico” (p. 499) y a mayor abundamiento manifiesta que,

el prodigioso avance de la informática y la masiva implantación de los ordenadores en todos los sectores de la sociedad ha abierto paso a una nueva etapa histórica con unas consecuencias todavía imprevisibles. En el campo del derecho el tratamiento científico

sobre cuestiones informáticas está teniendo un extraordinario desarrollo, ya no limitado a cuestiones de carácter filosófico-jurídico (p. 501).

Consecuentemente, en tanto que la tecnología se ha instaurado en todos los ámbitos de la sociedad, el derecho no ha sido ajeno a esta transformación y actualmente alcanza un importante desarrollo que trasciende los aspectos teóricos de la problemática en estudio. Tal es el caso del rápido auge de la economía digital, que de conformidad con lo que señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>2</sup>, ha impulsado la evolución de los sistemas tributarios a nivel mundial, que entre otras medidas han venido incorporando la aplicación de gravámenes al consumo, concepto comúnmente acotado como impuesto al valor agregado (IVA)<sup>3</sup>, lo que ha modificado paulatinamente la distribución de las cargas tributarias en las distintas jurisdicciones, conforme a lo que indica la OCDE (2019) con respecto a que

los principales contribuyentes al aumento de los ingresos tributarios en la región de ALC fueron los impuestos al valor agregado (IVA) y los impuestos sobre los ingresos y ganancias. Los ingresos por IVA como porcentaje del PIB en los países de ALC aumentaron 3.7 puntos porcentuales entre 1990 y 2017, tendiendo al nivel promedio de la OCDE (6.0% y 6.8% del PIB, respectivamente, en 2016). Desde 1990, nueve de los 25 países (especialmente los países del Caribe) introdujeron un IVA y se realizaron esfuerzos adicionales en la mayoría de los países para mejorar la movilización del ingreso del IVA (a través de un aumento de las tasas de IVA, la expansión de la base imponible y el fortalecimiento del sistema de recaudo). Los ingresos por impuestos sobre la renta

2 De acuerdo con la OCDE (s. f.), esta organización fundada en 1961, está conformada por 36 países miembros, cuya misión es promover políticas sociales y económicas, para mejorar el bienestar de la población. Actualmente está conformada por: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Letonia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.

3 De conformidad con la definición de Ferreiro, Martín y Rodríguez (2010), “el IVA es un impuesto indirecto, real y objetivo que grava las distintas fases por las que atraviesan los bienes desde su producción al consumo, tomando como base el aumento de valor producido en cada fase” (p. 230). Añaden los citados autores que el IVA se caracteriza por ser un impuesto proporcional y de declaración periódica, conformado por todos los hechos generadores realizados por un sujeto específico y comprendidos dentro de un plazo determinado.

y las ganancias aumentaron un 2.8% del PIB en el mismo período, principalmente debido al auge de los precios de los productos básicos (p. 2).

Bajo esa tesitura, se puede apreciar que los dos elementos que mayormente han incidido en el crecimiento de los ingresos tributarios en América Latina han sido el IVA y los impuestos sobre la renta y las ganancias, lo que refleja el esfuerzo de los países del área por fortalecer sus sistemas de recaudación, mediante la ampliación de la base imponible o el aumento en las tasas de IVA.

### **Consideraciones tributarias**

De acuerdo con Villegas (1994), los tributos se pueden definir como aquel instrumento jurídico de carácter unilateral, que establece el Estado mediante el ejercicio de su poder de imperio, para reclamar coercitivamente obligaciones dinerarias a sus administrados, con el fin de incrementar sus ingresos disponibles para satisfacer las necesidades colectivas o las suyas propias. Adicionalmente, considera este autor que

la caracterización jurídica del tributo en sí mismo e independientemente de sus especies (impuestos, tasas, contribuciones especiales), es importante para establecer los elementos comunes a todas las especies, así como sus notas específicas que lo diferencian de otros ingresos públicos. Tributos son las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines (p. 67).

Villegas (1994) también plantea que siendo las tres especies de un mismo género —impuestos, tasas y contribuciones especiales— solo se diferencian entre sí por el presupuesto de hecho que las origina, pero que independientemente del tipo o de la especie, su naturaleza jurídica tiene cuatro características esenciales: a) son prestaciones de dinero; b) exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imperio; c) se exigen mediante una ley; d) son para cubrir las necesidades colectivas o las propias. A continuación, se detallan ampliamente: a) Prestaciones de dinero: comúnmente, los tributos se referirán a prestaciones dinerarias; sin embargo, no es un requisito indispensable en tanto contengan un valor pecuniario. Adicionalmente, deberán cumplir con los demás elementos de la estructura jurídica y encontrarse avaladas por la legislación

correspondiente. Menciona el autor como ejemplo que tanto en México como en Brasil los códigos tributarios admiten las prestaciones tributarias en especie.

b) Exigidas en ejercicio del poder de imperio: es facultad del Estado establecer los tributos de forma unilateral y compeler el pago de las prestaciones establecidas a los administrados. La coacción se manifiesta principalmente en que se prescinde de la voluntad del obligado en la génesis del tributo que le será exigible.

c) En virtud de una ley: los tributos responden al principio de legalidad, lo que significa que necesariamente atienden a una ley previa que los establece y que en todos los casos emanarán de una circunstancia fáctica hipotética y condicionante, denominada como hecho imponible y cuya realización quedará sujeta al cálculo cuantitativo que la ley tributaria proporcione para cada uno de los casos.

d) Para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines: en principio, el fin último del tributo debería ser fiscal (obtención de ingresos para cubrir las necesidades públicas); sin embargo, el tributo también podría estar dirigido a fines extrafiscales, o no dirigidos a la obtención de ingresos para cubrir necesidades colectivas, sino como instrumentos limitativos o para desincentivar actividades económicas específicas, de ahí que Villegas (1994) apunta que,

sin embargo, este objetivo extra fiscal adicional (aun siendo la motivación prevaleciente de alguna determinada medida tributaria) no constituye la esencia jurídica de la institución del tributo, sino la utilización para objetivos económico-sociales de una herramienta de intervencionismo (p. 68).

En consecuencia, se puede decir que los instrumentos extrafiscales podrán ser utilizados por el Estado para intervenir activamente determinados mercados, con el fin de desincentivar ciertas actividades económicas, mediante el establecimiento de gravámenes sobre aquellas actividades comerciales que no se consideran de interés nacional.

## **La economía digital**

De acuerdo con la OCDE (2014), los servicios digitales son todos aquellos ofertados intra o extraterritorialmente, mediante la utilización de recursos provenientes de las tecnologías de la

información y la comunicación (TIC) que están dirigidos a empresas, particulares, gobiernos u otras organizaciones públicas o privadas, y cuya entrega final del bien o servicio puede ser realizado mediante cualquier otro medio. De igual forma, señala este organismo que

la economía digital ha dado lugar a una serie de nuevos modelos de negocio. Si bien muchos de estos modelos tienen un modelo análogo en el comercio tradicional, los recientes avances de las TIC han hecho posible llevar a cabo diversos tipos de actividad con un alcance y salvando distancias considerablemente mayores de lo que antes era posible (p. 82).

Dicho de otra forma, los nuevos modelos de negocio de la economía digital potencian su alcance mediante la utilización de las TIC, que les revisten de características que les facilitan su rápida expansión e internacionalización; de ahí que Laudon y Guercio (2009) atribuyen a este tipo de servicios las siguientes características: a) la ubicuidad, referida a la posibilidad de alcanzar a los potenciales consumidores en cualquier tiempo y lugar; b) el alcance global, entendido como la ruptura de los límites geográficos para la comercialización de un determinado producto o servicio; c) los estándares universales a nivel tecnológico que facilitan la interacción con diferentes latitudes; d) la incorporación del formato multimedia —texto, audio y video—; e) la interactividad entre proveedores y consumidores; f) la mayor densidad de la información actual a menores costos; g) la personalización de los servicios a grupos o individuos conforme a sus características o a sus gustos y preferencias; y h) las interacciones con las comunidades digitales, conforme al nuevo modelo social que impera en el mundo digital.

Con base en el criterio externado por la OCDE (2015), el desarrollo de las TIC se ha caracterizado por la vertiginosa evolución tecnológica, que ha traído aparejada una reducción en los costos de producción y de comercialización de los productos y servicios, lo cual ha permitido a las empresas masificar su oferta mediante precios más bajos y competitivos, tal y como se afirma en el citado informe, al expresar lo siguiente: La economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya revolución ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente,

mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía (p. 5).

En efecto, conforme la economía digital se transforma gracias a la evolución de las TIC, se estandariza y se abarata el desarrollo de nuevas tecnologías, lo que a su vez impulsa una mayor innovación y disrupción en todos los sectores económicos, fortaleciendo así los procesos de comercialización de los productos y servicios ofertados en los mercados en competencia, tal cual es expuesto ampliamente por la OCDE (2014), que detalla que los principales componentes derivados de las TIC son los siguientes:

- a) Dispositivos informáticos personales: en este apartado incluye todos aquellos dispositivos de uso personal con acceso a la red, tales como los teléfonos inteligentes, las tabletas, los televisores y algunos otros aparatos que en su conjunto dan origen a una infraestructura interconectada, también conocida como el internet de las cosas, la cual permite a los fabricantes recabar información exhaustiva de los usuarios, que les permite modificar y personalizar su oferta con base en los gustos y preferencias manifiestas.
- b) Redes de telecomunicaciones: se refiere a la infraestructura articulada de las redes de telecomunicaciones que conforman internet, las cuales están integradas por los proveedores de componentes de red, las empresas intermediarias de infraestructura y equipamiento, los proveedores de servicios de internet y los proveedores de contenidos.
- c) Software: la red informática mundial (www, por sus siglas en inglés) ha impulsado la proliferación de diversas aplicaciones informáticas basadas en la red. Esto se ha logrado con base en la utilización de códigos abiertos de programación y de la definición de estándares en los protocolos de la red.
- d) Contenidos: los contenidos son todos aquellos materiales generados por profesionales, empresas o particulares, protegidos o no por derechos de autor, los cuales se encuentran debidamente indexados para que puedan ser encontrados fácilmente por los usuarios mediante la utilización de motores de búsqueda. Dice el estudio que los contenidos son el motor subyacente del sector publicitario y por ende es un elemento clave para atraer al público meta y monetizarlo.
- e) Tráfico y uso de datos: concepto conocido también como *Big Data*, que se refiere a la capacidad de recabar datos útiles en la red, la cual incrementa conforme más dispositivos se encuentren conectados, para lo que se desarrollan sofisticadas herramientas que les permiten a las empresas de todos los sectores, registrar la actividad y la información personal de los usuarios, con el fin de adaptar sus productos

y servicios a las necesidades del mercado, tal y como se ilustra en la tabla 1. Estos datos pueden ser obtenidos mediante diversas formas: a) facilitados voluntariamente por los usuarios mediante suscripciones, b) observados mediante la actividad de navegación registrada en la red o c) inferidos mediante el análisis de las actividades en línea.

f) Procesos basados en la nube: concepto conocido como *cloud computing* o como computación bajo demanda o computación ubicua, que se refiere al servicio provisto en la red mediante la virtualización de aplicaciones, a través de arquitecturas orientadas a servicios y recursos compartidos, el cual ha impulsado el crecimiento de modelos de negocio de todo tipo, como servicio, denominados como XaaS, que transforma el mercado de los productos informáticos, de bienes a servicios.

g) Internet de las cosas: se refiere a todos los dispositivos que están o que podrían estar conectados a la red, cuyo mayor potencial reside en la posibilidad de ampliar exponencialmente la cantidad de datos que podrán recabarse y que proveerán a las empresas de datos pormenorizados de los usuarios, a fin de incrementar su precisión en la toma de decisiones comerciales, y aumentar su rentabilidad y su adaptabilidad al entorno.

h) Monedas virtuales: también conocidas como criptomonedas, se considera dentro de esta clasificación a cualquier unidad digital de intercambio que no cuente con el respaldo de emisión de un Banco Central. Para garantizar la seguridad e integridad de las transacciones, se basan en la criptografía. Conforme se acrecienta su uso, surgen inquietudes en cuanto a su regulación, por cuanto las transacciones son de carácter anónimo.

i) Robótica avanzada: el vertiginoso desarrollo de la automatización basado en el uso de robots inteligentes en red genera en la actualidad un aumento de productividad en las fábricas y se estima que conforme evolucione la inteligencia artificial, la influencia de los robots se expandirá más allá de la industria manufacturera, a otros sectores de la economía.

j) Impresión en 3D: se considera que los avances en este tipo de impresiones acerca el proceso de fabricación con el cliente, lo que incide directamente en el diseño de las características del producto. Esto permite un desplazamiento de la producción en masa de productos estandarizados a productos más personalizados. Adicionalmente, se considera que esta tecnología puede contribuir a reducir el impacto ambiental, por cuanto reduce la cantidad de fases necesarias para la entrega de un producto, a la vez que minimiza la cantidad de desechos.

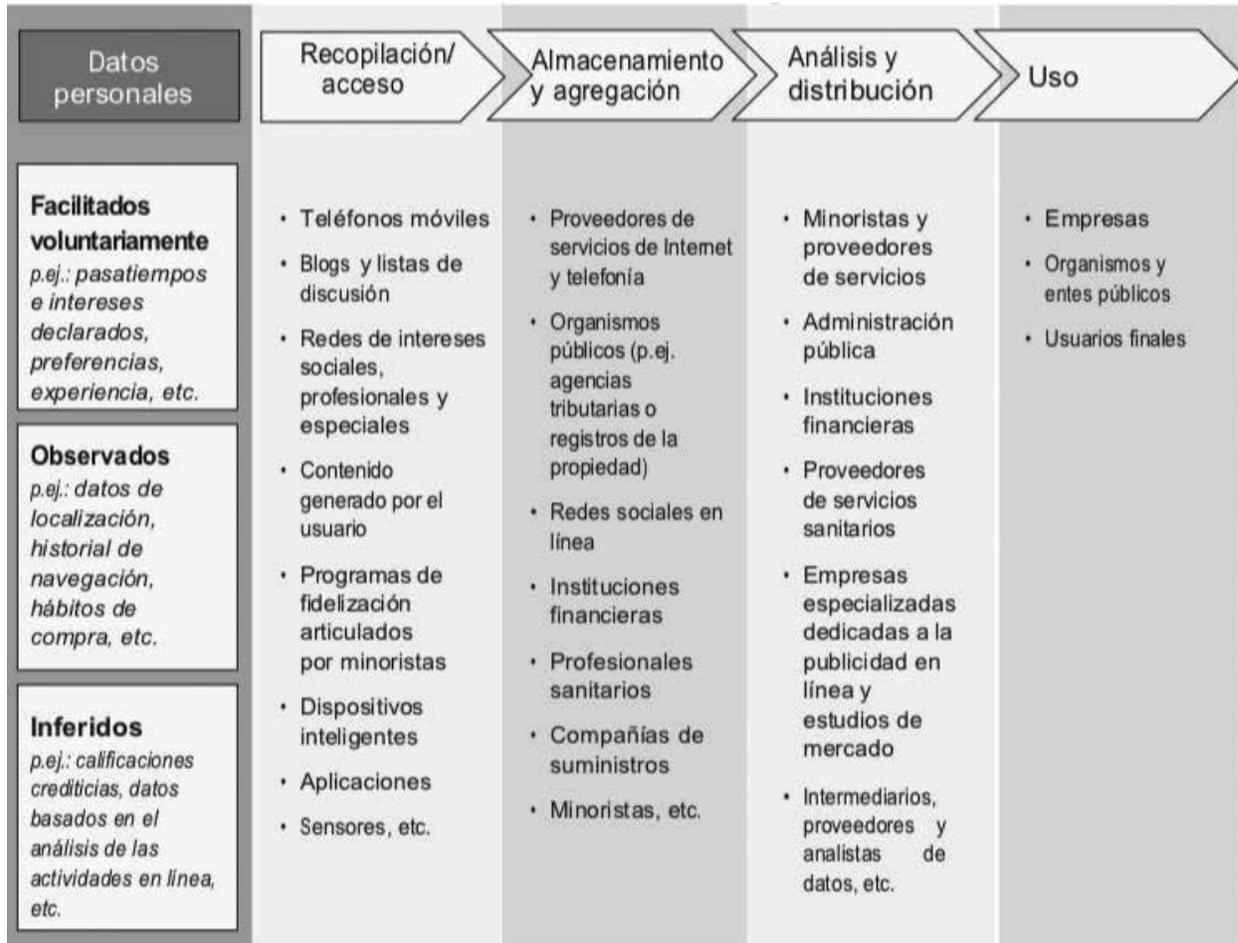
k) El consumo colaborativo: también conocido como economía colaborativa, es una las mayores tendencias actuales en relación con la economía digital, la cual hace referencia al intercambio de bienes

o servicios entre pares. Este tipo de modelo de negocio se basa en el uso de plataformas digitales centradas en un determinado producto o servicio —tal es el caso de transporte y alojamiento— que permiten ofertar a precios competitivos.

l) Acceso a datos de la Administración: los administrados demandan mayor comunicación y transparencia, lo que ha llevado a que los Estados instauren políticas de información abierta, con el fin de facilitar herramientas en pro de la transparencia y de la rendición de cuentas; así como de incrementar la participación activa de la sociedad civil, por medio de aplicaciones de gobierno digital.

m) Protección reforzada de los datos de carácter personal: en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, los datos de carácter personal se encuentran protegidos por normas de privacidad y de confidencialidad, de ahí que una de las mayores preocupaciones en la actualidad gira en torno a la regulación requerida para la recopilación y la explotación de datos personales por parte de organizaciones y empresas.

Tabla 1. -*Datos de carácter personal*



Fuente: Tomado de OCDE, 2014, p. 65.

De modo semejante a lo que plantea la OCDE (2014), en relación con los elementos supracitados, agregan Laudon y Guercio (2009) que el desarrollo exponencial del comercio electrónico basado en los cimientos tecnológicos provistos por la internet y las TIC ha logrado romper con los esquemas tradicionales de negocio y ha permitido abrir nuevas oportunidades comerciales, mediante propuestas altamente disruptivas que se constituyen sobre plataformas tecnológicas basadas en la nube, que habilitan la interacción directa entre los proveedores de servicios digitales y los consumidores finales, transformando los hábitos de consumo en los diferentes mercados, según el nivel de penetración tecnológica imperante en cada uno. Por su parte, Martínez (2005) subraya que las TIC impulsan el proceso de globalización comercial y

el crecimiento progresivo en la multilateralidad de los flujos de transacciones transfronterizas, que en muchos casos inicia mediante un proceso profundo de integración regional, que trae consigo un mayor número de agentes que ofertan sus productos a escala, con sus consecuentes movimientos de capital.

## Efectos fiscales de la economía digital

En relación con los efectos fiscales generados por esta nueva economía, la OCDE (2015) considera que “la economía digital es objeto de una constante evolución, de ahí la importancia de supervisar toda perspectiva de futuro y posibles avances para determinar su impacto en los sistemas tributarios” (p. 16).

Con base en el estudio realizado por la OCDE (2014), se puede afirmar que los desafíos fiscales provenientes de la economía digital actualmente representan una gran preocupación para los principales foros económicos del mundo —G7<sup>4</sup>, G20<sup>5</sup> y OCDE—, que desde hace algunos años han venido trabajando en propuestas y acuerdos de alcance internacional, con el fin de estandarizar integralmente las medidas para el abordaje de esta materia, tal como se observa en el hecho de que

dirigentes políticos, medios de comunicación y la sociedad civil de todos los rincones del mundo han manifestado su preocupación por la planificación fiscal llevada a cabo por empresas multinacionales (EMN) que se aprovechan de las lagunas en la interacción entre los distintos sistemas tributarios para minorar artificialmente las bases imponibles o trasladar los beneficios a países o territorios de baja tributación en los que realizan poca o ninguna actividad económica (p. 15).

El propósito del informe anteriormente referido es establecer una serie de iniciativas en temas de fiscalidad internacional, alusivas a los riesgos provocados por las prácticas de erosión de la base imponible y traslado de beneficios, denominadas BEPS (por sus siglas en inglés de *Base Erosion and*

4 Según la definición de la Comisión Europea (s. f.), el G7 es un organismo creado como foro informal en 1975, que actualmente se encuentra conformado por los principales países industrializados del mundo—Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido— por lo que se ha convertido en una plataforma para diseñar respuestas políticas a los retos globales.

5 Conforme a la definición de la Comisión Europea (s. f.) el G20 es un organismo creado en 1999 y conformado por 20 países, que en su conjunto representan alrededor del 90 % del PIB mundial y cuyos Estados miembros son: Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, República de Corea, Rusia, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea.

*Profit Shifting*). Estas propuestas fueron desarrolladas partiendo de las condiciones tributarias marco, conocidas como los Principios de Ottawa<sup>6</sup>, que proponen lo siguiente:

**a) neutralidad**, debe procurarse la equidad entre las distintas formas de comercio, sean electrónicas o tradicionales, de tal forma que las decisiones comerciales se fundamenten en consideraciones económicas y no tributarias, con el fin de que los contribuyentes en situaciones análogas, estén sometidos a niveles impositivos similares;

**b) eficiencia**, debe procurarse la reducción de costes de cumplimiento a los contribuyentes y los gastos administrativos de las administraciones tributarias;

**c) certeza y simplicidad**, referido a que las normas tributarias deben ser claras y fáciles de entender para los obligados;

**d) efectividad y justicia**, debe procurarse que los sistemas tributarios generen la cuantía idónea de impuestos en tiempo y forma, con el fin de reducir al máximo las posibilidades de evasión y fraude fiscal y

**e) flexibilidad**, se exhorta a los sistemas tributarios que sean dinámicos y flexibles, para facilitar su adaptación a la nueva economía digital.

No obstante, la OCDE (2014) estima que los riesgos de prácticas elusivas BEPS no son exclusivos de los modelos de negocio de la economía digital; sin embargo, los componentes que los caracterizan y los conforman exacerbaban los riesgos de este tipo de prácticas, por lo que para poder enfrentarlos eficazmente se requiere en primera instancia poder identificarlos y desde ahí establecer soluciones concretas a cada uno de ellos. Del mismo modo, la OCDE (2015) apunta que

las actividades consistentes en la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) pueden distorsionar igualmente la competencia, en cuanto pueden ocasionar una desventaja competitiva a las empresas que operan únicamente a nivel nacional o que se abstienen de recurrir a prácticas elusivas BEPS, viéndose abocadas a competir

6 De acuerdo con la OCDE (2014), los Principios de Ottawa son un conjunto de principios fiscales que han de aplicarse a la economía digital y que fueron aprobados con ocasión de la Conferencia Ministerial de Ottawa sobre comercio electrónico, celebrada en la ciudad de Ottawa, Canadá en 1998.

con empresas multinacionales (EMN) capaces de eludir o minorar la presión fiscal al trasladar sus beneficios al extranjero (p. 111).

Se desprende de lo anterior, que las prácticas elusivas BEPS socavan la integridad del sistema tributario y dificultan la obtención de ingresos fiscales, lo que repercute en una mayor presión fiscal para los obligados dentro del territorio en el que se generan ingresos, por cuanto el sistema deja de percibir las rentas susceptibles de ser gravadas, de aquellos agentes económicos que transfieren sus rentas a otras jurisdicciones.

En otro aspecto, la OCDE (2014) identifica que desde una perspectiva jurídico-fiscal los principales desafíos identificados en materia tributaria provenientes de las transacciones emanadas de la economía digital y que generan riesgos BEPS en la imposición directa son las siguientes:

a) Evitar una presencia fiscalmente imponible: los modelos de negocio propios de la economía virtual permiten que las empresas puedan comercializar sus productos internacionalmente mediante la utilización de medios digitales, sin la necesidad de contar con presencia física en los países donde comercializan sus productos, lo que significa que eventualmente algunas de ellas podrían no resultar sometidas a gravámenes de renta en algunas locaciones, por no contar con un establecimiento permanente.

b) Minimizar los rendimientos imputables a funciones, activos y riesgos en los Estados de la fuente: se refiere a aquellos casos en que se establecen filiales o establecimientos permanentes en determinadas jurisdicciones, pero estructurando las actividades locales de tal forma, que los beneficios susceptibles a gravámenes resulten limitados, reduciendo así la rentabilidad económica en los Estados de la fuente y transfiriendo los rendimientos a territorios de baja tributación.

c) Maximizar las deducciones en los Estados de la fuente: esta es una de las prácticas habituales BEPS, la cual consiste en maximizar la aplicación de deducciones mediante el pago por concepto de intereses, cánones, cuotas de servicio o regalías, a otras empresas del mismo grupo económico, ubicadas en otras jurisdicciones.

d) Evitar la retención en la fuente: este instrumento se refiere a aquellas prácticas elusivas que procuran aplicar el tratado que les resulte más favorable —comúnmente conocido como el *treaty shopping*—

mediante la utilización de estructuras jurídicas ubicadas en países con redes de convenios fiscales más favorables.

e) Eliminar o reducir impuestos en el país intermediario: esta otra modalidad de práctica BEPS consiste en la posibilidad de que las empresas puedan establecer funciones, activos o riesgos, en jurisdicciones con regímenes fiscales especiales o favorables, circunstancia que abre paso a estrategias de erosión de la base imponible, por parte de las empresas multinacionales.

f) Eliminar o reducir impuestos en el país de residencia efectiva de la matriz: se refiere a la posibilidad de elusión mediante la aplicación análoga de las prácticas BEPS citadas, en el país donde se ubique la sociedad o casa matriz, por medio de la transferencia de riesgos y de la titularidad de los activos intangibles, a entidades del grupo domiciliadas en jurisdicciones de reducida tributación.

Del mismo modo, la OCDE (2014) señala, en lo concerniente al IVA, que, a pesar de las diferencias estructurales en relación con los regímenes de imposición directa, la economía digital también plantea fuertes presiones sobre la estructura impositiva relacionada con las cadenas de valor añadido, por cuanto

los desafíos planteados por la economía digital conciernen igualmente a los regímenes IVA, en particular en aquellos casos en los que consumidores particulares adquieren bienes, servicios y activos intangibles a proveedores situados en el extranjero. En parte, ello se debe a la inexistencia de un auténtico marco internacional que garantice la recaudación del IVA en el lugar de consumo. La ausencia de una norma internacional para la aplicación, recaudación y remisión de este tributo a un número potencialmente elevado de administraciones tributarias, plantea dificultades y genera elevados costes de cumplimiento en detrimento de los agentes económicos y, en particular, de las pequeñas y medianas empresas (p. 139).

Cierto es que, uno de los mayores desafíos fiscales de la economía virtual son las transacciones relacionadas con la adquisición de servicios digitales transfronterizos, que entre otros la OCDE (2014) identifica como posibles generadores de prácticas elusivas BEPS y que pormenoriza según se listan a continuación:

a) Suministros digitales a distancia a empresas exentas: en términos generales, se considera que el IVA genera un menor impacto fiscal en las empresas, por cuanto estas tienen la posibilidad de reembolso aplicando la liquidación correspondiente, por esa razón la gran parte de suministros transfronterizos no suponen riesgos BEPS; sin embargo, el riesgo refiere a aquellos casos en los que la empresa en el extranjero se encuentre exenta de IVA, o bien, sujeta a gravámenes excesivamente bajos.

b) Suministros digitales a distancia a empresas multilocalizadas: normalmente esta práctica consiste en la compra centralizada de suministros digitales, los cuales posteriormente son refacturados a cada una de las filiales que los consumen; no obstante, el riesgo de erosión de la base imponible está presente, por cuanto en muchas jurisdicciones las operaciones efectuadas entre establecimientos de un mismo grupo económico se encuentran exentas del pago de IVA.

c) Pérdidas recaudatorias: las administraciones públicas enfrentan el riesgo de pérdidas recaudatorias, generado por las altas cargas administrativas requeridas para la gestión de un alto volumen de transacciones de bajo valor, que al fin y al cabo representan una porción marginal de los ingresos recaudatorios.

## La obligación tributaria en Costa Rica

Primeramente, la Constitución Política (Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica, 1949) establece las bases del sistema tributario imperante en el país y exhorta a que los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos” (art. 18). Adicionalmente y de manera concomitante, la citada Constitución establece las siguientes disposiciones en relación con los tributos: a) artículo 24, menciona que son inviolables los documentos privados y las comunicaciones de los habitantes; sin embargo, admite la posibilidad de que en algunos casos los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República puedan revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios; b) artículo 105, prohíbe el referéndum en materia presupuestaria, tributaria y fiscal, entre otras; c) artículo 121, atribuye a la Asamblea Legislativa —sin que proceda la delegación— la facultad de establecer impuestos y contribuciones nacionales y autorizar los municipales; d) artículo 123, prohíbe la iniciativa popular en materia presupuestaria, tributaria y fiscal, entre otras; e) artículo 124, prohíbe la delegación de proyectos de ley referentes a la creación de los impuestos nacionales o a la modificación de los existentes, entre otros; y, por último, e) artículo 140, exige expresamente al Poder Ejecutivo,

que todo contrato administrativo referente a la exención de impuestos o tasas debe someterlo a la aprobación del Poder Legislativo.

En segundo término, el Código Tributario (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1971) complementa las disposiciones constitucionales y en su artículo 2 describe las fuentes que constituyen el sistema tributario costarricense, por orden de jerarquía jurídica, tal y como se muestra a continuación: a) disposiciones constitucionales; b) tratados internacionales; c) leyes; y, por último, d) reglamentos y disposiciones generales.

En otro aspecto, el mencionado cuerpo normativo brinda en su artículo 4 las siguientes definiciones: a) **tributos**, son todas aquellas prestaciones en dinero —impuestos, tasas y contribuciones especiales— que el Estado exige en el ejercicio de su poder de imperio, con el fin de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines; b) **impuestos**, son aquellos gravámenes que provienen de un hecho generador independiente a la actividad estatal; c) **tasas**, son los tributos inherentes al pago de servicios efectivos o potenciales provistos por el Estado; d) **contribuciones especiales**, se refiere a las obligaciones derivadas de la realización de obras públicas o de actividades estatales, ejercidas en forma descentralizada o no. Cabe señalar que tanto en las tasas como en las contribuciones especiales el recaudo no debe tener un destino ajeno al financiamiento de las obras o de las actividades que constituyen la razón de ser de la obligación.

En el caso costarricense, los elementos que conforman la naturaleza jurídica de las obligaciones tributarias, se subsumen en el Código Tributario, tal cual se muestra en la siguiente definición: “son tributos las prestaciones en dinero (impuestos, tasas y contribuciones especiales), que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines” (art. 4). Señala también este artículo que solo mediante ley se puede: a) crear, modificar o eliminar tributos; b) otorgar exenciones o reducciones; c) tipificar las infracciones y sus sanciones correspondientes; d) establecer privilegios o beneficios tributarios y e) regular las vías de extinción de las obligaciones tributarias.

En relación con el nacimiento del vínculo jurídico originado por las cargas tributarias, el Código Tributario establece que “la obligación tributaria surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el hecho generador previsto en la ley; y constituye un vínculo de carácter personal” (artículo 11). Añade Jinesta (1991) que la génesis de la obligación tributaria nace

al producirse el presupuesto de hecho del tributo (hecho generador) previsto por la ley, teniendo la determinación un efecto declarativo, pues a través de la misma se reconoce formalmente y documentalmente una obligación tributaria preexistente, fijándose la base calculada, propia de la situación particular, sobre la cual se aplica la tarifa y se obtiene el quantum de la deuda (p. 8).

En efecto, se puede afirmar que la obligación tributaria surge con la realización del hecho generador debidamente tipificado, para el cual se preestablece una tasa de cálculo específica, mediante la que se obtiene el monto de la obligación para el contribuyente. Aunado a lo anterior, el Código Tributario declara que los principales elementos que conforman la conexidad jurídico-tributaria son los sujetos, el hecho generador y la base imponible, los cuales define en los siguientes artículos: a) artículo 14, el sujeto activo es el ente acreedor del tributo; b) artículo 15, el sujeto pasivo es la persona obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable; c) artículo 17, la condición de obligado por deuda propia podrá recaer en personas naturales o jurídicas, en fideicomisos o en cualquier otra figura a la que se le atribuya la calidad de sujeto de derecho; d) artículo 21, la condición de obligado por deuda ajena podrá recaer sobre los padres o curadores, representantes legales de las personas jurídicas, fiduciarios, mandatarios, curadores, representantes de sociedades en liquidación, así como en albaceas; e) artículo 31, el hecho generador de la obligación tributaria es el presupuesto establecido por ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación; f) artículo 32, el hecho generador de la obligación tributaria verifica su realización en las situaciones de hecho, desde el momento en que se hayan realizado las circunstancias materiales necesarias para que produzca los efectos que normalmente le corresponden y en las situaciones jurídicas, desde el momento en que estén definitivamente constituidas de conformidad con el derecho aplicable.

## **Contexto fiscal costarricense**

Con base en los considerandos señalados en el Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (Ministerio de Hacienda, s. f.), la situación fiscal del país responde principalmente al estancamiento de las cargas tributarias, a la deficiente recaudación sobre los impuestos vigentes, a los limitados controles sobre las exoneraciones, al crecimiento del gasto público sin sus respectivas fuentes de ingreso y a la falta de gravámenes sobre el sector más dinámico de la economía, es decir, el sector servicios. Asimismo, estas consideraciones del citado Proyecto de Ley señalan que

basta comparar la carga tributaria de Costa Rica con otras regiones, para corroborar que esta se mantiene por debajo del promedio de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) y de América Latina y el Caribe. La insuficiencia de ingresos tributarios para financiar el gasto social, ha hecho que el país tenga que recurrir al endeudamiento como mecanismo para cubrir el faltante entre ingresos y gastos. En el 2015 la relación entre la deuda del Gobierno central con respecto al PIB llegó al 45%, cifra que aumentó más de 20 puntos del PIB en menos de una década (2008-2016) y que continuará creciendo a ese ritmo, si no se concretan las reformas hacendarias pertinentes, en lo referente a los Impuestos al Valor Agregado y Renta (p. 7).

Se puede derivar de lo anterior que una de las principales razones por las que el endeudamiento del Gobierno central ha aumentado es por la insuficiencia de ingresos tributarios y se vaticina que dicho endeudamiento continúe creciendo, excepto que se apliquen las reformas hacendarias correspondientes.

Como ha sido indicado por Araujo y Meehan (2018), el déficit fiscal en Costa Rica superó el 5 % del producto interno bruto (PIB) entre el 2012 y el 2017, por lo que la deuda del gobierno central se ha disparado de menos del 25 % del PIB en el 2008 al 49 % en el 2017. Por esto, dichos autores plantean que

existe un amplio margen para recaudar ingresos adicionales ampliando la base tributaria y continuando en la lucha contra la evasión y la elusión fiscal. Sin embargo, el aumento de los ingresos fiscales no ayudará a contener el déficit, a menos que se restrinja la marcada asignación de recursos con destinos específicos. Por esta razón, el gobierno ha presentado reformas estructurales ante el Poder Ejecutivo a fin de recuperar el control sobre la asignación de recursos, incluyendo la necesidad de resolver la fragmentación institucional. Reformar la estructura salarial del sector público, fortalecer el marco

presupuestario con una nueva regla fiscal que sea operativa y mejorar la gestión de la deuda, son medidas que contribuirían a equilibrar el presupuesto (p. 27).

En síntesis, el planteamiento anterior considera que los efectos positivos de la reforma tributaria solo se alcanzarán, si además de incorporar nuevos hechos generadores y mecanismos de gestión contra la evasión y la elusión fiscal, se incluyen medidas tendientes a contener el gasto público, a disminuir la estructura salarial pública, a mejorar la gestión de la deuda y a definir una nueva regla fiscal.

## **Reforma fiscal en Costa Rica**

La reforma al régimen tributario, mediante la emisión de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (Asamblea Legislativa, 2018), introduce una reforma integral al impuesto sobre las ventas, por cuanto es sustituido por el IVA; adicionalmente, en términos generales se centra en cuatro aspectos esenciales divididos en dos macrocategorías, la primera de ellas tendiente a la generación de ingresos y la segunda enfocada en la contención del gasto público, conforme se detalla a continuación:

### **1. Generación de ingresos**

- a. Modificaciones al impuesto sobre la renta: en aras de establecer un sistema tributario más progresivo, se incorpora un capítulo en la Ley del Impuesto sobre la Renta para gravar las rentas pasivas de capital.
- b. Incorporación del IVA: mediante este impuesto, se procura ampliar la base de contribuyentes, aumentar la tasa imponible y establecer un instrumento de control fiscal dirigido a mejorar la recaudación y combatir la evasión.

### **2. Generación de disciplina fiscal y calidad en el gasto**

- a. Responsabilidad fiscal: se establece una nueva regla fiscal que limita el crecimiento del gasto, de conformidad con la relación deuda del gobierno central *vs.* el PIB.

- b. Adición a la ley de los salarios públicos: se pretende regular el tema de remuneraciones en la función pública, procurando un esquema de eficiencia y calidad en el gasto público.

De acuerdo con Díaz (2018), los modelos tradicionales de tributación presentan limitaciones importantes para adaptarse a los nuevos modelos de negocio, por cuanto los elementos intangibles de la economía digital generan dificultades para establecer la domiciliación de los gravámenes. A este respecto, el citado autor señala que

**frente a este statu quo tradicional, los avances tecnológicos y la globalización económica han transformado los modelos de negocio.** La creación de valor es cada vez menos dependiente de la presencia física de las personas o de la propiedad, los intangibles se están volviendo cada vez más importantes y la determinación del lugar de la tributación se vuelve confuso, **poniendo en cuestión la eficacia de las normas tradicionales de tributación internacional, especialmente en lo que se refiere a las empresas altamente digitalizadas, incluso si afectan al resto de la economía, debido a las dificultades para delimitar las fronteras de la economía digital** (párr. 5). (Los resaltados en negritas son del original).

Así pues, con base en la ya mencionada Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas se puede apreciar que el sistema tributario costarricense inicia una etapa de modernización, basada en las tendencias internacionales dirigidas al saneamiento y al control fiscal, a la vez que procura adaptarse a los nuevos modelos de negocio de la economía digital, por cuanto introduce gravámenes sobre los servicios intangibles brindados mediante la utilización de plataformas tecnológicas, independientemente de su domiciliación, en tanto el servicio sea consumido dentro del territorio costarricense, por cuanto en la norma antes mencionada “se establece un impuesto sobre el valor agregado en la venta de bienes y en la prestación de servicios, independientemente del medio por el que sean prestados, realizados en el territorio de la República” (artículo 1).

## Conclusiones

La economía digital presenta ciertas características intrínsecas que incrementan los riesgos de erosión de la base imponible y de prácticas elusivas asociadas, que impactan directamente en la recaudación de impuestos en las diferentes jurisdicciones, producto de la falta de adaptación de los sistemas tributarios a los nuevos modelos de negocio.

Por una parte, los hallazgos encontrados por la OCDE (2014) en relación con los desafíos fiscales de la economía digital en el ámbito de la imposición directa, se concentran en tres categorías: a) la redefinición de las normas para establecer la existencia del nexo o criterio de sujeción con una jurisdicción determinada; b) el tratamiento fiscal de los datos para estimar el valor creado, a partir de la información recolectada mediante los productos y servicios digitales en un mercado concreto; y c) la calificación fiscal idónea para las rentas generadas por modelos de negocio basados en plataformas en la nube, a lo que agrega que

la naturaleza sin fronteras de la economía digital dificulta la labor de las Administraciones Públicas en lo referente a la identificación de empresas, a la determinación de la magnitud y el alcance de las actividades, a la recopilación y comprobación de datos y a la identificación de clientes. Existe una necesidad apremiante de examinar de qué forma la inversión en cualificación y competencias, tecnologías y gestión de datos puede ayudar a las administraciones tributarias a mantenerse al día y estar debidamente informadas de la transformación que han experimentado las operaciones comerciales a la luz de la aplicación de las nuevas tecnologías (p. 151).

De lo anterior se desprende que uno de los principales retos que plantea la economía digital a las administraciones públicas es la inversión en el capital humano requerido para llevar a cabo sus funciones, así como la inversión en la tecnología necesaria para realizar una gestión eficiente y eficaz, acorde con la evolución tecnológica de la nueva economía.

Por otra parte, la OCDE (2014) considera que los principales desafíos fiscales de la economía digital en el ámbito de la imposición indirecta se encuentran relacionados con el rápido crecimiento del comercio global de servicios y bienes intangibles, así como en la falta de estandarización internacional en relación con la aplicación de los regímenes de IVA, principalmente por las características que conforman estos servicios, a saber, a) la ubicuidad; b) el alcance global; c) los estándares universales tecnológicos; d) la incorporación del formato multimedia; e) la interactividad entre proveedores y consumidores; f)

la mayor densidad de la información actual a menores costos; g) la personalización de los servicios a grupos o individuos conforme a sus características o a sus gustos y preferencias; y h) las interacciones con las comunidades digitales.

Para concluir, se puede afirmar que el sistema tributario costarricense inicia una etapa de adaptación a la luz de los retos que plantean los nuevos modelos de negocio, por cuanto introduce la aplicación del IVA —entre otros— sobre los servicios intangibles brindados mediante plataformas tecnológicas. No obstante, conforme a los desafíos expuestos anteriormente, se puede señalar que la reforma no contempla dentro de su alcance las modificaciones requeridas en el ámbito de la imposición directa, por lo que se constituyen en nuevos retos fiscales que a futuro deberá considerar la Administración tributaria, para enfrentar con la eficiencia y la eficacia requeridas, las repercusiones fiscales emanadas de la economía digital.

## Referencias

- Araujo, S. y Meehan, L. (2018). *Estudios económicos de la OCDE: Costa Rica 2018*. Recuperado de <http://www.oecd.org/eco/surveys/costa-rica-2018-estudios-economicos-de-la-ocde.pdf>
- Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param%20=nrtc&nvalor1=1&nvalor2=871&striptm=tc#ddown](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param%20=nrtc&nvalor1=1&nvalor2=871&striptm=tc#ddown)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1971). *Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario)*. Ley No. 4755. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nvalor1=1&nvalor2=6530](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nvalor1=1&nvalor2=6530)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2018). *Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*. Ley No. 9635. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nvalor1=1&nvalor2=87720](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nvalor1=1&nvalor2=87720)
- Comisión Europea. (s. f.). *Cometido del G20*. Recuperado de [https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/international-cooperation/international-organisations/g20\\_es](https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/international-cooperation/international-organisations/g20_es)
- Díaz, S. (2018). *La tributación en la economía digital*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, CIAT. Recuperado de <https://www.ciat.org/la-tributacion-en-la-economia-digital/>
- Ferreiro, J., Martín, J. y Rodríguez, J. (2010). *Curso de derecho tributario – Sistema tributario español*. (5ª. ed.). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Jinesta, E. (1991). La naturaleza jurídica de la determinación de la obligación tributaria. *Institia*, 5 (58). Recuperado de [http://www.ernestojinesta.com/\\_revistas/naturaleza%juridica%20de%20la%20determinacion%20de%20la%20obligacion%20tributaria.pdf](http://www.ernestojinesta.com/_revistas/naturaleza%juridica%20de%20la%20determinacion%20de%20la%20obligacion%20tributaria.pdf)
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. (4ª. ed.). Recuperado de <https://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>

- Laudon, K., y Guercio, C. (2009). *E-commerce: negocios, tecnología, sociedad*. (4ª. ed.). Recuperado de [https://www.academia.edu/18118486/Ecommerce\\_negocios\\_4ed\\_laudon](https://www.academia.edu/18118486/Ecommerce_negocios_4ed_laudon).
- Martínez, Á. M. (2005). Economía de la globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (9), 17-40. Recuperado de [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/9/017\\_040%20angel%20martinez.pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/9/017_040%20angel%20martinez.pdf)
- Ministerio de Hacienda. (s. f.). *Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*. Recuperado de [https://www.hacienda.go.cr/docs/598dd3403a643\\_ley%20de%20fortalecimiento%20de%20las%20finanzas%20publicas%20%2011%20de%20agosto%20\(final\).pdf](https://www.hacienda.go.cr/docs/598dd3403a643_ley%20de%20fortalecimiento%20de%20las%20finanzas%20publicas%20%2011%20de%20agosto%20(final).pdf)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. (s. f.). *¿Qué es la OCDE?* Recuperado de <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. (2014). *Cómo abordar los desafíos fiscales de la economía digital*. Recuperado de <https://www.oecd.org/ctp/action-1-digital-economy-esp-preliminary-version.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. (2015). *Informes finales 2015*. Recuperado de <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. (2019). *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe*. Recuperado de <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/brochure-estadisticas-tributarias-en-america-latina-y-el-caribe-2019.pdf>
- Sanz, F. J. (1997). *El derecho ante las nuevas tecnologías de la información*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, (1), 499-516. Recuperado de <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1934/ad126.pdf?sequence=1&isallow=y>
- Villegas, H. (1994). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. (5ª. ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

# El bajo desempeño en el trabajo como causal de despido

*The dismissal due to low work performance*

Catalina Conejo Gamboa <sup>1</sup>

Fecha de ingreso: 10/09/2019. Fecha de aceptación: 10/2/2020

## Resumen

Las causales del despido con causa justa se encuentran reguladas en el Código de Trabajo de Costa Rica. Se podría considerar que en el país opera un sistema cerrado de causas de despido; sin embargo, la jurisprudencia laboral ha señalado que se admite la posibilidad de que se puedan sancionar otro tipo de conductas no contempladas de manera específica en la ley, siempre que se logre demostrar que la falta le sea atribuible al trabajador y que haya sido de carácter grave. De ahí que el bajo desempeño en el trabajo, pese a ser una causal atípica, se ha considerado como una causal de despido con causa justa. Los criterios jurisprudenciales que permiten la aplicación de esta causal indican que es necesario que dicha falta sea comprobada mediante parámetros de evaluación objetivos, tales como las evaluaciones de desempeño. El deber de los trabajadores de ejecutar el trabajo con esmero y el desempeño adecuado forma parte de las obligaciones laborales impuestas por la legislación. Por esta razón, ante el incumplimiento de los trabajadores de realizar el desempeño laboral requerido por el patrono, este, en el ejercicio de su poder disciplinario, está facultado para imponer las sanciones que considere convenientes a los trabajadores para lograr la buena marcha de la empresa.

## Palabras clave

Desempeño laboral, bajo desempeño, bajo rendimiento, trabajador, evaluación del desempeño, patrono, poder disciplinario, despido con causa justa

---

<sup>1</sup> La autora es estudiante de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), optante al grado de licenciatura de la carrera de Derecho. Correo electrónico: cata.conejo.gamboa@gmail.com

## **Abstract**

The causes for a fair dismissal are regulated in the Labor Code, a closed system of causes of dismissal could be considered to be operating in Costa Rica. However, labor jurisprudence has indicated that it admits the possibility that other types of conduct which may not be specifically contemplated by law be sanctioned, as long as the employer can demonstrate that the fault is attributable to the worker, and that it has been a serious misconduct. Therefore, underperformance or low performance at work, despite being an atypical cause, has been considered by the labor jurisprudence as a cause for a fair dismissal. The jurisprudence criteria that has enable the application of this case, indicate this type of fault needs to be verified by objective evaluation parameters, such as performance evaluations, also known as performance assessments. The responsibility of workers to carry out work with care and proper performance is part of the labor obligations imposed by the legislation. For this reason, if the workers fail to provide the job performance required by the employer, he can use his disciplinary authority, to impose the sanctions he considers convenient to the workers who are having low work performance, this in order to achieve the good progress of the company.

## **Keywords**

Labor performance, low work performance, underperforming worker, performance assessment, performance evaluation, employer, disciplinary authority, dismissal

## **Introducción**

El derecho laboral tiene como característica distintiva su carácter proteccionista y garantista de derechos del trabajador por encima de los patronos. Al respecto, May (2011) afirma que, efectivamente, “la mayoría de tratadistas, viejos y nuevos, coinciden en reconocer un carácter protector al derecho laboral, del cual se derivan un conjunto de instituciones jurídicas peculiares que le dan autonomía y autosuficiencia” (p. 114). En el ordenamiento jurídico de Costa Rica, el derecho al trabajo se encuentra consagrado en la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de la República de Costa Rica, 1949) en su artículo 56, al declarar lo siguiente:

El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada,

e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.

De conformidad con el principio de jerarquía de normas, el derecho al trabajo se encuentra, pues, regulado desde el nivel más alto en la Constitución Política. Adicionalmente, este derecho forma parte de los derechos humanos y así se expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), artículo 23, al disponer que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Asimismo, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966) se establece que los Estados partes “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

Por tanto, se observa que la protección al derecho al trabajo goza de gran cobertura, no solo en la legislación nacional, sino también en distintos instrumentos internacionales. La jurisprudencia constitucional costarricense se ha pronunciado en el sentido de que, tratándose de materia de derechos humanos, se otorga un rango supraconstitucional a las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales cuando dispongan para aquellos derechos una mayor protección que las normas costarricenses. Así lo ha resuelto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2002a), al declarar lo siguiente:

Esta Sala ha aceptado que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos debidamente firmados y ratificados por las autoridades correspondientes, tienen no solo un valor superior a ley de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, sino que tienen un valor vinculante *erga omnes* y operativo superior a la Constitución en cuanto brinden una mayor protección al ciudadano que la que establece la Carta Magna (Voto salvado, párr. 1).

En relación con lo anterior, Buen (1997) afirma que “el derecho al trabajo debe entenderse siempre en su doble aspecto, tanto para acceder a un trabajo remunerado que permita vivir con dignidad,

como para conservar el empleo y, con ello, los medios económicos para una subsistencia razonable” (p. 502). Del mismo modo, sobre la importancia del derecho al trabajo, Sanguinetti (como se citó en Villavicencio, 2013) expresa que “la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía” (p. 310).

Ahora bien, siendo que el trabajo goza de tal protección por su función social y económica, su pérdida deberá tener causas justas, como las que prevé el Código de Trabajo (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1943), las cuales se analizarán más adelante. No obstante, cuando no medie una causa justa, la Constitución Política, en su artículo 63, establece que “los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”. Esto quiere decir que en Costa Rica existe “libertad de despido por parte del empleador privado, en el sentido de que el trabajador puede ser despedido sin que haya quebrantado gravemente los deberes nacidos del contrato, con la correlativa obligación de éste de indemnizarlo” (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 2002b, Considerando II).

En el contexto de la terminación del contrato de trabajo, Buen (1997) afirma que “toda relación jurídica que surge de un acuerdo de voluntades es susceptible de concluir por decisión de una de las partes, cuando la otra incurre en incumplimiento grave” (p. 505), razón por la cual en el ordenamiento jurídico costarricense las causales mediante las cuales el patrono puede ejecutar un despido con causa justa se encuentran contempladas en el artículo 81 del Código de Trabajo. El numeral citado contiene una lista taxativa de doce causales que permiten dar por terminado el contrato de trabajo sin que el patrono incurra en la responsabilidad de indemnizar al trabajador.

El presente estudio tiene como objetivo analizar de qué manera operan y son aplicables causales de despido distintas a las que contiene el artículo 81 del Código de Trabajo, específicamente a la causal de bajo desempeño en las labores por parte de los trabajadores. Siendo que dicha causal es atípica, su aplicación ha sido posible a través de criterios jurisprudenciales que han permitido utilizar el bajo desempeño en las labores como causal de despido, con fundamento en resultados obtenidos por medio de herramientas, tales como evaluaciones del desempeño.

A la luz de la doctrina y la jurisprudencia emitida por la jurisdicción laboral costarricense que se expondrán más adelante, se pretende analizar el concepto del desempeño laboral y sus métodos de medición; el régimen de despido; los aspectos que debe cumplir la parte patronal, previos al despido; y, por último, la aplicación de causal en la ejecución del despido.

## **Análisis conceptual del desempeño laboral**

Para las empresas, el desempeño laboral de los trabajadores constituye un elemento de gran valor, al respecto, Peteraf y Barney (como se citó en Pablos y Biedma, 2013) consideran que una empresa posee ventaja competitiva “si es capaz de crear más valor económico que su competidor marginal en su mismo mercado de productos” (p. 3). Los autores citados señalan que las empresas que logren conseguir rendimientos mayores a sus competencias deberán “encontrar” aquel factor o factores que les permita mantener esa ventaja en el tiempo. Lo anterior, permite concluir que “el factor humano puede constituir una de las fuentes de ventaja competitiva sostenible más importante para las organizaciones” (Valle-Cabrera, como se citó en Pablos y Biedman, 2013, p. 3).

Es usual en el contexto laboral que los términos desempeño y rendimiento sean empleados como sinónimos, pero no lo son. Para mayor claridad, Murphy (como se citó en Salgado y Cabal, 2011) definió el desempeño como “el conjunto de conductas que son relevantes para las metas de la organización o la unidad organizativa en la que la persona trabaja” (p. 76). Sumado a lo anterior, Aguinis (como se citó en Salgado y Cabal, 2011) afirma sobre el desempeño laboral lo siguiente:

- (1) que el desempeño es lo que hacen los empleados y sus conductas y no lo que el empleado produce o los resultados de su trabajo, aunque en ocasiones como las conductas o actividades no son fácilmente observables, es necesario inferirlas a partir de sus resultados; (2) también señala dos características del desempeño: Es evaluable y es multidimensional (p. 76).

En otras palabras, el desempeño laboral es la manera en que el trabajador ejecuta sus tareas y funciones en el trabajo, y el rendimiento laboral consiste en los resultados que recibe la empresa del trabajo desempeñado de un trabajador. Conforme al criterio de Pablos y Biedman (2013) “el rendimiento es cómo podemos mejorar la productividad (...) en cambio, el concepto de desempeño hace referencia a ‘la forma de hacer’, a todo aquello que contribuye o que hace que un empleado tenga éxito” (p. 13).

En aras de garantizar el éxito empresarial, la implementación de las evaluaciones del desempeño se considera de gran importancia. Al respecto, Dolan (como se citó en Pablos y Biedma, 2013) señala que

la evaluación del desempeño ha ido aumentando su importancia como práctica de recursos humanos debido al incremento de las exigencias de innovación, de la competencia y por las repercusiones de la tecnología en la naturaleza de los puestos de trabajo (p. 4).

En la legislación laboral costarricense, el Código de Trabajo establece en su artículo 71, como parte de las obligaciones de los trabajadores, las siguientes: en el inciso a) “desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo”, que atiende al deber de obediencia que debe cumplir el trabajador frente a las órdenes del patrono; por su parte el inciso b) del mismo artículo dispone que se debe “ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos”, lo cual consagra el deber del buen rendimiento y desempeño de los trabajadores durante sus labores.

Sobre el deber de rendimiento y el desempeño laboral, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2000), falló de la siguiente forma:

En nuestra legislación, el deber de rendimiento está contemplado en los artículos 71, inciso b), y 81, inciso h), del Código ibídem; así tenemos que la primera de esas normas, establece como obligación del empleado ejecutar el trabajo con la intensidad, el cuidado y un esmero apropiados; mientras que, la segunda, contempla como causal de despido justificado la negativa reiterada del trabajador a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste le indique con claridad, para obtener la mayor eficiencia y rendimiento en sus labores (Considerando IV).

En síntesis, se evidencia que el desempeño laboral es un elemento de gran valor para las empresas, porque el aporte de los trabajadores en el día a día del ejercicio de sus funciones es clave para conseguir los objetivos empresariales. Asimismo, existe la obligación de los trabajadores de ejecutar su trabajo con la intensidad y con el esmero adecuado, atendiendo las necesidades del patrono en la actividad que desempeñe el trabajador. Se observa de la sentencia supracitada que la falta de rendimiento en razón de la negativa reiterada del trabajador a acatar las órdenes del patrono puede ser causa justa para

un despido sin responsabilidad patronal. Los requisitos necesarios para que se configure esa falta los expone Carro (como se citó en Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 2000), al expresar que

ya hemos indicado varias veces, que si no existe voluntad de producir la disminución, no cabe hablar de la falta que estudiamos, sino a lo sumo de ineptitud, e igualmente que lo que caracteriza a esta falta, no es el acto aislado, sino la conducta, es decir, que se requiere cierta reiteración, cierta continuidad en la disminución voluntaria que se observa (Considerando IV).

### **Aspectos por considerar durante la etapa contractual**

La etapa de conclusión del contrato de trabajo debe estar presidida por lo dispuesto en el artículo 19 del Código de Trabajo, al determinarse que “el contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley”. Es decir, las cláusulas que se pacten en el contrato generarán, evidentemente, obligaciones para ambas partes y posibles responsabilidades ante las eventuales consecuencias que se deriven del contrato suscrito.

En primer término, al inicio de la relación laboral, es necesario suscribir un contrato de trabajo escrito en el que se obligue a ambas partes —tanto al patrono como al trabajador— a cumplir con las obligaciones que en él se impongan, como lo establece el artículo 18 del Código de Trabajo. Respecto a la necesidad del contrato escrito, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Poder Ejecutivo de la República, s. f.), señala lo siguiente:

Salvo en labores agrícolas y ganaderas, así como en trabajos ocasionales o temporales que no excedan de noventa días, en cuyo caso el contrato puede ser verbal. En todo caso, se presume la existencia del contrato cuando alguien presta servicios o realiza trabajos y otro los recibe a cambio del pago de un salario, pero por seguridad jurídica el Código de Trabajo indica como regla el contrato escrito (p. 2).

En lo que respecta al contenido del contrato, el artículo 24 del Código de Trabajo<sup>2</sup> determina los contenidos mínimos que deben estipularse en el contrato. Es recomendable que los patronos o empleadores faciliten a los trabajadores copia del contrato de trabajo firmado, pues esto les permite a ambas partes contar con un respaldo documental sobre las condiciones que se acordaron en el contrato.

Se debe tomar en cuenta la existencia del principio *in dubio pro operario*, el cual “implica que en caso de que una norma admita varias interpretaciones, debe acogerse aquella más favorable al trabajador” (Durante, 2010, p. 159). Por lo tanto, el patrono se encuentra en una posición tal que le obliga a demostrar las condiciones del contrato de trabajo, dado que el beneficio de la duda se encuentra a favor del trabajador. Dicha labor se dificulta si no existen medios probatorios que consten de forma documental, como es el contrato de trabajo.

En segundo término, una vez que el trabajador ingrese a laborar, tal y como dispone el artículo 67 del Código de Trabajo, el patrono cuenta con la obligación de capacitar al trabajador sobre la normativa interna existente en la empresa. El propósito de que el trabajador sea puesto en conocimiento de dichas normas busca, primero, lograr la buena marcha de la empresa, y segundo, que el trabajador tenga conocimiento de los beneficios, obligaciones y posibles sanciones que son aplicados en la empresa.

Sobre la importancia de los reglamentos internos de trabajo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2006a) ha señalado que desde el momento de su aprobación

la empresa cuenta con una serie de disposiciones disciplinarias para aplicar a sus trabajadores, en caso de incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones que en el mismo Reglamento se disponen de manera particular; sanciones que de otro modo, es decir a falta de Reglamento no sería posible aplicar (p.1)

2 “Artículo 24.- El contrato escrito de trabajo contendrá:

a. Los nombres y apellidos, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio de los contratantes; b. El número de sus cédulas de identidad, si estuvieren obligados a portarlas; c. La designación precisa de la residencia del trabajador cuando se le contratare para prestar sus servicios o ejecutar una obra en lugar distinto al de la que tiene habitualmente; d. La duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido, para obra determinada o a precio alzado; e. El tiempo de la jornada de trabajo y las horas en que debe prestarse éste; f. El sueldo, salario, jornal o participación que habrá de percibir el trabajador; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera, y la forma, período y lugar del pago. (...) g. El lugar o lugares donde deberá prestarse el servicio o ejecutarse la obra; h. Las demás estipulaciones en que convengan las partes; i. El lugar y fecha de la celebración del contrato, y j. Las firmas de los contratantes, en el entendido de que dos testigos podrán sustituir válidamente la de quien no sepa o no pueda hacerlo” (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1943)

Las generalidades contractuales mencionadas con anterioridad son claves en la evaluación del desempeño laboral, dado que es imperativo que la empresa cuente con normativa que regule de forma expresa que los trabajadores serán sujetos a evaluaciones, para lo cual la misma norma deberá describir el método de aplicación y el cálculo de los resultados. Asimismo, la normativa deberá incluir dentro de las sanciones disciplinarias que los resultados negativos en las evaluaciones del desempeño serán motivo de sanción y que, en caso de no corregirse la conducta, la empresa tomará medidas más severas, como puede ser el despido. Lo anterior se fundamenta en el principio de «legalidad de la falta y legalidad de la sanción», según el cual ninguna persona puede ser sancionado por ningún hecho que no haya sido definido previamente por el ordenamiento jurídico, ni sometido a sanción sin autorización legal (Procuraduría General de la República, 2000, párr. 4). En este mismo sentido, sobre los alcances de la potestad sancionatoria disciplinaria, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2004b) ha declarado lo siguiente:

la potestad sancionatoria disciplinaria debe respetarse el principio de tipicidad, éste no se aplica con el mismo rigor que en la materia penal (...)

De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo (Considerando III).

Pero, ante la ausencia de un reglamento interno de trabajo, el fundamento jurídico que puede permitir la aplicación de sanciones disciplinarias es el Código de Trabajo, al establecer las causales de despido en el artículo 81 y la amonestación cuando se incurra en alguna de las prohibiciones del artículo 72 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2006a). Se concluye, pues, que la potestad del patrono de detallar hechos punibles en su reglamento interno de trabajo no es limitada, encontrándose en la capacidad de hacerlo, y, por tanto, lo cual da pie a crear una sanción ante un eventual bajo desempeño.

### **Evaluaciones del desempeño: concepto y aplicación**

La posibilidad de las evaluaciones del desempeño laboral no se encuentra regulada por el Código de Trabajo. No obstante, se puede llegar a su configuración mediante un ejercicio de integración jurídica,

acudiendo a las definiciones existentes en el ámbito del derecho público. Así, en la Ley de Salarios de la Administración Pública (Asamblea Legislativa, 1957) se dispone que la evaluación del desempeño comprende un

conjunto de normas, técnicas, métodos, protocolos y procedimientos armonizados, justos, transparentes, imparciales y libres de arbitrariedad que sistemáticamente se orientan a evaluar bajo parámetros objetivos acordes con las funciones, las responsabilidades y los perfiles del puesto (artículo 27).

También, en la citada norma se determina cuáles son los parámetros de los fundamentos metodológicos para la evaluación del desempeño, a saber:

La evaluación del desempeño de los funcionarios se fundamentará en indicadores de cumplimiento de metas individuales de productos y servicios prestados, vinculados a los procesos y los proyectos que realice la dependencia a la que pertenece, y la del cuerpo gerencial en todos sus niveles para el cumplimiento de las metas y los objetivos institucionales.

Será responsabilidad de cada superior definir los procesos y los proyectos de la dependencia, así como los productos y los servicios prestados, de conformidad con la normativa vigente y los planes estratégicos gubernamentales institucionales (artículo 44).

En el Reglamento del Estatuto del Servicio Civil (Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica, 1954), artículo 41, se establece que “la evaluación será una valoración del rendimiento del servidor en cada una de las dimensiones del desempeño institucionales que influyen en su trabajo en general”, y sobre su función, el artículo 43 dispone lo siguiente:

La evaluación del desempeño servirá como reconocimiento a los buenos servidores, como estímulo para propiciar una mayor eficiencia y como factor que se puede considerar para capacitación, ascensos, concesión de permisos, reducciones forzosas

de personal y los demás fines que la Dirección General de Servicio Civil determine mediante resolución.

Desde el punto de vista doctrinal, Leal (como se citó en Pablos y Biedma, 2013) define la evaluación como valoración del rendimiento y cómo técnica de gestión de recursos humanos, orientada a

recabar información sobre la actuación de cada una de las personas de la organización, en relación a una serie de factores establecidos de forma previa, con el fin de determinar cuál ha sido su aportación a la consecución de los objetivos individuales, departamentales y globales (p. 5).

Es decir, se evidencia la coincidencia en tales definiciones, con una evidente conclusión: que la evaluación del desempeño consiste en una herramienta de medición del personal, bajo parámetros objetivos, que buscan establecer cuál pueda ser el aporte del trabajador a la empresa. Así las cosas, la evaluación del desempeño viene definida por Pablos y Biedma (2013), como un “procedimiento estructural y sistemático para medir, evaluar e influir sobre los atributos, comportamientos y resultados relacionados con el trabajo, con el fin de descubrir en qué medida es productivo el empleado, y si podrá mejorar su rendimiento futuro” (p. 5).

En síntesis, la evaluación del desempeño constituye un método de medición objetivo, aplicado de manera periódica, con el fin de documentar el aporte del trabajador a la empresa o institución a la consecución de los objetivos o metas definidas por aquella. Para poder aplicar estas evaluaciones entre los trabajadores de una empresa es necesario contemplar y respetar el principio de igualdad protegido en la Constitución Política, que en su artículo 33 declara que “toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

La relevancia de este principio conlleva a que en el ejercicio del poder de dirección, el patrono debe ser cauteloso para evitar incurrir en *ius variandi abusivo*<sup>3</sup>, que implica ejecutar “el poder unilateralmente en violación de elementos esenciales del contrato de trabajo o cuando la modificación causa un grave

3 “En doctrina, normativa y jurisprudencia se reconoce la facultad del empleador para variar las condiciones de la relación estatutaria, facultad conocida como *ius variandi*, siempre que con ello no se cause perjuicio al servidor, pues de hacerlo, ello constituye lo que se conoce como uso abusivo del *ius variandi*; es decir, el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a ciertos límites para evitar un uso irrestricto y arbitrario” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2015, Considerando IV).

perjuicio a los derechos del trabajador” (Durante, 2010, p. 106). Consecuentemente, el patrono debe ser cauteloso para evitar actuaciones arbitrarias que no cuenten con un debido sustento objetivo, o lo que sería lo mismo, el patrono en el ejercicio de sus potestades de dirección y disciplinarias debe ser ecuánime en sus decisiones para evitar crear sesgos en el trabajo.

Sobre el principio de igualdad contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2006), analizándolo, declaró lo siguiente:

La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero, además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha (Considerando III).

Conforme lo anterior, se debe entender que el derecho mencionado no implica que en todos los casos se deba dar un tratamiento igual a todos los trabajadores, prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir y que se justifiquen además en razones objetivas y razonables.

La evaluación del desempeño es una herramienta que el sistema jurídico ha utilizado como un medio para reconocimiento de compensaciones salariales. Dicha iniciativa nace del sistema laboral de la Administración Pública, específicamente en la ya citada Ley de Salarios de la Administración Pública, cuyo artículo 49 dispone, como efectos de la evaluación anual, lo siguiente: “El resultado de la evaluación anual será el único parámetro para el otorgamiento del incentivo por anualidad a cada funcionario”. Es decir, mediante la evaluación del desempeño se reconoce a los funcionarios públicos el incentivo de la anualidad salarial en razón de haber obtenido una calificación determinada que les permite ser beneficiarios de dicho incentivo.

Lo anterior constituye una de las aplicaciones que se obtienen de las evaluaciones del desempeño. Sin embargo, en este trabajo, las evaluaciones del desempeño serán analizadas como una herramienta objetiva mediante la cual el patrono podrá ejecutar —de acuerdo con los resultados— un despido con causa justa, evitando así actuaciones que puedan resultar arbitrarias o discriminatorias para con los trabajadores. En relación con la aplicación de las evaluaciones del desempeño y que sus resultados no sean negativos

para el patrono, resulta de interés señalar el criterio emitido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2013) el cual dispone lo siguiente:

Para poder sancionar (amonestar) el no cumplir con las metas de trabajo, es necesario que éstas se hayan establecido con base en parámetros razonables, lógicos y aplicables en los casos concretos, el no cumplir con metas se puede dar cuando opera una disminución de la eficiencia normal del trabajador, pero a esta conclusión solo se puede llegar cuando es posible establecer parámetros de eficiencia anteriores del trabajador con estudios de productividad reales (p. 10).

Ciertamente, para ejercer alguna sanción sobre los trabajadores con motivo del bajo desempeño laboral, el patrono deberá contar con parámetros, razonables, lógicos y aplicables para poder comprobar que efectivamente el desempeño laboral del trabajador ha sido por debajo de los resultados esperados. De lo contrario, el patrono podría estar cayendo en valoraciones subjetivas, situación de grave riesgo siendo que como se ha mencionado anteriormente, podría incurrir en un *ius variandi abusivo* por sancionar una conducta que no se encuentra debidamente regulada.

### **Aplicación de sanciones disciplinarias por bajo desempeño**

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2004b) define la falta o infracción disciplinaria diciendo que “es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aun cuando no haya sido especialmente definida, aunque sí prevista” (Considerando III); en la misma sentencia indica que las faltas disciplinarias son innumerables ya que se derivan de las conductas de los subordinados, las cuales son ilimitadas por su gran variedad. Ahora bien, sobre los elementos que deben integrar la falta, según la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2004b), se han señalado que deben ser

se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a

una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia (Considerando III).

En vista de lo anterior, en aplicación de la causal en estudio la cual es el bajo desempeño, es necesario que por parte del trabajador exista la acción de disminuir su rendimiento en el trabajo, la cual debe atender a su falta de voluntad por mejorar la situación, y que como consecuencia del comportamiento del trabajador debe haber una afectación de los servicios.

El ejercicio del poder disciplinario del patrono no es ilimitado, los límites están comprendidos en los parámetros de legalidad y los principios generales del derecho laboral, tal y como lo indica el Código de Trabajo. En la aplicación de procedimientos sancionatorios, el primer principio que se debe observar es el debido proceso, una garantía procesal que le garantiza al trabajador una previa oportunidad para ejercitar su defensa frente a la falta que se le atribuye. Sobre este principio, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2013), en uno de sus criterios relacionado con el desempeño laboral desde la perspectiva del cumplimiento de metas, indicó que

el no cumplir metas en sí mismo no está previsto, en forma expresa, como una de las causales de sanciones, solo el despido está contemplado en el artículo 81 del Código de Trabajo como sanción; sin embargo, en la relación laboral se pueden dar situaciones que reúnen ciertas características que sustenten una sanción, pero cuando a un trabajador se le quiera aplicar esta, debe concedérsele el debido proceso, es decir debe indicársele expresamente la falta que se le achaca, aportando suficientes pruebas que sustenten la sanción y lo más importante, darle la oportunidad de que se defienda (p.10).

Dicho en otras palabras, cuando el patrono quiera sancionar a un trabajador por alguna conducta distinta a las contempladas en el artículo 81 del Código de Trabajo, debe contar con la suficiente prueba que logre demostrar la falta; luego comunicarle al trabajador de forma clara y específica cuál es la conducta que sustenta la falta; y, por último, le debe conceder un plazo prudencial para ofrecer la prueba de descargo pertinente.

Sobre lo anterior, si bien es cierto que en Costa Rica existe la libertad de despido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2004a) ha indicado lo siguiente sobre el principio del debido proceso en las gestiones disciplinarias:

Nuestro ordenamiento jurídico permite, en el campo privado, con las excepciones establecidas en la ley, la libertad del patrono para despedir sin responsabilidad patronal, al trabajador que ha incurrido en alguna de las causales previstas por los artículos 81 y 369 del Código de Trabajo sin necesidad de cumplir un trámite previo. También, tiene esa potestad patronal, cuando paga las prestaciones correspondientes al trabajador si se despide –lo liquidan–. En ninguno de esos casos es necesario realizar procedimientos previos al despido, salvo que por norma interna expresa así se establezca; porque, en el primer caso, la legalidad de la respectiva causa se analiza en los tribunales laborales (Considerando VI).

Como resultado de la sentencia, se concluye que cuando existe un motivo legal para ponerle fin a la relación laboral, no se considera que exista una violación al debido proceso. Para poder invocar el incumplimiento de un debido proceso, es necesario que exista a nivel interno una normativa que indique de manera clara el procedimiento que se debe respetar. En el caso de que el trabajador considere que el despido o la sanción aplicada han sido injustificados, entonces deberá realizar su reclamo ante las autoridades judiciales.

Como se mencionó anteriormente, es recomendable contar con una normativa interna en la empresa que regule el desempeño laboral, los métodos de evaluación y las medidas disciplinarias por imponer ante un bajo desempeño. Dichas medidas deben incorporar de forma clara un debido proceso con oportunidad de defensa al trabajador, como trámite previo para decretar el despido.

Ahora bien, en materia disciplinaria laboral, los principios de actualidad, causalidad y proporcional funcionan como límites en la aplicación de sanciones. El principio de actualidad hace referencia a que la sanción debe ser impuesta antes del momento en que pueda prescribir, el cual corresponde a un mes que corre a partir de que se dio la causa para la separación o sanción, o desde que fueran conocidos los hechos causales, como lo indica el Código de Trabajo, en el artículo 414. Carro (como se citó en Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2015) señala que este principio se entiende en que el despido no puede fundamentarse en causas pasadas, sino que la falta debe ser contemporánea. En los casos de reincidencia de la falta, jurisprudencialmente se ha utilizado el plazo de tres meses para valorar la falta como actual.

En relación con el principio de causalidad, Carro (como se citó en Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2015) expone que debe mediar una exigencia de que se dé una relación de causa a efecto entre los hechos constitutivos de la falta y el acto jurídico del despido. Es decir, debe existir una consecuencia o afectación negativa para el patrono derivada de la conducta del trabajador.

Sobre el principio de proporcionalidad, Carro lo define de la siguiente manera:

Entre el hecho infractor (falta) y la medida disciplinaria, siempre debe darse una correlación de entidad, es decir, que es importante que opere una equitativa correspondencia entre la gravedad de las faltas y la magnitud de la sanción. En este sentido debe tenerse cuidado al calificar una falta como grave, o bien determinar si es una falta leve sancionable de distinto modo; por lo que deben evaluarse cuidadosamente las circunstancias y particularidades de cada falta (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2015, p. 1).

El patrono debe ser proporcional en la aplicación de la sanción, tomando en cuenta los motivos de la conducta del trabajador, la magnitud de los daños provocados producto de esa conducta y si el trabajador ha sido reincidente en la falta, para valorar cuál sanción debe ser aplicada.

Los principios expuestos con anterioridad configuran límites para la potestad disciplinaria del patrono, por lo tanto, deben ser observados y respetados para garantizar la validez de las sanciones por aplicar. Para poder sancionar una falta, esta debe ser actual, es decir estar dentro de un plazo no mayor a un mes, debe haber una afectación directa al patrono producto de la conducta del trabajador y la sanción por aplicar debe ser proporcional entre la conducta del trabajador y la afectación que sufrió el patrono.

### **Sobre el régimen de despido por bajo desempeño**

Cortés y Guevara (1997) indican que “el despido es el medio más frecuente y controvertido para poner término a los contratos de trabajo. Es una causa genérica de extinción de los contratos y, por lo tanto, común a toda relación de trabajo” (p. 3). Actualmente, por medio de la interpretación de las normas en armonía con los principios generales de la materia laboral antes citados, la doctrina y la jurisprudencia

de la jurisdicción laboral que adelante se citará, se han ido trazando las líneas sobre la posibilidad de despedir mediante causa justa por bajo desempeño.

El despido por bajo rendimiento se encuentra tutelado en instrumentos internacionales, como lo es la “Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo”, emitida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1982), la cual, en su artículo 8, señala que

no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore.

De ahí que el bajo desempeño no solamente comprende responsabilidad para el trabajador, sino que también el patrono debe cumplir con el ejercicio responsable del poder de dirección. Esto es consecuencia de que, como parte de las obligaciones del contrato de trabajo, según dispone el artículo 69 del Código de Trabajo, “los patronos deben dar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido”. Con fundamento en dicho precepto, para aplicar la causal de despido por bajo rendimiento, el patrono debe haber cumplido con su obligación de capacitar y brindar las herramientas adecuadas al trabajador para poder ejecutar el trabajo de la manera correcta.

Las disposiciones normativas que permiten el ejercicio del poder disciplinario por motivo del bajo rendimiento tienen su asidero legal en el artículo 71, incisos a) y b) del Código de Trabajo, para sanciones; y para posibles despidos sin responsabilidad patronal, en el artículo 81, incisos h) y l) del mismo texto legal.

Las primeras normas citadas anteriormente establecen como obligación del trabajador ejecutar el trabajo con el desempeño, intensidad, cuidado y esmero apropiado bajo la dirección del patrono. Mientras que las segundas contemplan, como causales de despido con causa justa, la negativa reiterada del trabajador a acatar en perjuicio del patrono las normas que este le indique para obtener una mayor eficacia y rendimiento en las labores y, por último, cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato de trabajo, todo ello, a pesar de que no exista causal expresa que lo permita en el Código de Trabajo, circunstancia sobre la cual, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (2003) se ha pronunciado en los siguientes términos:

No obstante, el bajo rendimiento en sí mismo no está previsto, en forma expresa, como una de las causales de despido contempladas en el artículo 81 del Código de Trabajo; sin embargo, de reunir ciertas características, puede quedar inmerso en el último inciso de dicho numeral, como una falta grave a las obligaciones laborales. Ahora bien, el legislador no estableció en cuáles condiciones el bajo rendimiento puede ser considerado como justa causal de despido; sin embargo, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se han establecido las características que debe reunir, para que pueda dar lugar al despido sin responsabilidad del empleador (Considerando IV).

Por tanto, de la anterior sentencia se infiere que no existe causal expresa que permita el despido por bajo desempeño, pero lo que sí se reconoce por los tribunales es la viabilidad de su aplicación mediante la doctrina y las resoluciones de la jurisdicción laboral.

Previo a la aplicación del despido, como se mencionó anteriormente, debe existir un debido proceso, en el cual se debe investigar si el bajo rendimiento en las labores del trabajador responde a causas imputables al patrono, en cuyo caso, la disminución de rendimiento no sería responsabilidad alguna del servidor, lo cual hace que el despido o la sanción acordados en tales circunstancias deban considerarse improcedentes. Por lo tanto, para evitar esa situación y evidenciar que el bajo desempeño atiende a la voluntad del trabajador, el patrono debe haber brindado una capacitación y suministrar las herramientas necesarias para que el trabajador lograra exitosamente sus labores.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2006b) destaca que es “procedente el despido de un trabajador que tras negarse a adoptar los procedimientos indicados por su patrono, haya bajado el rendimiento requerido para llevar a cabo sus labores” (p. 3). Dicho órgano ministerial señala que

cuando deba separarse a un empleado por falta de rendimiento en su trabajo, la prueba debe ser de tal carácter, que no ofrezca duda de ningún género a los ojos del juzgador, de que realmente el obrero disminuyó la fuerza productiva que anteriormente venía dando, sin la concurrencia de un motivo que razonablemente lo justifique. Así lo exige la naturaleza de la falta, dada la subjetividad a que se presta la apreciación de ese hecho

si no se cuenta con los medios técnicos adecuados. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2006b, p. 3)

Antes de despedirse o sancionarse a un trabajador por la causal de bajo rendimiento, deben investigarse y corregirse (de proceder y ser el caso), las situaciones que lo están provocando, pues no siempre ello obedece a la simple voluntad del empleado, y para aplicar el despido basado en la causal por bajo rendimiento, debe demostrarse que hay una intención o dolo del servidor para incurrir en esta conducta. Por lo anterior, antes de la aplicación de la sanción, debe analizarse y observarse la ausencia o presencia de causas externas a la voluntad del trabajador, que dificulten la obtención del rendimiento normal. Al respecto Carro (como se citó Sala Segunda de la Corte, 2000) indica que

en la medida en que esté provocada por causas objetivas o subjetivas imputables al empresario, la disminución de rendimiento no determina responsabilidad alguna para el trabajador, lo que hace que el despido o sanción acordados en tales circunstancias deban considerarse improcedentes (Considerando IV).

En este sentido, es importante que el patrono aplique un mecanismo de seguimiento de caso a aquellos supuestos en los cuales durante el período de evaluación del rendimiento del trabajador, este asume nuevas funciones en virtud de una condición especial, ya sea de forma permanente o bien temporal, como por ejemplo sucede con proyectos específicos o las figuras del recargos de funciones o sustitución temporal, debiendo verificarse en dichas circunstancias que al trabajador se le evalúe de conformidad con las labores que efectivamente esté ejecutando y sea evaluado por el superior jerárquico que corresponda.

Previo a la ejecución del despido, el patrono debe haber amonestado al trabajador por un período de al menos tres meses anteriores, para no violar el principio de actualidad. Asimismo, se le debe haber apercibido en la última amonestación que ante una reiteración de la conducta entonces esta sería una causal de despido.

La última etapa es el despido. Para ejecutar el despido, el empleador puede emplear la causal del artículo 81, inciso h), por negarse el trabajador a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que este o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando, habiendo antes cumplido con el debido proceso de amonestar al trabajador, y que, ante la negatoria de mejorar, el patrono impone la sanción más grave.

La carta de despido que se le entregue al trabajador debe cumplir las formalidades que exige el Código de Trabajo, tal y como dispone el artículo 35, siendo que ante una eventual contingencia no se va a poder alegar hechos que no motivaron el despido, si no constan expresamente en la carta.

## **Conclusiones**

El despido con causa justa por motivo de bajo desempeño en las labores resulta viable aplicarlo cuando se realiza el debido procedimiento, y se toman las medidas necesarias para la aplicación de evaluaciones de desempeño en el centro de trabajo. Los patronos, desde que firman el contrato individual de trabajo, deben poner al trabajador en efectivo conocimiento de las normas de la empresa y en específico del sistema de evaluación y sus deberes, en cuanto a la existencia de sistemas y procesos internos de trabajo, así como el correlativo deber de cada trabajador de cumplir la normativa en aras de conseguir los fines y objetivos empresariales, en función del específico giro comercial del ente accionado. Adicionalmente, debe quedar demostrado que se pone a disposición de los trabajadores toda la información para poder eventualmente aplicar una sanción.

La aplicación de las sanciones debe atender a parámetros objetivos, como lo son las evaluaciones del desempeño, que van a permitirle al patrono tener un registro de los resultados de rendimiento de cada trabajador, y un eficaz y real análisis comparativo con períodos anteriores. Como se analizó en este estudio, en la aplicación de las sanciones disciplinarias se debe garantizar el debido proceso a los trabajadores, y los patronos deben actuar con respeto a los principios generales que informan el derecho laboral para garantizar la validez de las sanciones.

El despido por bajo desempeño, para que pueda ser ejecutado con causa justa, requiere que el patrono cumpla con una serie de elementos, básicamente desde que se suscribe el contrato de trabajo con el trabajador, para poder garantizar y demostrar ante una sede judicial que cuenta con suficientes elementos de prueba de que el despido atendió a la falta de rendimiento en el trabajo atribuible al trabajador.

## Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1957). *Ley de Salarios de la Administración Pública. Ley N.º 2166*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=3672&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=3672&nValor3=0&strTipM=TC)
- Asamblea Nacional Constituyente 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&nValor3=113368&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=113368&strTipM=TC)
- Buen, C. (1997) La extinción de la relación de trabajo. En N. Buen y E. Morgado (Eds.), *Instituciones de derecho de trabajo y de la seguridad social*. (pp. 501-533). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/32.pdf>
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1943). *Código de Trabajo. Ley N.º 2*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=115438&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=115438&strTipM=TC)
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2000). *Sala Segunda. Resolución N.º 00999*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-168077>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2002a). *Sala Constitucional. Resolución N.º 06511*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-202984>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2002b). *Sala Segunda. Resolución N.º 00424*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-214418>

- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2003). *Sala Segunda. Resolución N.º 00105*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-822299>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2004a). *Sala Segunda. Resolución N.º 00398*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-275728>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2004b). *Sala Segunda. Resolución N.º 00911*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-292903>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (2006). *Sala Constitucional. Resolución N.º 04076*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-341164292903>
- Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. (2015). *Sala Constitucional. Resolución N.º 09930*. Recuperado de <https://vlex.co.cr/vid/663857921>
- Cortés, G. y Guevara, A. (1997). *El despido justificado en nuestro Código de Trabajo*. (Tesis de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Recuperado de <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTM1Ng==>
- Durante, M. (2010). *Glosario de términos laborales usuales*. Recuperado de <https://bdscloud.online/glosario-de-terminos-laborales-usuales/80/>
- May, H. (2011). El derecho constitucional al trabajo. *Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina de la Universidad de Costa Rica*, 4(6) 110-133. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13601>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2006a). *Dirección de Asuntos Jurídicos. Pronunciamiento N.º 320*. Recuperado de <http://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-320-06%20Falta%20de%20marcas-Daisy%20Valverde.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2006b). *Dirección de Asuntos Jurídicos. Pronunciamiento N.º 456*. Recuperado de <http://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-456-06%20Cdo%20renuncia;Alicia%20Sanchez.pdf>

- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2013). *Dirección de Asuntos Jurídicos. Pronunciamiento N.º 272*. Recuperado de <http://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-272-13%20Consulta%20de%20estetica%20CIECSA.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (2015). *Dirección de Asuntos Jurídicos. Pronunciamiento N.º 076*. Recuperado de <http://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos/daj-ae-076-11%20Jose%20Emilio%20Prescripcion%20603%20cuando%20no%20hay%20JRL.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. OIT. (1982). *Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleado. R-166*. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:12100:9699791890621:12100:NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312504](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:12100:9699791890621:12100:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312504)
- Pablos, J., y Biedma J. (2013). La evaluación del rendimiento individual. Un instrumento válido para lograr la eficiencia en la gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (10), 1-18. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281530486001>
- Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (s. f.). *Publicación gratuita del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*. Recuperado de [http://www.mtss.go.cr/temas-laborales/08\\_Contrato\\_Trabajo\\_ind.pdf](http://www.mtss.go.cr/temas-laborales/08_Contrato_Trabajo_ind.pdf)
- Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (1954). *Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Decreto Ejecutivo 21*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8975&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8975&nValor3=0&strTipM=TC)
- Procuraduría General de la República de Costa Rica (2000). *Dictamen N.º 159*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PR-D&param6=1&nDictamen=7647&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PR-D&param6=1&nDictamen=7647&strTipM=T)

Salgado, J. F. y Cabal, A. L. (2011). Evaluación del Desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: Análisis de las Propiedades Psicométricas. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 27(2), 75-91. Recuperado de [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1576-59622011000200001&lng=es&tlng=es](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1576-59622011000200001&lng=es&tlng=es).

Villavicencio, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. (71). 309-339. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4906547>

# La mala práctica (mala praxis) médica en Costa Rica: responsabilidad penal y civil, y la reparación integral del daño

*Medical malpractice in Costa Rica: criminal responsibility, civil liability and comprehensive damage reparation*

Deiner Salazar Ruiz <sup>1</sup>

Fecha de ingreso: 14/12/2019. Fecha de aceptación: 10/2/2020

## Resumen

La práctica médica en Costa Rica está regulada por leyes en materia de salud, leyes penales y la Constitución Política. Los actos médicos buscan mantener o mejorar la salud de los pacientes a través de procedimientos que, en ocasiones, son invasivos, pero necesarios para mantener la salud de las personas. Dicha práctica está asociada a riesgos que están fuera del alcance del personal profesional, en cuyo caso se aplica la iatrogenia; sin embargo, existe una serie de aspectos que deben ser observados tanto por el profesional como por el centro médico encargado, con la finalidad de evitar que por errores, negligencia, imprudencia o impericia se vaya a causar daño a la salud del paciente. Es en este punto en que se habla de la mala praxis médica, que en Costa Rica tiene como consecuencia la responsabilidad penal y la responsabilidad civil del profesional en salud. Esto trae como resultado la lesión al bien jurídico protegido por la ley, ya sea la salud o la vida del enfermo o paciente. Para determinar dicha responsabilidad se debe estar en presencia de ciertos elementos, como el acto médico, el derecho a la salud, el paciente y el médico. Es así como el derecho interviene para determinar si existe o no una responsabilidad que deba ser resarcida.

## Palabras clave

Acto médico, derecho a la salud, mala praxis, médico, paciente, reparación integral del daño, responsabilidad civil, responsabilidad penal.

---

<sup>1</sup> Egresado de Licenciatura en Derecho de ULACIT. Correo electrónico: dsalazar060@ulacit.ed.cr

## **Abstract**

The practice of medicine in Costa Rica is regulated by laws in the area of health, criminal law and the Constitution. Medical procedures seek to maintain and improve the health of patients by way of actions that on occasion may be invasive but necessary in order to maintain the health of the individuals. Such practices are associated with risks that may be outside of the professional personnel's control where iatrogenesis may occur; however, a series of factors exist that must be observed by the professional as well as by the medical center that is responsible for avoiding those errors, negligence, or imprudence that may cause harm to the health of the patient. It is on this point that medical malpractice in Costa Rica results in the criminal responsibility and the civil liability of the health care professional. This results in violation of the patient's individual rights, which are protected by law whether that be the health or life of the patient. In order to determine this responsibility, the presence of certain elements must be in place such as the medical procedure, the right to health, the patient, and the doctor. This is how the law intervenes to determine whether or not there is a liability that must be compensated.

## **Keywords**

Medical procedure, right to health, malpractice, doctor, patient, civil liability, criminal responsibility, comprehensive damage reparation.

## **Introducción**

En la profesión médica se trabaja en procura del bienestar de las personas; esta, en particular, es una disciplina que se desarrolla con dignidad, honradez y decoro, con exigencia y vocación, y quienes la ejercen lo hacen buscando cada día la superación (Colmenares, 2005); además, requiere excelencia en su actuar y la aplicación de la prudencia en situaciones particulares (Álvarez, 2013). De lo anterior se desprende que el médico debe realizar su labor con especial atención, para minimizar los riesgos en la salud de los pacientes. En Costa Rica, el profesional de la salud debe trabajar con prudencia, en apego a los principios y valores éticos plasmados en el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica (Presidencia de la República y Ministerio de Salud, 2016), y de acuerdo con el resto de la normativa que rige la profesión médica. La obligación del médico se divide en medicina curativa y medicina satisfactoria; la primera es la que actúa sobre una patología determinada, calificando la relación jurídica entre el facultativo y el paciente como "arrendamiento de servicios" (Marín, 2012, p. 56). La segunda, en la mayoría de los casos,

tiene lugar debido a que la persona interesada acude al médico para mejorar aspectos estéticos, físicos o anular la capacidad de reproducirse, lo cual constituye una relación contractual del desarrollo de la actividad médica, acercándola más al arrendamiento de obra; por otra parte, se incluye una categoría intermedia, en la que estaría la cirugía plástica por causas terapéuticas (Marín, 2012).

Sin embargo, en el desarrollo de la profesión se pueden dar resultados que causan daño a la salud del paciente, denominados ‘mala práctica médica’, tema de actualidad cuya historia, no obstante, se remonta a muchos siglos atrás, y de la cual la primera referencia es el Código de Hammurabi, en el año 1750 a. C., donde el rey Hammurabi, en su interés por unificar las leyes del reino babilónico, incluyó en un documento nueve normas referentes a la actividad médica, estableciendo derechos y deberes para los médicos, así como las penas en caso de provocarle un daño a sus pacientes (FidiSP, 2017).

Con la finalidad de entender lo correspondiente a la mala práctica médica, dar una respuesta a la interrogante sobre el significado de la mala práctica médica y sus repercusiones en la salud de la persona paciente y en la profesión del médico tratante, así como delimitar la reparación integral del daño, se hace necesario definir ciertos preceptos que van estrechamente ligados a la práctica médica, tales como qué es un servicio médico, quiénes son los pacientes y cuáles son los deberes y derechos que tienen tanto los pacientes como el médico; los alcances del derecho a la salud y el acto médico; y, por otra parte, es necesario entender qué es la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y sus vertientes; y la reparación integral del daño.

## La mala praxis

Previo a definir la mala práctica (mala praxis) médica, es menester hablar sobre lo que la doctrina entiende por la mala práctica en sentido estricto. Para Salcedo (2012), el concepto de “mala práctica” o “mal praxis” proviene del campo jurídico estadounidense, acuñado para identificar un tipo de “*negligence*”, que ha sido traducido por muchos autores como “negligencia profesional”, vinculándolo al campo exclusivo de la ética, reprochando las acciones del profesional que no se adecúan a un ideal preestablecido. Sin embargo, el autor señala que esta es una mala apreciación del término “*negligence*”, debido a que este hace referencia a un concepto jurídico equivalente a la “imprudencia”, que busca “tipificar las conductas de los profesionales que, por acción u omisión, han vulnerado los derechos de sus clientes” (Salcedo, 2012, p. 135).

De tal suerte que, al referirse a la mala práctica, se debe tomar en cuenta que es un concepto jurídico que no se limita al tema ético, sino que se relaciona con la falta de cuidado del profesional en el ejercicio

de sus funciones, debiéndose demostrar que existía un deber jurídico del profesional para con el cliente o usuario, y que su incumplimiento lesionó los derechos de este último (Salcedo, 2012). El artículo 279 del Código Penal (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970), en relación con los delitos contra la salud pública, refiere que la imprudencia, la negligencia o la inobservancia de los reglamentos por culpa podrían causar que la persona quede inhabilitada para ejercer la profesión, oficio o arte hasta por cuatro años.

En el campo financiero, por ejemplo, Lamothe, Pérez y Pérez (2015) destacan que la mala praxis se deriva de los conflictos de intereses entre los clientes y las entidades financieras, con estructuras que presentan objetivos no adecuados en su política y comercio, las cuales desprotegen al cliente, dando paso a prácticas abusivas que atentan contra la integridad del mercado mismo. De lo anterior se puede destacar que la mala praxis también podría derivarse de las debilidades estructurales de la empresa o persona encargada de prestar un servicio, poniendo en riesgo o lesionando uno o varios derechos de las personas usuarias o clientes.

Los resultados obtenidos en un estudio realizado en España sobre el “mensaje periodístico” por parte de Zalbidea, Pérez y Urrutia (2015) ponen de manifiesto tres factores intervinientes en la mala práctica de la profesión periodística: primero, la influencia de las temáticas serias, siendo los canales públicos los que presentan mayor rigurosidad en su contenido, pero no el esperado; en segundo lugar se encuentra la mediatización política, y es que en el caso de la televisión pública existe una mayor tendencia a seguir las directrices de acuerdo con las políticas del gobierno de turno, siendo difusa la diferencia entre opinión e información, lo cual no es tan frecuente en la privada; y, por último, está el uso inadecuado del carácter comunitario, que hace crecer la especulación, ya que el tratamiento inadecuado de la información convierte a los canales de televisión en menos formales.

De lo anteriormente expuesto se puede inferir que la mala práctica o mala praxis encierra elementos que se derivan de una relación jurídica entre quien presta el servicio y aquel que lo recibe, en la cual se lesiona uno o varios derechos del cliente o usuario (Salcedo, 2012). En el primer caso, traducido como la imprudencia, y en relación con las otras dos acepciones, centrado en la mala infraestructura del sistema (Lamothe, Pérez y Pérez, 2015) y en las deficiencias derivadas de la necesidad por obtener un resultado favorable para la empresa o entidad que presta el servicio, ya sea por asuntos políticos, la influencia del segmento o el tratamiento inadecuado de la información (Zalbidea *et al.*, 2015). De esta forma se delimita el tema en cuestión, pero se hace necesario crear una definición de la mala práctica médica.

## La mala praxis médica

El artículo 35 del ya citado Código de Ética del Colegio de Médicos establece que los actos profesionales realizados con negligencia, imprudencia o impericia serán considerados como “reñidos con la ética”, definidos de la siguiente forma: a) negligencia: no aplicación del conocimiento, las destrezas y medios adecuados por causa de descuido; b) imprudencia: aplicación inoportuna de los recursos y preparación en la atención de un paciente, así como llevar a cabo una atención que someta al paciente a riesgo innecesario por la carencia de recursos o preparación adecuada, con las excepciones de ley; y, c) la impericia: ligada a la carencia de conocimiento o destrezas para llevar a cabo un acto médico determinado. Nótese aquí que el artículo presenta un acercamiento a la definición de mala práctica médica; estos elementos serán estudiados a lo largo del presente artículo.

La normativa argentina es concordante con la costarricense al aclarar que serán penadas con cárcel aquellas personas que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por la inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo causen la muerte a otro (Presidencia de la Nación Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1984). En el derecho chileno, la jurisprudencia apunta a incluir los casos por negligencia médica a los delitos culposos y solo por excepción, se persiguen delitos por mala praxis médica, tratando de descubrir si hubo inobservancia de la *lex artis ad hoc*, por parte del médico (Martínez, 2011).

Por su parte, Iraola y Gutiérrez (s. f.) refieren que la mala praxis en el ámbito de la salud se presenta al provocar daños en el cuerpo o en la salud de las personas, sin importar si es temporal o parcial, ni limitándolo en el tiempo, todo esto como consecuencia de un accionar médico con imprudencia o negligencia o por la inobservancia de los reglamentos o apartarse de la norma legal. Por lo tanto, es exigida la realidad de un daño que pueda ser constatado en el cuerpo o en la salud de las personas, ya sea física o mental, y este debe tener su nacimiento en la imprudencia, impericia, negligencia o apartamiento de las normas por parte del profesional en medicina. Entre los generadores de la mala praxis médica se pueden distinguir la falta de información adecuada al paciente, conocido también como consentimiento informado; la prescripción errónea o imperita de drogas a pacientes; las actuaciones fuera del ámbito de la especialidad del médico; no consultar en caso de desconocimiento; y no trasladar al paciente a un centro de salud con mayor capacidad tecnológica cuando se requiera. Además, también está la falta de seguimiento adecuado al paciente que ha sido intervenido quirúrgicamente; errores en cuanto a la identidad de los pacientes, órganos o miembros que deben ser operados; y, por último, darle al paciente tratamientos que no son recomendados o que contengan publicidad engañosa (Pirota, 2007).

## Elementos de la mala práctica médica

Una vez definido el concepto de mala práctica médica, tema central de este artículo, se puede distinguir que la responsabilidad médica tiene su nacimiento en la mera práctica de la medicina (Pérez y Gardey, 2018), ya sea a nivel de consulta, despacho de medicamentos o en el momento de realizar una cirugía (Pirota, 2007), de la cual se pueden distinguir una serie de elementos tales como: el acto médico, el derecho a la salud, el paciente, el médico, los deberes y obligaciones tanto del médico como del paciente, la responsabilidad del médico y su derivación en responsabilidad civil y responsabilidad penal, con la consecuente reparación integral del daño producido a la persona que ha sido afectada en su salud, o a sus familiares en caso de fallecimiento (Morillas y Suárez, 2010).

### 1) El acto médico

Al referirnos al acto médico como tal, Madriz (2005) explica que deben estar presentes ciertos criterios, como la existencia de una voluntad y un objeto, los cuales deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico para determinar los elementos de su existencia y los de su validez. Además, el objeto, motivo o fin deberá ostentar un carácter de licitud, la confluencia de la voluntad formal válida, sin vicios de consentimiento y la capacidad de quien realiza el acto (Madriz, 2005). Se puede decir entonces que en el acto médico debe haber licitud, un objeto y una voluntad entre las partes, tal como en cualquier otro negocio jurídico.

Por su parte, Vera (2013) indica que la labor realizada por el profesional en medicina frente al paciente —también conocida como ética médica individual— y ante la sociedad —en tanto que esta será la ética médica social—, se caracteriza por el profesionalismo, inherente al profesional en salud; y por la beneficencia, la cual busca el bienestar de los pacientes. El Código de Deontología Médica de España (Organización Médica Colegial de España, 2011), en el artículo 7.1, establece el acto médico como una actividad lícita, llevada a cabo por un profesional médico; capacitado; orientado a la curación de una enfermedad, con promoción integral de la salud, incluyendo también aquellos actos diagnósticos, terapéuticos, de alivio, entre otros, por medios directos e indirectos.

En el artículo 7 del Código de Ética Médica (Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Salud, 2016) se afirma que el acto médico concreta la relación entre el médico y el paciente, con las características de complejidad, personal, libre y responsable, y que es llevado a cabo por el médico con conocimiento, destreza, actitud, autorizado por la ley, en beneficio del paciente; además, comprende la promoción de la salud, prevención de las enfermedades, su diagnóstico y tratamiento, así como el cuidado hasta el ocaso de la vida. Esto significa que el acto médico se basa en la relación entre dos

personas, en la cual una busca mejorar la salud de la otra, por medio de un proceso complejo, en el que no opera la coacción, y que obliga al médico a ejercerlo de forma adecuada.

El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, del Segundo Circuito Judicial de San José (Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2014), extiende el acto médico a las labores derivadas directamente de la función del profesional en salud, tales como los inyectables, a cargo de los asistentes médicos o de enfermería. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (2009) indica que aun cuando las condiciones en el acto médico puedan ser ideales, podría existir iatrogenia, por cuanto la medicina no es una ciencia exacta.

Cabe destacar que en el caso de Costa Rica, el acto médico presenta una limitación en cuanto al elemento subjetivo, dado que este recae exclusivamente sobre el profesional médico, denotando esto que es lo correcto; por otra parte, el objetivo es ampliamente tratado, lo cual permite la inclusión de distintos aspectos, con lo cual se logra que aumente el rango de alcance de la actividad médica (Valenzuela y Zúñiga, 2015), esto quiere decir que solo se reconoce como acto médico la actuación del profesional encargado y las derivadas de su labor.

## 2) El derecho a la salud

Sobre el derecho a la salud, este se consagró formalmente como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, al indicar que el disfrute de la salud física y mental al más alto nivel corresponde a un derecho humano (Valenzuela y Zúñiga, 2015). Sobre este mismo entendido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Organización de Naciones Unidas, 1948) declara que todas las personas tienen derecho a tener un nivel de vida adecuado, que asegure su salud, dando un carácter universal a este derecho.

En reiteradas ocasiones, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2019) ha desarrollado el derecho a la salud, revistiéndolo de un carácter “fundamental autónomo”, declarando que si bien es cierto que por su interrelación con el derecho a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, el derecho a la salud se considera derivado de estos, es necesario aclarar que este último derecho mantiene un carácter de autónomo y con contenido esencial propio, reconocido por los tratados de derecho internacional que han sido ratificados por Costa Rica. Esa Sala también estima que el derecho a la salud implica servicios y programas apropiados, tanto de forma científica como médica.

Con respecto al carácter de universalidad del derecho a la salud, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2019) ha determinado que

la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligatoria tutela para el Estado, no sólo [*sic*] en la Constitución Política sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país (Considerando VII).

De lo anterior se desprende que la salud ha sido consolidada como derecho de carácter autónomo, cuya tutela le corresponde al Estado, tanto por mandato constitucional, como por la ratificación de instrumentos internacionales concernientes a derechos humanos, tal como lo determina el artículo 1 de la Ley General de Salud, al aludir que la salud es un bien de interés público tutelado por el Estado (Asamblea Legislativa, 1973a). En este mismo sentido, en la Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 46, se establece que “los usuarios tienen derecho a la protección de su salud” (Asamblea Nacional Constituyente de la República de Costa Rica, 1949), y se constituye como ente rector al Ministerio de Salud, de acuerdo con lo determinado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (Asamblea Legislativa, 1973b).

### 3) El paciente

La legislación española define el término “paciente” en el artículo 3, como “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de la salud” (Jefatura del Estado de España, 2002). De esta definición se puede deducir que existe un requerimiento de asistencia sanitaria, y que el paciente se somete a cuidados profesionales para obtener los fines que persigue, ya sea el mantenimiento de su salud o su recuperación. En la legislación nacional no se cuenta con una definición exacta en cuanto al paciente; sin embargo, se puede extraer que es una persona con ciertos derechos y deberes que son inherentes al acto médico, tal como lo determina la Ley 8239 sobre los Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2002) y su Reglamento.

La persona que figura como paciente requiere de asistencia sanitaria y se somete a los cuidados del profesional en salud, ya sea para mantener o para recuperar su salud; que, además, es sujeta de derechos

y deberes, los cuales están contenidos en la normativa costarricense y en sus reglamentos, tales como la Ley de Salud, La Ley Orgánica del Ministerio de Salud y la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados y su Reglamento.

a) Los derechos del paciente

Los derechos de los pacientes están integrados en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud y la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, y en el artículo 2 se determina que la persona usuaria, indistintamente de si acude a centros de salud públicos o privados, tiene una serie de derechos relativos a:

1. Recibir información clara, concisa y oportuna, sobre sus derechos y deberes, así como sobre la forma correcta de ejercitarlos.
2. Ser informadas del nombre, los apellidos, el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud que les brinda atención.
3. Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico.
4. Recibir, sin distinción alguna, un trato digno con respeto, consideración y amabilidad.
5. Recibir atención médica con la eficiencia y diligencia debidas.
6. Ser atendidas sin dilación en situaciones de emergencia.
7. Ser atendidas puntualmente de acuerdo con la cita recibida, salvo situaciones justificadas de caso fortuito o fuerza mayor.
8. Negarse a que las examinen o les administren tratamiento, salvo en situaciones excepcionales o de emergencia, previstas en otras leyes, en que prevalezcan la salud pública, el bien común y el derecho de terceros.
9. Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica,

se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación.

10. Aceptar o rechazar la proposición para participar en estudios de investigación clínica.

11. Tener acceso a su expediente clínico y a que se le brinde una copia.

12. Recibir atención en un ambiente limpio, seguro y cómodo.

13. Hacer que se respete el carácter confidencial de su historia clínica y de toda la información relativa a su enfermedad salvo cuando, por ley especial, deba darse noticia a las autoridades sanitarias. En casos de docencia, las personas usuarias de los servicios de salud deberán otorgar su consentimiento para que su padecimiento sea analizado.

14. Disponer, en el momento que lo consideren conveniente, la donación de sus órganos.

15. Presentar reclamos, ante las instancias correspondientes de los servicios de salud, cuando se hayan lesionado sus derechos.

16. Hacer uso de sus efectos personales durante el internamiento, con sujeción a las reglas del establecimiento y siempre que con ello no se afecten los derechos de otros pacientes.

En este sentido, el artículo 3 del mismo cuerpo normativo expresa que aparte de lo ordenado previamente, los usuarios de servicios privados de salud tienen derecho a recibir la cuenta detallada y una explicación de los gastos del tratamiento; además, tienen derecho a indicar quiénes podrán visitarles y en qué prioridad, en el momento de recibir visitas. En concordancia con el Título Primero de la Ley General de Salud, en general, todo lo anterior es un reflejo de la autonomía de la voluntad de la persona usuaria consagrado en la Constitución Política de Costa Rica.

Estudiado el caso de España, se obtiene un resultado similar, siendo que los usuarios de servicios de salud en ese país cuentan con garantías similares a las costarricenses, tal como lo determina la

Organización de Consumidores y Usuarios (2013) de esa nación, al indicar que el paciente tiene derecho a conocer la información disponible y veraz sobre su salud, a la información sobre servicios y unidades sanitarias disponibles, a decidir sobre su salud, a la intimidad, a acceder a su historial clínico, al respeto de su propia voluntad y a reclamos y sugerencias. Del mismo modo ocurre en Chile, cuyos derechos están normados en la ley 20584, según indica la Superintendencia de Salud de Chile (s. f. b), con la diferencia de que este país cuenta con un sistema de salud mixto, donde el servicio público es para una población reducida, y el resto de las personas están obligadas a adquirir servicios privados (Superintendencia de Salud de Chile, s. f. a).

#### b) Los deberes del paciente

Por su parte, los deberes de los pacientes también están contenidos en la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, en el artículo 4, determinados de la siguiente forma:

1. Proporcionar la información más completa posible en relación con su estado de salud, enfermedades anteriores, hospitalizaciones, medicamentos y otras condiciones relacionadas con su salud.
2. Cumplir las instrucciones e indicaciones que les brinde, en forma adecuada, el personal de salud.
3. Responsabilizarse por sus acciones u omisiones, cuando no sigan las instrucciones de su proveedor del cuidado médico.
4. Respetar los derechos del personal y de los demás usuarios de los servicios de salud.
5. Contribuir de manera oportuna, cuando cuenten con los recursos, al financiamiento de los servicios de salud públicos de la República.
6. Cualesquiera otras obligaciones que se establezcan en otras disposiciones legales.

#### 4) El médico

Se entiende como médico a aquella persona que es profesional en salud, incorporada o autorizada por el Colegio de Médicos y Cirujanos para ejercer la medicina en el territorio nacional (Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Salud, 2016). El médico debe ser una persona cuya profesión sea del campo de la salud, debidamente aprobado, según la Normativa para la Autorización

del Servicio Social Obligatorio como Médicos y Cirujanos (Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, 2015b); además, debe contar con el requisito de incorporación al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica estipulado en la Normativa de Requisitos para la Inscripción como Médicos y Cirujanos (Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, 2015a).

En su artículo 40, la Ley General de Salud costarricense considera como profesional en ciencias de la salud a aquellas personas que ostenten el grado académico de licenciatura o superior “en las especialidades de Farmacia; Medicina, Microbiología Química Clínica, Odontología, Veterinaria, Enfermería, Nutrición y Psicología Clínica” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1973a). La normativa española agrega, en los artículos 1 y 2, que el ejercicio de la profesión puede ser llevado a cabo por cuenta propia o ajena, por las personas profesionales en salud dotadas con el “conocimiento, habilidades y actitudes propias de la atención de salud” (Jefatura del Estado de España, 2003), estructurándolas en grupos de grados superior, que incluyen las especialidades médicas; y los de grado menor, para aquellas personas tituladas en cuidados auxiliares, enfermería y farmacia.

#### a) Los derechos del médico

Al igual que los pacientes, el personal médico también goza de ciertos derechos en el ejercicio de su profesión, los cuales están consagrados en el Código de Ética Médica, en el Capítulo XVI, tal como se detalla a continuación: derecho a ejercer la medicina sin ser discriminado; puede negarse a ejercer su profesión en instituciones públicas o privadas en las que las condiciones pongan en riesgo su salud; tiene derecho a negarse a realizar algún procedimiento; tiene derecho a rehusar el servicio médico a un paciente cuando se contrapongan criterios ideológicos, o principios morales, o si fue denunciado por parte del paciente o representante legal; y también tiene derecho a finalizar la relación médico-paciente si es solicitado por el paciente o el representante legal, si hay deterioro en la relación, peligro de muerte o contraposición con los principios éticos del médico.

Otros derechos son laborar de forma libre y sin presiones, en instalaciones apropiadas, con los recursos requeridos y con la seguridad necesaria para garantizar la correcta práctica profesional; abstenerse a garantizar resultados de la atención médica ejercida; respeto por parte de sus pacientes y personal de trabajo; a la educación médica continua; a la investigación y docencia; a salvaguardar su prestigio y a ser remunerado (Hospital General Dr. Manuel Gea González, 2018).

## b) Los deberes del médico

Con respecto a los deberes del médico, el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica dispone que el personal profesional en salud debe acatar los principios fundamentales de respeto a la vida humana basada en la beneficencia y no maledicencia, respeto al paciente según sus intereses con base en la autonomía y la justicia, deber decir la verdad como presupuesto de fe pública, respetar la ética profesional y cumplir lo establecido en el mismo Código (Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Salud, 2016).

El Código determina una cantidad de deberes en el capítulo III, sobre los Deberes Generales del Médico, de acatamiento obligatorio para el médico. Dado que no todos son de interés para el presente artículo, solo se indicarán los que presentan más relevancia, tales como el deber de guardar respeto a la vida humana; prestar un trato igualitario, sin distinción de raza, edad, género o etnia; se prohíbe participar en torturas; tiene el deber de conocer e implementar lo que tenga al alcance para mantener la salud de las personas; deberá mantenerse actualizado en cuanto a sus capacidades clínicas y habilidades, entre otros; y no debe ejercer la profesión si se compromete el acto médico y la calidad de los cuidados. Por lo tanto, el médico debe cumplir con una serie de requisitos, que están normados y son sancionados en el derecho costarricense.

La inobservancia de los deberes del médico podría acarrear las sanciones estipuladas en la ley, tal como lo determina la Ley General de Salud y el Código de Ética Médica, las cuales castigan tanto faltas levísimas como faltas gravísimas, y cuyas sanciones incluyen desde una multa, hasta penas privativas de libertad, así como lo determinado en el Código Penal costarricense sobre los delitos contra la salud pública. Esto conlleva una responsabilidad médica, la cual puede tener dos aristas: la penal y la civil, teniendo como resultado una sanción para el profesional de la salud y la obligada reparación integral del daño (Morillas y Suárez, 2010).

## **La responsabilidad del médico**

Con el fin de determinar la responsabilidad médica del profesional en los delitos de mala praxis, se hace necesario definir el término de responsabilidad médica en sí, para lo cual se procederá a hacer un estudio de la doctrina, la norma nacional e internacional y la jurisprudencia, de esta forma se podrá tener un panorama claro sobre el tema por tratar. Para Lledó, Morillas y Monge (2012), la responsabilidad médica debería ser catalogada como una “obligación de medios” refiriéndose a la actividad o el proceso de salud y no al resultado que se obtiene, por cuanto el médico está obligado a proporcionar los cuidados requeridos por el paciente para aliviar o eliminar la enfermedad.

En el campo de la medicina estética, se presenta una discusión en cuanto a la responsabilidad del médico basado en la culpa, siendo que en este tipo de procedimientos, existe una obligación de resultado, lo cual presenta un punto de inflexión según lo asegura Arbesú (2016) al aclarar que en la configuración de la responsabilidad médica debe concurrir la acción u omisión antijurídica, culposa o dañosa, y una relación de causalidad entre el daño y la omisión o acción, la cual se ha extendido a todas las relaciones médico-paciente aunque en principio es propia de una responsabilidad extracontractual. Esto crea una nueva polémica en cuanto a la responsabilidad médica, ya que como lo indica la autora, en el caso de la cirugía plástica no se estaría en presencia de una obligación de medios, sino de resultado.

Se estima que la responsabilidad penal del médico es derivada de los deberes como producto del comportamiento previo peligroso para un bien jurídico, tal como la responsabilidad por injerencia que nace del deber de toda persona ante una situación de peligro “para un bien jurídico de evitar que ese peligro se concrete en una lesión para este bien jurídico” (Bernate, 2010, p. 225). Por su parte, Saterler y Lorenzini (2011) citan la jurisprudencia chilena y aclaran que para que concurra la responsabilidad médica deben existir: la imputabilidad partiendo del daño causado legalmente atribuido al médico, así como la existencia de una falta que integra la intencionalidad, la imprudencia o negligencia en una clara infracción a la *lex artis*; debe existir el daño y finalmente una relación de causalidad.

Gisabert (como se citó en Valenzuela y Zúñiga, 2015) expresa que la responsabilidad médica es entendida como “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites cometidos en el ejercicio de su profesión” (p. 77). Romero (2014) estima que la responsabilidad médica puede ser objetiva o subjetiva, de carácter contractual o extracontractual y, por último, puede ser civil o penal.

Para determinar si existe responsabilidad médica es necesario entonces, definir si su acción u omisión se adecúa a un delito de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal costarricense que define el hecho punible como aquel que puede ser realizado por acción u omisión. El mismo cuerpo normativo puntualiza que si la ley reprime el hecho considerando el resultado producido, será responsable quien pudiendo no lo impide, siempre y cuando las circunstancias lo permitan y si estaba obligado jurídicamente a evitarlo.

#### a) Teoría del delito

Bacigalupo (2014) agrega que el hecho punible o delito debe estar en la ley como presupuesto de una pena, por lo que, en su distinción de la teoría del delito, cree que es necesario descomponerlo siguiendo un método analítico para facilitarles a los tribunales la aplicación de la ley penal partiendo de tres elementos esenciales: a) la infracción de la norma, b) resolver si existía permiso o no para infringir la

norma y c) la responsabilidad de la persona autora del hecho. La Defensa **Pública del Poder Judicial de la República de Costa Rica** (2008) asegura que se debe tener presente que la teoría del delito es uno de los instrumentos más relevantes en el establecimiento de responsabilidad penal de una persona en la comisión de un hecho delictivo. De lo anterior se desprende que las acciones del profesional en salud deben cumplir con los presupuestos de la teoría del delito para poder determinar su responsabilidad penal.

#### b) Responsabilidad penal

Para Murillo (2010) esta es el resultado del incumplimiento de determinado rol que debía ser realizado por la persona obligada, sin incluir a quien no esté presente en la prestación del servicio. Además, señala que, en el campo médico, el profesional encargado de un procedimiento se expone a incurrir en los delitos del Código Penal colombiano, tales como homicidio y lesiones, entre otros. En Cuba, la responsabilidad penal médica es vista como una obligación a la que se expone quien “ejerce cualquier rama de la medicina de sufrir las consecuencias legalmente instituidas (las sanciones o penas), por la responsabilidad de un hecho socialmente peligroso y antijurídico también previsto en la ley (los delitos)” (Momblanc, 2018).

La Universidad de Sonora (s. f.) estima que en el Código Penal mexicano la responsabilidad penal del médico es personal, y se genera a raíz del daño ocasionado al paciente por acción u omisión lesiva, en la cual deben concurrir: a) tipicidad, b) antijuridicidad y c) culpabilidad. Mayer (2011) expresa que el principio de bienestar del enfermo es clave en la responsabilidad derivada de la infracción del médico por su inobservancia ya sean lesiones u homicidio por omisión o acción, al no realizar una atención sanitaria oportuna, y advierte que dicha responsabilidad podría derivarse de la injerencia médica, lo cual quiere decir que no solo por un procedimiento que fracase, sino al prescribir medicamentos a un paciente indebidamente, creando un riesgo para su salud.

#### c) Responsabilidad civil y reparación integral del daño

La responsabilidad civil derivada del daño o lesión ocasionados al paciente surge tanto en la medicina privada como en la pública, y puede ser de carácter contractual o extracontractual. En España, por ejemplo, en los ámbitos privado y público, se ha seguido la regla de la responsabilidad extracontractual, aun cuando haya una relación contractual previa, según la teoría del concurso de normas. Además, para quien demanda, no existe una diferencia entre el tipo de responsabilidad, ya que debe demostrar el daño en su relación causal con el proceder del médico (Santos, 2018). En Costa Rica, esta responsabilidad es “entendida como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento

de la obligación, se divide, generalmente en responsabilidad contractual y extracontractual” (Colegio de Abogados de Costa Rica y Universidad de Costa Rica, 2009a y 2009b).

La reparación integral del daño se traduce como la indemnización que debe recibir la persona o un tercero por el daño causado, tal como lo determina Velásquez (2009), quien indica que dicho derecho tiene carácter constitucional al afirmar que la propia Constitución consagra la defensa de los derechos fundamentales, para lo cual deben existir los siguientes elementos: a) la persona afectada no tiene otro medio para obtener la indemnización; b) debe haber una violación manifiesta de un derecho; c) debe existir una consecuencia por una acción clara y arbitraria; d) la única forma para cubrir el daño emergente es la condena en caso de ser necesario para asegurar el goce del derecho de forma efectiva; e) debe existir una facultad oficiosa para imponer la condena indemnizatoria por el perjuicio; y, por último, f) debe existir una condena en abstracto.

#### 1) Responsabilidad civil contractual

Esta se deriva del convenio entre las partes, en la que se presupone una “obligación jurídica determinada, convenida libremente por las partes, y además el hecho de que tal obligación haya sido incumplida culpablemente por el obligado” (Colegio de Abogados y Universidad de Costa Rica, 2009.). Dicha responsabilidad está regulada en los artículos 692, 693, 701 y siguientes del Código Civil (Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, 1885), indicando la resolución del contrato por incumplimiento, así como el derecho del acreedor para obligar al deudor a ejecutar la obligación adquirida y, por último, la debida indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Este tipo de responsabilidad es usual de la medicina privada, tal como lo describe el Tribunal Segundo Civil, Sección II (Poder Judicial, 2005), porque los servicios médicos ofrecidos por centros médicos privados se califican como una obligación mercantil de venta de servicios; en tal caso, la responsabilidad se deriva de un vínculo contractual de la venta de servicios médico-sanitarios, por ende, la responsabilidad médica en este caso adquiere una connotación diferente, ya que se le integra una “conducta que supone una falta en cuanto a la coordinación, organización e instrumentalidad entre el personal en general y los especialistas que tratan al paciente” (Considerando V) cuando todo ocurra en el mismo centro de salud.

#### 2) Responsabilidad civil extracontractual (culpa aquiliana)

La responsabilidad extracontractual, según lo indica el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera (2019), recae sobre quien haya causado un daño en la

esfera jurídica de otro sujeto, sin tomar en cuenta si existe una relación contractual previa, esta nace de la violación del derecho general de no dañar a otras personas, y tal daño debe ser por culpa o a través de una actividad riesgosa. Dicha responsabilidad está basada en los artículos 1045, 1046, 1047 y 1048 del Código Civil; por ejemplo, el primer artículo obliga a quien, por negligencia, dolo, falta o imprudencia cause el daño, a repararlo, así como los perjuicios si los hubiera; y el 1048 amplía dicha responsabilidad de forma solidaria a la persona encargada de contratar o asignar un trabajo a otra.

En la doctrina chilena, se reconoce que en ciertos casos de negligencia médica se debe prescindir de la responsabilidad contractual y en su defecto aplicar a derecho, la extracontractual, cuando la demanda es presentada por terceros que presumen derechos por indemnización de los daños ocasionados, por cuanto el responsable del hecho no figura como deudor de la prestación (Vidal, 2003). En España, esta responsabilidad surge del “daño de un sujeto a otro sin que existiera relación previa entre el responsable del daño y el perjudicado, lo que da lugar al incumplimiento del principio *neminem laedere* (deber de abstenerse de causar daño a los demás)” (Jiménez, 2015, p. 12).

## Conclusiones

La profesión médica en Costa Rica está regulada por el Código de Ética y Medicina del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica y otras normas conexas. Existe la medicina curativa y la de satisfacción; sin embargo, hay un tercer tipo intermedio: la cirugía plástica por causas terapéuticas. Durante el ejercicio de la medicina, existen varios factores que pueden dar como resultado un daño en la salud del paciente, debido a una práctica incorrecta de la profesión, ya sea por inobservancia de la ley, negligencia, impericia o imprudencia; dicho actuar se conoce como ‘mala praxis médica’.

La mala práctica se entiende como un concepto proveniente del derecho estadounidense, en el que se determinaba un tipo de “*negligence*” tal como lo demostró Salcedo (2012), quien indica que lo traducen erróneamente como la negligencia profesional con un carácter estrictamente ético; sin embargo el autor establece que en realidad es un concepto jurídico equivalente a la imprudencia, que persigue la tipificación de conductas profesionales lesivas para los derechos de los clientes ya sea por acción u omisión, por lo que no se puede limitar al campo ético, sino que se extiende a todo el quehacer profesional, para lo que se debe demostrar la relación jurídica entre las partes.

Esto significa que el mal proceder se deriva de los actos médicos en los que medie la negligencia, imprudencia o impericia por parte del personal profesional en salud, cuyo resultado es negativo para el paciente y contrario a la ética según el Código de Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de

Costa Rica, lo cual es concordante con la regulación argentina y la chilena. No obstante, llama la atención que esta última tramita los casos de negligencia médica como delitos culposos, siendo que la mala praxis se persigue solo por excepción, según lo declara Martínez (2011). En la doctrina, Iraola y Gutiérrez (s. f.) declaran que la mala práctica en salud se presenta cuando se provoca daño a la persona paciente, sin importar si es temporal o parcial; además, no lo limitan al tiempo, todo como resultado de actuar contra lo establecido en los reglamentos, por negligencia o imprudencia.

Es posible distinguir ciertos elementos que concurren en la mala praxis médica y que dan como resultado una responsabilidad para el médico tratante o para el centro de salud según sea el caso; el primer elemento es el acto médico mismo que incluye la voluntad y un objeto reconocidos por el ordenamiento jurídico, además de ser lícito (Madriz, 2005), que busca la mejora en la salud de una persona por medio de un proceso complejo, obligando al médico a llevarlo a cabo de forma adecuada. Otro elemento es el derecho a la salud, consagrado como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la jurisprudencia nacional, al darle un carácter autónomo y contenido esencial propio. El tercer elemento que se distingue es el paciente, quien requiere la asistencia sanitaria, y que goza de una serie de derechos y de obligaciones para con el médico y otros pacientes.

Por último, se encuentra el médico, quien es la persona obligada a llevar a cabo el acto médico para mejorar o conservar la salud del paciente. Es importante recalcar que dicho profesional debe contar con una licencia expedida por el colegio correspondiente, lo cual está regulado tanto en la normativa internacional como en la nacional; además, cuenta con una serie de derechos que lo protegen en el ámbito profesional, así como deberes que debe cumplir para con los pacientes y con los colegas de la profesión.

El producto de la mala praxis médica es responsabilidad del profesional encargado, y se conoce en la doctrina como una obligación de medios referida al proceso de salud y no al resultado obtenido, debido a que la obligación del médico es proporcionar los cuidados necesarios para el paciente con la finalidad de eliminar o aliviar la enfermedad (Lledó, Morilla y Monge, 2012). Dicha responsabilidad es entendida como la obligación del médico de satisfacer y reparar las consecuencias de sus actos, por omisión, error o injerencia, ya sea voluntarias o involuntarias, cometidas en el ejercicio de su profesión. Tal responsabilidad puede ser penal o civil, siendo que la penal tiene como finalidad determinar la responsabilidad de la persona tratante por los delitos de lesiones o de homicidio, y la civil se ocupa de la reparación integral del daño; todo esto determinado por medio de una sentencia judicial.

## Referencias

- Álvarez, S. (2013). *Una ética de las profesiones desde la práctica médica*. Recuperado de <https://dialnet.cidreb.uned.ac.cr/servlet/tesis?codigo=98386>
- Arbesú, V. (2016). *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Recuperado de <https://www-digitalpublishing-com.cidreb.uned.ac.cr/a/46248/la-responsabilidad-civil-en-el-ambito-de-la-cirurgia-estetica>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970). *Código Penal. Ley N.º 4573*. 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](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. (1973a). *Ley General de Salud. Ley N.º 5395*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6581&nValor3=96425&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6581&nValor3=96425&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1973b). *Ley Orgánica del Ministerio de Salud. Ley N.º 5412*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8204&nValor3=96263&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8204&nValor3=96263&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2002). *Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados. Ley N.º 8239*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48278&nValor3=51401&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48278&nValor3=51401&strTipM=TC)
- Asamblea Nacional Constituyente de la República de Costa Rica. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Recuperado de [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871)

- Bacigalupo, E. (2014). *Lineamientos de la teoría del delito*. Recuperado de [https://bb9.ulacit.ac.cr/bbcswebdav/pid-851775-dt-content-rid-18844005\\_1/courses/CV-300002/Bacigalupo%20-%20Lineamientos%20de%20la%20teor%C3%ADa%20del%20delito.pdf](https://bb9.ulacit.ac.cr/bbcswebdav/pid-851775-dt-content-rid-18844005_1/courses/CV-300002/Bacigalupo%20-%20Lineamientos%20de%20la%20teor%C3%ADa%20del%20delito.pdf)
- Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Recuperado de <https://www-digitalia-publishing-com.cidreb.uned.ac.cr/a/14783/imputacion-objetiva-y-responsabilidad-penal-medica>
- Colegio de Abogados de Costa Rica y Universidad de Costa Rica. (2009a). *Responsabilidad civil contractual*. Recuperado de <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/?submit=Buscar&s=responsabilidad+contractual>
- Colegio de Abogados de Costa Rica y Universidad de Costa Rica. (2009b). *Responsabilidad civil en materia de derechos del consumidor*. Recuperado de <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/?submit=Buscar&s=responsabilidad+civil+en+materia+de+derechos+de+consumidor>
- Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica (2015a). *Normativa de requisitos para la inscripción como médicos y cirujanos*. Recuperado de <http://www.medicos.cr/website/documentos/NormativaLegal/NormativaAcademica/Normativa%20de%20requisitos%20para%20la%20inscripcio%C%81n%20como%20Me%CC%81dicos%20y%20Cirujanos.pdf>
- Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. (2015b). *Normativa para la autorización del servicio social obligatorio como médicos y cirujanos*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=79163&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=79163&nValor3=0&strTipM=TC)
- Colmenares, J. (2005). *La responsabilidad jurídica del médico en Venezuela*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347385>
- Congreso Constitucional de la República de Costa Rica. (1885). *Código Civil, Ley N.º 30*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437)
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2009). *Sala Primera. Resolución 952-2009*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-765292>

- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (2019). *Sala Constitucional. Resolución 05560-2019*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-917187>
- FidiSp. (2017). *Mala praxis médica: una visión histórica*. Recuperado de <https://fidisp.org/mala-praxis-medica-una-vision-historica/>
- Hospital General Dr. Manuel Gea González. (2018). *Derechos generales de los médicos*. Recuperado de <https://www.gob.mx/salud/hospitalgea/articulos/carta-de-los-derechos-generales-de-los-medicos>
- Iraola, L. y Gutiérrez, H. (s. f.). *Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis. La presencia en el tema de la Asociación Médica Argentina y Sociedades Médicas Afines*. Recuperado de <https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/Apuntes%20sobre%20la%20responsabilidad%20médica%20legal%20y%20la%20mala%20praxis.pdf>
- Jefatura del Estado de España. (2002). *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>
- Jefatura del Estado de España. (2003). *Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21340>
- Jiménez, N. (2015). *Responsabilidad civil médica*. (Trabajo final de grado). Universidad de La Rioja, España. Recuperado de [https://biblioteca.unirioja.es/tfe\\_e/TFE000842.pdf](https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000842.pdf)
- Lamothe, P., Pérez, M. y Pérez, M. (2015). Mala praxis en la actividad bancaria y los mercados financieros: Conflictos de interés y abuso de mercado. *Revista de Responsabilidad Social en la Empresa*. 14, 119-142. Recuperado de [https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/14\\_1.pdf](https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/14_1.pdf)
- Lledó, F., Morillas, L. y Monje, O. (2012). *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional*. Recuperado de <https://www-digitaliapublishing-com.cidreb.uned.ac.cr/visor/19253#>
- Madriz, O. (enero-marzo, 2005). El acto médico y el derecho sanitario. *Revista CONAMED* 10(1), 16-23. Recuperado de <https://dialnet.cidreb.uned.ac.cr/servlet/articulo?codigo=4051252>

- Marín, A. (2012). Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial. *Revista Jurídica: Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional*. Recuperado de <https://www-digitaliapublishing-com.cidreb.uned.ac.cr/a/19253/responsabilidad-medica-civil-y-penal-por-presunta-mala-practica-profesional>
- Martínez, M. (2011). La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 6(12), 214-252. Recuperado de <http://search.ebscohost.com.cidreb.uned.ac.cr/login.aspx?direct=true&db=i3h&AN=70147927&lang=es&site=ehost-live>
- Mayer, L. (2011). Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 371-413. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n37/a09.pdf>
- Momblanc, L. (2018). *La responsabilidad médica en Cuba. Iter histórico, problemas y soluciones*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i21.1550>
- Morillas, L. y Suárez, J. (2010). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Recuperado de <https://www-digitaliapublishing-com.cidreb.uned.ac.cr/a/8192/estudios-juridicos-sobre-responsabilidad-penal--civil-y-administrativa-del-medico-y-otros-agentes-sanitarios>
- Murillo, M. (2010). La responsabilidad penal médica: cuestión de ética o de derecho. *Revista Derecho y Realidad de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC*, 15 (207-2018). Recuperado de [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiHl4v6k7PmAhXOAGMBHaZMA1MQFjAEegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.unlp.edu.ar%2FRevistaAnalesJursoc%2Farticle%2Fdownload%2F4962%2F5458%2F&usg=AOvVaw3JSwTo-\\_2QvyiOffGixONt](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiHl4v6k7PmAhXOAGMBHaZMA1MQFjAEegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.unlp.edu.ar%2FRevistaAnalesJursoc%2Farticle%2Fdownload%2F4962%2F5458%2F&usg=AOvVaw3JSwTo-_2QvyiOffGixONt)

- Organización de Consumidores y Usuarios. (2013). *Mis derechos como paciente*. Recuperado de <https://www.ocu.org/salud/derechos-paciente/informe/derechos-paciente#>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Organización Médica Colegial de España. (2011). *Código de Ética y Deontología Médica*. Recuperado de [https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo\\_deontologia\\_medica.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf)
- Pérez, J. y Gardey, A. (2018). *Definición de mala praxis*. Recuperado de <https://definicion.de/mala-praxis/>
- Pirota, M. (2007). *Responsabilidad médica: situaciones susceptibles de generar mala praxis y de liberar de responsabilidad. Análisis de casos paradigmáticos*. Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/doctrinal/dacf090024-pirota-responsabilidad\\_medica\\_situaciones\\_susceptibles.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrinal/dacf090024-pirota-responsabilidad_medica_situaciones_susceptibles.htm)
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2005). *Tribunal Segundo Civil, Sección II. Resolución 195-2005*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-314609>.
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2008). *Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública: Teoría del Delito*. Recuperado de <https://defensapublica.poder-judicial.go.cr/images/ProgramaFormacion/TeoriaDelDelito.pdf>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2014). *Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, del Segundo Circuito Judicial de San José. (2014). Resolución 77.2014*. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-614333>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2019). *Tribunal de Apelación de Sentencia, Sección I, del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Resolución 00696-2019*. Recuperado de <https://nexuspj-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-938086>
- Presidencia de la Nación Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1984). *Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11179*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#6>
- Presidencia de la República de Costa Rica y Ministerio de Salud. (2016). *Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. Decreto Ejecutivo No. 39609-S*. Recuperado de <http://>

[www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81421&nValor3=103834&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81421&nValor3=103834&strTipM=TC)

- Romero, J. (setiembre-diciembre, 2014). Apuntes sobre la mala praxis médica. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, 135, 107-122. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjRwpTCtKHmAhUipFkKHd5cAVIQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucr.ac.cr%2Findex.php%2Fjuridicas%2Farticle%2Fdownload%2F21540%2F21790%2F&usg=AOvVaw0rYqF3HmOaQHxE9W5Lz46U>
- Salcedo, D. (2012). *Mala praxis, corrupción y juicios de ética profesional*. Recuperado de <https://dialnet.cidreb.uned.ac.cr/servlet/articulo?codigo=4588656>
- Santos, M. (2018). La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual. *Revista para el Análisis del Derecho*. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1370.pdf>
- Sateler, R. y Lorenzini, G. (2011). Responsabilidad médica. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 22, 127-137. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864011704035>
- Superintendencia de Salud de Chile. (s. f. a). *Cómo funciona el Sistema de Salud en Chile*. Recuperado de [http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-article-17328.html#accordion\\_0](http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-article-17328.html#accordion_0)
- Superintendencia de Salud de Chile. (s. f. b). *¿Cuáles son los derechos de las personas en su atención de salud?* Recuperado de <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-article-7960.html>
- Universidad de Sonora. (s. f.). *Capítulo II. Tipos de responsabilidad médica*. Recuperado de <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19618/Capitulo2.pdf>
- Valenzuela, S. y Zúñiga, S. (2015). *Iatrogenia: Exclusión de la responsabilidad penal en el ejercicio profesional de la medicina*. (Tesis de licenciatura en Derecho) Universidad de Costa Rica. Recuperado de <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/latrogenia-Exclusi%C3%B3n-de-la-Responsabilidad-Penal-en-el-Ejercicio-Profesional-de-la-Medicina.pdf>

- Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Recuperado de <https://www-digitaliapublishing-com.cidreb.uned.ac.cr/a/18585/responsabilidad-civil-extracontractual>
- Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz*. Recuperado de [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-89582013000200010](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010)
- Vidal, A. (2003). La responsabilidad civil del profesional médico. *Revista de Derecho*, 8. Recuperado de <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d156ee2d-d311-480d-8eb2-e921f8990498/9.pdf?MOD=AJPERES>
- Zalbidea, B., Pérez, J. C. y Urrutia, S. (2015). Temática y mala praxis en los informativos de televisión en Euskadi. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 21, 181-197. Recuperado de [https://doi.org/10.5209/rev\\_ESMP.2015v21.50673](https://doi.org/10.5209/rev_ESMP.2015v21.50673)

# La propiedad intelectual y su impacto sobre la innovación: los derechos de patentes

*Intellectual property and its impact on innovation: patent rights*

Melissa Zúñiga Mora <sup>1</sup>

Fecha de ingreso: 14/12/2019. Fecha de aceptación: 10/2/2020

## Resumen

La propiedad intelectual se refiere a la protección del producto del intelecto humano, ya sea en los campos científicos, literarios, artísticos o industriales. Dicha protección concede a los creadores, autores e inventores un derecho temporal para excluir a los terceros de la apropiación del conocimiento generado por ellos. Distintos elementos proporcionan productos intelectuales con atributos que, de un modo u otro, mejoran la calidad de vida de las personas. Estos elementos pueden llamarse iniciativa humana, ingenio, creatividad, inventiva, inspiración repentina, revelación o nueva visión de hechos observados, y pueden o no ir acompañados de experimentación, pruebas y errores, conocimientos técnicos, trabajo de equipo, oficio o sensibilidad estética, entre otros. De esta forma, la creación intelectual puede implicar la solución de un problema técnico con cualidades funcionales más deseables, o desembocar en la creación de algo estéticamente agradable para satisfacer una necesidad o deseo humano que puede ser utilitario, sensorial, social, cultural, mental, espiritual o religioso. Estos elementos que añaden valor o “calidad de vida” son la base de la propiedad intelectual, y mediante la correcta protección de dichos inventos se puede generar un mejor desarrollo económico no solo de cada inventor, sino también a nivel nacional.

## Palabras claves

Comercio, derechos, desarrollo, invención, investigación, patentes, propiedad intelectual, protección, tecnología.

---

<sup>1</sup> La autora es egresada de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, ULACIT. Correo electrónico: meli.zuniga@hotmail.com

## **Abstract**

Intellectual property refers to the protection of the product of the human intellect, whether in the literary, artistic or industrial scientific fields. This protection gives creators, authors and inventors a temporary right to exclude third parties from the appropriation of knowledge created by them. In fact, different elements provide intellectual products with attributes that, in one way or another, improve people's quality of life. These elements can be called human initiative, ingenuity, creativity, sudden inspiration, revelation or new vision of observed facts, which may or may not be accompanied by experimentation, trials and errors, technical knowledge, aesthetic sensitivity, among others. In this way, intellectual creation can involve the solution of a technical problem with more desirable functional qualities, or lead to the creation of something aesthetically pleasing, to satisfy a human need or desire that can be utilitarian, sensory, social, cultural, mental, spiritual or religious. These elements that add value or quality of life are the basis of intellectual property, and that through the correct protection of such inventions, a better economic development can be generated not only for each inventor, but also at a national level.

## **Keywords**

Commerce, rights, development, invention, research, patents, intellectual property, protection, technology.

## **Introducción**

La propiedad intelectual avanza actualmente a pasos agigantados, el mundo está cambiando a grandes velocidades y la tecnología lo hace de igual manera. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) indica que la propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio. Como comenta Roitter (2019), la economía actual a nivel mundial enfrenta la aparición de un nuevo sistema de tecnología, un paradigma tecnoeconómico que ha ido sustituyendo el modelo anterior. Una de las características de la época actual es que entre los diferentes países, la gran mayoría sostiene ideas de desarrollo y progreso estrechamente vinculadas con la tecnología y la ciencia. Este nuevo sistema premia lo que se conoce como “tecnologías de la información”, que comprenden fundamentalmente las innovaciones en la industria electrónica, informática y de telecomunicaciones (Kresalja, s. f.). Kalanje (s. f.) indica que la innovación se vuelve cada vez más indispensable para encontrar soluciones a problemas cotidianos, que en muchos casos son soluciones urgentes. Ante estas situaciones, es necesaria

la propiedad intelectual y se requiere que el nuevo sistema les permita a las personas mayor facilidad a la hora de crear nuevas invenciones. Aunado a esto, debe existir un sistema de patentes adecuado, que les permita a los innovadores proteger sus invenciones.

Las patentes, según el Registro Nacional de Costa Rica (s. f.), constituyen un título, certificado o documento oficial emitido por el Estado, a través de la Oficina de Patentes, para acreditar los derechos exclusivos que corresponden al inventor, o bien a quien ha adquirido de este los derechos respectivos. Por otra parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s. f.) define las patentes como un derecho exclusivo concedido sobre una invención que es aquel producto o proceso que constituye una nueva forma de hacer algo, o propone una solución técnica a un problema. Adicionalmente, indica que quien goza de una patente obtiene una protección para su invención durante un aproximado de veinte años. A pesar de ser un certificado como se indicó anteriormente, esto puede significar el avance de la sociedad, puede crear soluciones a problemáticas futuras y beneficiará a aquellos que buscan con la innovación una mejor calidad de vida y un mejor desarrollo, lo cual se analiza a lo largo de este trabajo.

## **Objetivos del derecho de patentes**

Kresalja (s. f.) indica que el objetivo fundamental del derecho de patentes es impulsar el progreso técnico, mediante el aliento a la creatividad y la protección jurídica de sus manifestaciones, es decir, de sus inventos, así como promover el acceso a estos por parte del público. Es aquí donde resulta necesario aclarar que no todo lo que se inventa es objeto de ser protegido jurídicamente, situación que se analizará más adelante.

Resulta de igual manera pertinente recordar la acotación que hace el autor anteriormente citado con respecto a que el derecho de patentes no tiene como prioridad la protección de la propiedad del inventor sobre su invención, sino que lo que pretende es proteger la comunicación que se hace de esta dentro de la sociedad, describiéndola de manera tal que cualquier experto en la materia pueda ponerla en práctica. Es por esta razón que no se le puede conceder el título de patente a una invención sin antes tener una detallada y clara descripción ella. Por lo tanto, se puede indicar que son tres los objetivos del derecho de patentes: primero, la promoción del aumento de los conocimientos técnicos; segundo, la conservación y la publicidad de los avisos; y, por último, el estímulo que significa su explotación.

## **Evolución de la propiedad intelectual**

Martínez (2008) indica que se ha señalado que la finalidad que persiguen las patentes está condicionada básicamente por los intereses que tiene cada país en el desarrollo de su industria y tecnología. De lo que se conoce en cuanto al derecho de patentes, se sabe que no ha tenido la misma regulación a nivel mundial. Existen países con regulaciones laxas y otros con reglas sumamente estrictas, y los cambios sustanciales en las regulaciones dentro de un mismo país han ido sucediendo conforme el paso de los años.

Entrando específicamente en un área del mundo, Roffe (1986) explica que, en Europa, en una primera etapa, se buscó promover el progreso técnico sin haber tomado en cuenta los intereses tanto del país como del inventor. Esto causó que se buscara la explotación de la invención dentro de un territorio definido. Siendo así, la patente se le otorgaba a aquel que introdujera la idea en un país, sin importar si dicha invención ya era conocida en alguna otra parte del mundo. Esto produjo una distinción importante en la historia de las patentes, ya que se comenzaron a otorgar patentes de invención y patentes de introducción. La primera de estas era para aquel que creara una invención desde su base; y la segunda era otorgada a quien, a pesar de no ser el creador de la invención, fuera el primero en introducirla a un país.

El mismo autor Roffe, citado anteriormente, indica que, durante el siglo XIX y parte del siglo XX, las patentes habían sido creadas para incentivar el desarrollo de nuevas industrias dentro de un país y es por esa razón que aquel que insertaba la invención (aunque no fuera suya) en un país, era tratado siempre como creador e inventor. La Ley de Patentes de 1791 en Francia, en su artículo primero, contenía una idea similar a esta. En Alemania, de acuerdo con la Ley de la República Federal de Alemania, hasta 1980, no se perjudicaban las novedades ni las publicaciones impresas de una antigüedad que superara los cien años, ni los actos de utilización del invento realizados en otros países.

Otro tema relevante que ha evolucionado en la legislación europea fue la de la obligación de explotar la patente que fuera otorgada (Kresalja, s. f.). Durante los mismos siglos, tanto Francia como Alemania, en sus diferentes modalidades, castigaban con la caducidad las patentes que no fueran explotadas dentro de su respectivo territorio. Esto ha tenido cambios relevantes y progresivos, ya que la Comunidad Europea ha impuesto, mediante el Tratado de Múnich sobre la concesión de patentes europeas de 1973, la novedad absoluta o mundial (Oficina Española de Patentes y Marcas, 1986). Además, mediante este mismo tratado, se extendió que el reconocimiento de que la protección jurídica debe brindarse a quien es el primer y verdadero creador, y no a quien introduce una invención que no es propiamente suya.

Posteriormente, gracias al desarrollo de las comunicaciones y al gran incremento del comercio internacional, se puso de manifiesto que sí era posible obtener un beneficio de patente sin necesidad de explotar el invento dentro del país que otorgó dicho título. Cambios como estos en la obligación de explotar una invención se ven reflejados, por ejemplo, en La Haya de 1925, donde se estableció que para declarar la caducidad se exige primero un plazo mínimo de tres años.

Por otra parte, la Organización Mundial de Comercio (2018), en cuanto al desarrollo de la tecnología, establece que esta se ha hecho cada vez más costosa y una vez que sus resultados se hacen de conocimiento público, se difunden con gran velocidad a nivel mundial. Ante esto, Kresalja (s. f.) indica que de esa realidad derivan consecuencias relevantes en las cuales el derecho debe estar siempre presente. La primera de estas es acerca de la rentabilidad de esa investigación, ya que solo es posible si sus resultados son explotados a nivel internacional; la segunda consiste en que la única manera de hacer rentable dicha explotación es haciéndola exclusiva, y para que esto pueda suceder es necesario contar con una patente, ya que sin ella, las nuevas tecnologías, gracias a la rápida difusión que tienen, pueden ser copiadas; y por último, comenta el autor que es necesario tener en cuenta que la búsqueda de la rentabilidad normalmente podría impedir que la explotación pueda hacerse en todos los países en donde se pretenda comercializar el producto final.

### **Forma de obtener una patente**

En algunos países pueden variar las regulaciones para obtener una patente, pero la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s. f.) establece criterios básicos para poder otorgar una patente. Inicialmente, es necesario presentar una solicitud. Este documento contiene el título de la invención y la explicación acerca de su ámbito técnico. Esta solicitud debe incorporar también los antecedentes y la descripción de la invención con un lenguaje que sea claro y que contenga una suficiente cantidad de detalles, al punto de que una persona que cuente con un nivel medio de conocimientos en la materia pueda utilizar o reproducir la invención. También se indica que estas descripciones pueden acompañarse de materiales ilustrativos, para así tener un mayor entendimiento del funcionamiento de la invención. Por último, y en este caso lo más importante, la solicitud debe indicar el alcance que se pretende que tenga la patente.

## **La invención y lo que no cubre una patente**

Se ha mencionado en reiteradas ocasiones la palabra “invención” y se ha definido lo que es una patente, pero no se ha definido la invención ni se han establecido los límites que tiene una patente. En la legislación costarricense, en la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1983), en su artículo 1, se establece que las invenciones son las creaciones provenientes del intelecto humano que pueden ser aplicadas dentro de la industria y que, como es claro, deben cumplir con las condiciones de patentabilidad que establece dicha ley. En su segundo artículo, se puede observar lo que la legislación considera que no son invenciones, como por ejemplo, las obras literarias y artísticas, y todos aquellos planes que provienen de actividades mentales del ser humano. Es importante recalcar que en este artículo 2, en el inciso D, se establece que no se consideran invenciones aquello que sea ya conocido o que sea el resultado de una mezcla de productos ya conocidos, entre otros.

## **Las nuevas tecnologías y el derecho de autor**

Como se ha mencionado en apartados anteriores, la tecnología avanza a grandes velocidades y esto genera que las nuevas creaciones o invenciones se conozcan alrededor del mundo con mucha más facilidad y, muchas veces, se da una distribución no autorizada de un invento (Martínez, 2008). Garza (2015) indica que “cada cambio tecnológico necesariamente debe conllevar reformas en la legislación” (p. 42), haciendo alusión a la aparición tardía de los derechos de autor de una innovación tecnológica que causó gran conmoción en el siglo XV: la imprenta. Kalanje (s. f.) considera que los derechos de autor deben acoplarse a lo que establece el desarrollo, como sucedió en la época en que aparecieron los primeros televisores, radios y películas, entre otros.

A pesar de que ahora se puede ver hacia el pasado y entender el funcionamiento del mundo en aquel entonces, es difícil comprender el camino que lleva el desarrollo de la legislación en esta materia actualmente. Como muchas otras, siempre generan gran controversia, pero son cambios que podrían considerarse como obligatorios en las legislaciones, para alcanzar un mejor desarrollo humano.

De acuerdo con Garza (2015), los cambios se pueden visualizar en tres etapas distintas. La primera de ellas es la temprana etapa del desequilibrio; la segunda etapa es considerada como un periodo de adaptación judicial a través de los precedentes generados por los litigios que se van presentando; y, por último, se encuentra la etapa de los cambios legislativos, en donde se da el cambio más importante.

Desde que sucede algún cambio en la tecnología y se da un cambio en la legislación, podría quedar una laguna legal si algún aspecto importante no ha sido tomado en cuenta. En este caso existen diferentes factores, según indica el autor citado anteriormente, que pueden proteger la invención contra la reproducción o cualquier tipo de infracción que se genere contra los derechos de autor. Garza (2015) señala como un factor de gran importancia —y que en la vida cotidiana se puede observar— el hecho de que las copias de las invenciones suelen ser de menos calidad que las originales. Además, crear las copias de las invenciones puede resultar complicado, dependiendo de la tecnología que se aplique en ellas y el transporte de los materiales necesarios para llevar a cabo la copia, y es por esto que considera que en ese lapso, quien posea los derechos de autor se encuentra aún protegido. También es importante mencionar que con el desarrollo actual de la tecnología y una herramienta de fácil acceso como lo es internet, lo anterior puede resultar más fácil de llevar a cabo.

Martínez (2008) asegura que los derechos de autor más infringidos en internet son los de reproducción, distribución o transmisión. Incluso, muchas veces también se puede observar el de adaptación, el cual suele ser muy usual para intentar evadir las copias de innovaciones originales. Desde el momento en que alguna innovación o creación ingresa a internet mediante un servidor, este necesita reproducir exactamente lo mismo que le ingresó para poder transmitirlo a otro servidor, y así de manera sucesiva hasta que llega al servidor del usuario que ha hecho la solicitud de la obra.

Conociendo un poco más acerca de las características de los derechos de autor y conexos y el desarrollo tecnológico, la mejor forma en que la legislación de un país se actualice es observando lo que ha sucedido en otras naciones, las más desarrolladas, y cómo lograron o han ido resolviendo las problemáticas y las lagunas del derecho.

## **Las patentes como un conjunto de derechos**

La propiedad intelectual, como un espacio jurídico destinado a la protección de los bienes inmateriales de diferentes categorías —como industrial, técnica, comercial, artística, literaria y científica— se ha constituido en un elemento, si se quiere, catalizador del desarrollo económico (del cual se comentará al respecto más adelante), científico y cultural en el transcurrir de estos tiempos, marcados por novedosas formas de explotación económica, de inclusión de nuevos factores de producción en el proceso de la generación de capital, de intercambio comercial y, más aún, de las negociaciones internacionales gracias a los tratados de libre comercio. Es por todo esto, como lo indica Rodríguez (2008), que la legitimidad de la propiedad intelectual ha mediado entre detractores y defensores.

Específicamente en el área de la propiedad industrial, considerada una de las vertientes de la propiedad intelectual, Rodríguez (2008) establece que se han planteado grandes discusiones que giran en torno a los sistemas de protección legal que son otorgados a las diferentes figuras jurídicas en ella reconocidas. Así, en lo relativo a las invenciones —como las creaciones técnico-industriales, surgidas de una necesidad no satisfecha, a la que concurre con éxito una idea inventiva que se materializa en un resultado, ya sea como producto o como procedimiento, capaz de brindar una solución a tal necesidad—, el debate se ha orientado a cuestionar la verdadera eficacia del sistema de patentes a través del cual dichas invenciones son tuteladas jurídicamente, dentro del marco de una economía libre.

En esa misma línea, la patente, como un conjunto de derechos que el Estado otorga al inventor, reconoce en el titular de ella la facultad exclusiva y excluyente de poder fabricar, ejecutar, emplear, usar o comercializar el objeto de dicha patente como explotación industrial y lucrativa, como comenta Bonilla (2011). Es pertinente en este punto mencionar lo que Rodríguez (2008) cita como comentario de Massaguer (2004) acerca de las patentes, a saber:

La patente confiere a su titular un *ius prohibendi*. La patente, por el contrario, no confiere un derecho positivo a usar la invención protegida, que resulta de la naturaleza misma de las cosas. De ahí que se sigue, en particular, que el titular de la patente únicamente está facultado para impedir a tercero que lleven a cabo actos de explotación enumerados legalmente, y no otros (p. 91).

Como se ha conocido en este artículo, ciertamente la patente es un mecanismo de exclusión a terceros en lo que a la explotación económica del invento se refiere, y para ellos se constituye como un monopolio legal, conferido al creador del invento durante un tiempo específico desde la presentación de la solicitud, para hacerse efectivo desde el momento de la concesión una vez cumplidos todos los requisitos, como lo establece Garza (2015).

Así mismo, Cole (s. f.) considera que el propósito de las patentes es crear escasez, para que de esa manera se genere una renta monopólica para los tenedores del derecho; aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso, sino que la ley se establece con el propósito de crear una escasez que anteriormente no existía. Es decir, la “escasez” sería creada por la misma legislación y esta —la cual podría considerarse como artificial— es precisamente la fuente de las rentas monopólicas que confieren el valor a dichos derechos.

## Desarrollo de patentes versus el desarrollo económico

Actualmente, en muchos países, el proceso para poder obtener una patente puede durar hasta cinco años dependiendo del tipo de patente que se busque obtener, según detalla la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (s. f.); sin embargo, es de suma importancia tomar en cuenta el gran beneficio económico que significa obtener una patente. De manera general, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual considera que debido a las grandes diferencias en términos de riqueza económica que hay entre unos países y otros, cabe preguntarse si el sistema de patentes no obstaculiza el desarrollo en lugar de promoverlo. Hace unos años, indica la misma Organización, se han planteado una serie de preguntas relativas a los efectos potenciales de los diferentes niveles y formas de protección por países, y habría que preguntarse si es o no correcto aplicar en todos ellos una misma norma en materia de patentes. Para elaborar estrategias nacionales que sean realmente eficaces, resulta necesario considerar los requisitos y particularidades que tiene cada nación en esta materia. Ante esto, Rubio (1996) menciona que

los países de América Latina han apostado fuertemente a la competencia. Sus economías se encuentran entre las más abiertas del mundo. Un régimen de propiedad intelectual consistente con este esquema, debe brindar los estímulos necesarios para promover las inversiones, ajustándose a las condiciones de desarrollo económico y tecnológico de cada país (p. 94).

Para los autores Arora, Fosfuri y Gambardella (2005) el análisis de las patentes como elementos relevantes para los mercados basados en la tecnología debe centrarse en la relación de las iniciativas antes de los desarrollos, para así estimular la innovación y luego las ventajas después de que se ha hecho la difusión de dicha innovación. En este caso, un beneficio que resulta relevante y que ayuda que transparentar las patentes en su rol de propulsores en los mercados de la tecnología, es la mejora de la eficiencia en el flujo del conocimiento entre los proveedores y aquellos que son receptores de los productos tecnológicos. Estos autores consideran también que esta mejora se puede ver reflejada en dos formas diferentes de contribución: la directa, la cual se refiere al costo inmediato de la transferencia de conocimiento a través de una patente es menor que cuando el conocimiento se encuentra codificado y reservado; y la indirecta, la cual hace referencia a que las patentes se comportan como herramientas capaces de hacer que los proveedores de tecnología especializada obtengan el retorno de sus servicios, facilitando la existencia del mercado basado en el conocimiento, lo que se traduce a su vez en la contribución directa mencionada anteriormente.

Es por esto que posteriormente los autores antes mencionados se inclinan a favor del sistema, pues indica Rodríguez (2008) que si bien la explotación de la patente por su titular es un ejercicio del derecho exclusivo emitido por la misma patente, dicha actividad siempre involucra a terceros, y que esa exposición al mismo tiempo deja siempre un margen de posibilidad de que el inventor sea superado por otros competidores que pudieran llegar a obtener un producto o procedimiento mejor, y ello redundará finalmente en competitividad y lleva también a la apertura comercial.

Esta misma línea de pensamiento es apoyada por Saíz (s. f.), quien comparte la idea de que una invención protegida puede crear un nuevo segmento de mercado al cual otros no acceden por fracasar sus investigaciones, pero sus estudios y observaciones no son prohibidos por la patente, esfuerzos que de seguro serían en vano en un verdadero monopolio aun cuando resultaran siendo exitosos. El mismo autor considera que se produce lo que se conoce como un efecto cascada y de retroalimentación, ya que termina incorporando nuevas tecnologías y aumentando la demanda de actividad inventiva, y en esta situación, se deja un espacio muy limitado para el azar o las casualidades en los avances de la tecnología, circunstancia que se basta a sí misma para justificar la protección y estímulo a la creación de soluciones técnicas patentables.

Sobre este particular, Rengifo (2003) considera que en dicha posibilidad se basa el sistema de patentes, es decir, en que el titular de la patente recupere lo invertido y pueda obtener una ganancia; si tiene éxito, seguramente seguirá investigando, lo cual significaría un beneficio para la sociedad en común. El mismo autor también comenta lo siguiente:

No veo razón alguna para que se imponga al titular de la patente normas que le obliguen a bajar el precio. ¿Por qué no hacerlo también con otros que gocen de ventajas competitivas de otra índole? ¿Por qué no obligar a que, para que este no pueda cobrar más, comparta sus secretos con sus competidores? ¿Por qué no hacer que limite su publicidad y así estar en igualdad de condiciones con los que realizan poca o ninguna publicidad? En fin, ¿Por qué no quitarles a los que tienen ventajas de cualquier clase para entregárselas a los demás y equiparar a todos? Hagámoslo y terminemos con los beneficios que la competencia nos brinda (Rengifo, 2003, p. 71).

Es así que los defensores del sistema de patentes han contado con buena parte de la aceptación política y legislativa de los gobiernos, tal y como lo demuestra el gran número de países adheridos a tratados internacionales sobre la materia y los estándares mínimos institucionalizados por el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Esta tendencia a la admisión de la patente como un mecanismo de protección jurídica y eficaz a las invenciones y un incentivo al avance tecnológico se ha consolidado como un sistema legal que obliga a los Estados a promover y a otorgar patentes, no solo como un resultado de los compromisos adquiridos en el marco de tratados internacionales, sino también como una figura generalmente reconocida en normativa institucional y en las disposiciones de acuerdos regionales de integración económica atinentes a la protección de la propiedad privada, de la libertad de la empresa, de la economía del mercado, del apoyo de la industria, el comercio y los servicios.

Existe también otra posición, como la de Rubio (1996), quien considera que la formación de monopolios que permiten la obtención de un puesto privilegiado para dominar los mercados, fomentar la concentración y el alza de los precios de los productos o servicios, el entorpecimiento del abastecimiento de los países de mediana tecnología y la protección de los intereses privados, son las críticas más evidentes al sistema de patentes. Dicho autor insiste en que el costo de las inversiones no es el único factor determinante de los precios, pues la competencia es también un elemento de importancia, y en el caso de las patentes, quien tiene el derecho de exclusiva puede aumentar el número de cantidades vendidas y no requiere de la promoción, lo que implicaría de manera clara una reducción del costo.

Rodríguez (2008) considera que la transferencia de nuevas tecnologías a los denominados países en desarrollo parece traer consigo —en gran cantidad de escenarios— la incompatibilidad del desenvolvimiento y progreso de estas naciones con estructuras tradicionales y particulares, a veces resultando en una perniciosa dependencia de productos y tecnologías ajenas a las características que son intrínsecas de la nación que las recibe. El efecto, como consecuencia, se manifiesta en el curso de las transacciones mundiales y en las disposiciones de carácter jurídico llamadas a proteger la libre competencia, como esencia del sistema económico que se encuentra en la mayor cantidad de países en el mundo.

Como muestra de lo anterior, están los Tratados de Libre Comercio (TLC) como el que tiene Costa Rica con Estados Unidos (Rodríguez, 2008). En dichos tratados —que también se han dado con otros países latinoamericanos— Estados Unidos ha logrado aumentar las prerrogativas que las normas sobre

propiedad intelectual le confieren a sus trasnacionales, lo que apunta en gran medida al establecimiento de un blindaje legal que asegure espacio para los cánones y la discutible relación costo-beneficio que deben asumir las naciones que deciden entrar a negociar en dichos acuerdos.

Roffe y Santa-Cruz (2006) consideran que los escenarios de los tratados de libre comercio plantean cada vez más ataque entre el comercio y la competencia justa y la necesaria interacción y cooperación entre los miembros de la comunidad de Estados, dado que los países receptores de productos con contenido de propiedad intelectual probablemente hallen en estos acuerdos una importante dosis de transferencia de tecnología y de inversión extranjera directa, pero a precios tan altos como para generar quizás una balanza de pagos con saldo negativo en los países importadores de dicha tecnología, mientras que las regalías (cánones) por patentes parecieran continuar siendo exorbitantes. Respecto a lo anterior, los mismos autores se refieren igualmente al informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2005), en el que se demostró que “las empresas de los países desarrollados poseen el 96 % de las regalías (cánones) por patentes y reciben \$71,000 millones de dólares al año por dicho concepto” (p. 65)

Por otra parte, el informe de la OMPI (2006) demuestra un incremento en la búsqueda de la concesión de patentes internacionales por parte de empresas multinacionales, sirviéndose estas, cada vez más y donde resulte aplicable, del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), tanto así, que el 47 % de las solicitudes internacionales presentadas en el 2004, se invocaron mediante esta vía, según se indicó en el informe. Adicionalmente, se afirma que, si bien han aumentado las solicitudes de patentes extranjeras en países como Brasil, China, México e India, la utilización del sistema de patentes sigue estando concentrada en los países conocidos como del primer mundo, como lo son Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Japón y la República de Corea, países que en el año 2004 se habían concedido el 81 % del total de 5,4 millones de patentes en vigor, para la fecha a nivel mundial.

En el informe de la OMPI del año 2008, se evidencia que siguen siendo Japón, Corea y Estados Unidos los países que más solicitudes de patentes habían presentado ante las diez principales oficinas de patentes del mundo, entre 1883 y 2006. Por otro lado, el Reino Unido y la Unión Europea, junto a los países mencionados anteriormente, lideran la solicitud de estos títulos —sobre todo en materia de derechos industriales— y todos en conjunto superan con gran ventaja las solicitudes de patentes tramitadas en la República Popular China y en Rusia (OMPI, 2008).

Rodríguez (2008) considera que de datos como los mencionados anteriormente, se puede inferir que los países más tecnificados e inversores en investigación y desarrollo son también los que tramitan más solicitudes de patentes y los que más patentes otorgan. Considera también que pareciera entonces

que en este tema no se deja nada al azar —como se había mencionado anteriormente—, ya que los números apuntan directamente a una relación directamente proporcional entre el avance tecnológico de un país, la cantidad de patentes que se solicitan (tanto por nacionales como por extranjeros) y se conceden en este, y el nivel de competitividad que ostenta una nación en el contexto internacional.

Rengifo (2003) comenta que es profuso el debate acerca de la idoneidad del sistema de patentes como mecanismo para fomentar la investigación y el desarrollo tecnológico. Comenta que es evidente, que entre una posición y otra existen abismos que pugnan ante las ideas de interés privado y bienestar social, pero es claro que la propiedad intelectual ha significado una ruptura con los mecanismos tradicionales de producción, lo que en parte ha modificado las relaciones sociales incluidas en los procesos productivos que cada vez son técnicamente más elevados y capaces de influir en la cultura y el desarrollo de los pueblos.

### **Análisis ético-jurídico de la investigación científica y las patentes**

La investigación científica y el derecho de patentes son mundos muy diferentes, pero esto no significa que no puedan existir puntos de convergencia. Tradicionalmente se consideró que el derecho de la propiedad industrial se movía en un mundo eminentemente técnico para regular los derechos atribuidos a quienes incorporaban a la sociedad innovaciones mecánicas, traducidas en aparatos, instrumentos, equipos e instalaciones, entre otros. En un momento posterior apareció la industria químico-farmacéutica. Muy lejos estaban los seres vivos, la materia viva y el material genético, que pertenecían a otro mundo.

Cuando surgió la biotecnología moderna y se pudo apreciar el valor de mercado de los productos y procesos biotecnológicos, se suscitó el debate sobre la incorporación de seres vivos, sus partes y el material de reproducción al derecho de la propiedad industrial. Con diversos argumentos —ensayados para las nuevas realidades— las oficinas de patentes, los tribunales de justicia y las leyes fueron incorporando insensiblemente a microorganismos, plantas, animales, y material biológico y genético humano, todo lo cual llevó a considerar una cierta relación entre la propiedad industrial y los principios éticos, asegura Bergel (2014).

Un ejemplo de lo anterior, señala Bergel (2014), es el proceso de la Directiva Europea del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea sobre Protección de las Innovaciones Biotecnológicas de julio de 1998, la cual pasó de ser un texto que no contenía menciones de tipo éticas, a tener alrededor de la mitad de su contenido dedicado a temas éticos que planteaban la admisión de la materia y los seres vivos al mundo de la propiedad industrial. De todas formas, se insistió en no modificar

sustancialmente los principios centrales de la disciplina. La patente se puede otorgar a las invenciones que observen los requisitos, objetivos de patentabilidad como se ha mencionado anteriormente, que son factores como el de ser nuevas, ser inventivas y que tengan una aplicación o utilidad industrial.

La observancia de este esquema, asegura Bergel (2014), contribuyó a balancear el sistema, de manera que el titular de la patente se beneficia con la explotación del invento —como la producción o la comercialización— y, paralelamente, la sociedad se beneficia al incorporar un conocimiento más, que eventualmente podrá funcionar como la base para otros hallazgos.

### **La patentabilidad en las primeras etapas de la investigación**

La prevalencia de la competencia económica sobre los aspectos técnicos de las invenciones llevó a acelerar los tiempos y a solicitar patentes aun cuando la invención se encontrara apenas iniciando, lo que naturalmente no permitiría su utilización correcta. Es importante reiterar en este punto nuevamente, que una invención implica la culminación de un proceso creativo que se dirige a satisfacer un problema técnico de interés humano. Por ejemplo, en países como Corea y Japón, la palabra “invención” hace referencia a una creación sumamente avanzada de ideas técnicas en las que se utilizan las leyes de la naturaleza. En ambos casos se entiende que esta definición excluye la patentabilidad de las leyes de la naturaleza, los descubrimientos, las ideas que no son técnicas, las soluciones a problemas que sean imposibles de resolver, las innovaciones que no se basen en las leyes de la naturaleza y las innovaciones que sean contrarias a esas leyes, según explica nuevamente Bergel (2014).

En este apartado se toman como ejemplo todas las investigaciones en el campo de la biología, ya que implican un considerable esfuerzo que puede llevar o no a la verificación de una hipótesis, lo que llegando a buen fin, no se traduce necesariamente en una invención patentable, por no darse los extremos requeridos por la legislación para que ello acontezca, por lo que queda entonces como un aporte de ciencia básica (Kalanje, s. f.). Gran parte de los conocimientos producidos en el área de las biotecnologías —comentan Roffe y Santa-Cruz (2006)— tienen potencial técnico, mas no inmediato y directo. Estratégicamente existe un interés de los agentes económicos (no necesariamente un interés público) de anticipar la apropiación de la tecnología. Por esto es que se ven tentados a patentar procesos biotécnicos, biomoleculares, de modo combinado con las secuencias de ADN al que están relacionados.

Martínez (2018) considera que pese a ello, la concesión de derechos exclusivos de patente cumple un objetivo fundamental: constituyen una atribución absolutamente necesaria como medida de fomento

de la innovación. A contrario sensu, el hecho de no conceder derechos exclusivos de patente, llevaría aparejada la falta de incentivos suficientes para desarrollar una actividad investigadora. La ausencia de derechos exclusivos conllevaría, prácticamente, la imposibilidad de recuperar los desembolsos económicos propios de la actividad investigadora. Consecuentemente, el desarrollo de la innovación, así como la búsqueda de nuevas alternativas comerciales, se verían totalmente desincentivadas.

Adicionalmente, Martínez (2018) establece a este respecto que hay que tener presente que el progreso de la innovación constituye un elemento imprescindible para la buena marcha del sistema de competencia en el mercado. Asimismo, se considera que la protección de las creaciones industriales constituye un mejor estímulo para el progreso tecnológico y la competencia. Aunque es cierto también que la concesión de derechos de exclusiva acarrea una serie de costes de carácter público, puesto que eliminan la posibilidad de competencia y de la vigilancia de las patentes, así como los costes producidos por la inversión en innovación superflua, entre otros.

En sentido contrario, Bonilla (2011) considera que la concesión de derechos de exclusiva propicia la existencia de un equilibrio entre los intereses particulares del titular del derecho, y los intereses económico-sociales y de los consumidores. El titular de dichos derechos gozará de estímulos para realizar nuevas inversiones en la búsqueda de alternativas comerciales novedosas, a pesar de que supongan importantes desembolsos económicos. La concesión de derechos exclusivos de explotación sobre la invención patentada les permitirá tanto recuperar las inversiones realizadas como obtener mayores ganancias. En consecuencia, el interés del mercado también saldrá beneficiado, en la medida en que el consumidor tendrá a su alcance un elenco de productos y servicios mucho más amplio entre los cuales elegir.

Martínez (2008) considera que, en definitiva, la razón última que lleva a la concesión de los derechos de exclusiva es el incentivo a las empresas y particulares para que continúen con el desarrollo de actividades de investigación. En efecto, de no concederse dicha protección exclusiva, el resto de competidores podrían reproducir y comercializar libremente los resultados de la investigación de terceros, sin soportar por ello ningún tipo de coste derivado del aprovechamiento de la innovación ajena. De ser así, considera Cole (s. f.), se originaría una situación insostenible, que podría causar un desinterés por parte de los investigadores a la hora de invertir tiempo y esfuerzos en la búsqueda de nuevas alternativas comerciales, puesto que, de encontrarlas, no recibirían a cambio ningún tipo de beneficio, además de no poder hacer frente —ni siquiera amortizar—, los propios costes económicos generados. El mismo autor antes citado considera también que cabe afirmar que la existencia de derechos de patente protegidos mediante exclusiva resulta en las relaciones de mercado, en la medida en que constituyen una garantía para la protección de los resultados obtenidos en el desarrollo de la actividad innovadora.

Ello pone de manifiesto que, en estos casos, no tendría cabida el establecimiento de un régimen de competencia plena y directa, es decir, un sistema de competencia absolutamente libre y sin restricciones.

## Conclusiones

Los derechos de patentes cumplen una función procompetitiva, donde el alcance exacto debe ser determinado por el ordenamiento jurídico que lo otorga (Martínez, 2018). Se crea así una incógnita a la hora de determinar hasta dónde llega la protección conferida a este tipo de derechos, y por ende, hasta qué punto están legitimadas ciertas actuaciones por parte de sus titulares. La determinación de esta cuestión resulta altamente relevante, a fin de poder definir cuáles comportamientos concretos, llevados a cabo por los titulares de patentes, pueden exceder de la función esencial del derecho de exclusiva y, en consecuencia, constituir restricciones injustificadas de competencia, según lo establece Garza (2015). En esa misma línea, Rubio (1996) comenta que la protección de los derechos de patente podría traer aparejado el riesgo de otorgar una tutela desmesurada a sus titulares, con la consiguiente afectación del derecho de la competencia. La búsqueda de instrumentos que fomenten la innovación y el desarrollo podrían convertirse, por ejemplo, en una barrera demasiado protectora de los intereses de las empresas dominantes, en detrimento de los intereses generales del mercado. Esta situación perjudicaría a todos los operadores intervinientes en el tráfico comercial: tanto a otros competidores, que verían limitada su capacidad competitiva; como a los consumidores, que, por su parte, ante la falta de competidores, verían reducida la variedad de productos entre los cuales escoger, con el consiguiente reflejo en el sistema de precios. Así, estas tendencias que se podrían considerar como “hiperproteccionistas” de los derechos de patente irían en contra del principio de libre competencia, como bien lo menciona Martínez (2018).

Es importante afirmar que existe una relación de interdependencia y de cierta complementariedad entre el derecho de competencia y el derecho de patentes (Saíz, s. f.). En dicha relación de complementariedad, ambas ramas del ordenamiento jurídico actúan desde diferentes planos. Por una parte, el derecho de patentes actúa *ex ante* o *a priori*, mediante el establecimiento de normas que constituyen un incentivo a la innovación y que recompensan la actividad innovadora con la concesión de un derecho exclusivo y excluyente sobre los resultados obtenidos; y por otra, el derecho de la competencia actúa de forma *ex post* o *a posteriori*, como un mecanismo de intervención externa para corregir comportamientos abusivos o excesivos, que puedan sustentarse sobre la posición de privilegio legal que garantiza la titularidad de derechos exclusivos de patente.

Por lo tanto, en el derecho de patentes existe una vinculación entre el nivel de tecnología con el que cuentan los países y la producción de patentes. Rodríguez (2008) asegura que la mayor parte de patentes de invención tienen lugar en las naciones cuyas divisas se fundan de manera notable en la exportación y transferencia de tecnología, pero todavía más interesante resulta la circunstancia de que precisamente nacionales de estos países sean los titulares de la mayor cantidad de patentes concedidas en naciones con un desarrollo tecnológico definitivamente inferior, como lo demuestran algunos estudios que se realizaron al respecto en el año 2006 en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

Por lo anterior, es necesario que a nivel mundial crezca el incentivo para que los inventores tengan una patente para su invención. Esto traerá mayores beneficios económicos en una época en que las economías de muchos países se están estancando y los ciudadanos cada vez encuentran menos productos en el mercado por la falta de estímulos para los comerciantes. Es necesario que desde etapas tempranas, el ser humano comience a desarrollarse para mejorar sus habilidades de creatividad y pueda encontrar formas de solucionar situaciones que otros tal vez no han podido, sabiendo que existe en esto un beneficio y un incentivo (Roitter, 2019). Además, Kalanje (s. f.) considera que la mejor forma en que la legislación de un país se puede actualizar es observando lo que ha sucedido en otros países, los más desarrollados, y cómo lograron o han ido resolviendo las problemáticas y las lagunas del derecho. Un análisis como este puede permitir un avance más certero en la legislación, de esta manera no sería necesario reinventar una rueda, sino perfeccionarla a su propia manera.

## Referencias

- Arora, A., Fosfuri, A., y Gambardella, A. (2005). Markets of technology, intellectual property rights and development. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494529>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1983). *Ley de Modelos de Invención, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales*. Recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8148&nValor3=74713&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8148&nValor3=74713&strTipM=TC)
- Bergel, S. (2014). *Investigación científica y patentes: análisis ético-jurídico de sus relaciones*. Recuperado de [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000300004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300004&lng=es&tlng=es)
- Bonilla, J. (2011). *Modos de transmisión de los derechos sobre las patentes de fondo en el sistema jurídico nicaragüense*. Recuperado de <http://repositorio.uca.edu.ni/330/1/UCANI3078.PDF>
- Cole, J. (s. f.). ¿Se justifican las patentes en una economía libre? Recuperado de [https://www.academia.edu/295946/\\_Se\\_Justifican\\_las\\_Patentes\\_en\\_una\\_Econom%C3%ADa\\_Libre](https://www.academia.edu/295946/_Se_Justifican_las_Patentes_en_una_Econom%C3%ADa_Libre)
- Garza, R. (2015). *El derecho de autor, las nuevas tecnologías y el derecho comparado. Una reflexión para la legislación nacional y sus desarrollos jurisprudenciales*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.22201/iiij.24484873e.2015.142.4915>
- Kalanje, C. (s. f.). *El papel de la propiedad intelectual en la innovación y el desarrollo de nuevos productos*. Recuperado de [https://www.wipo.int/sme/es/documents/ip\\_innovation\\_development.htm](https://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_innovation_development.htm)
- Kresalja, B. (s. f.). *Los objetivos del derecho de patentes: notas sobre su evolución*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109706>
- Martínez, J. (2008). *Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2873>

- Massaguer, J. (2004). *Algunas nociones fundamentales sobre la protección jurídica de las invenciones a través del sistema de patentes*. Recuperado de [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04\\_32.doc](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_32.doc)
- Oficina Española de Patentes y Marcas. (1986). *Tratado de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-25798>
- Organización Mundial de Comercio. (2018). *El futuro del comercio mundial: cómo las tecnologías digitales están transformando el comercio mundial*. Recuperado de [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/publications\\_s/world\\_trade\\_report18\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/world_trade_report18_s.pdf)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. (s. f.). ¿Qué es la propiedad intelectual? Recuperado de <http://www.aiecostarica.com/pdf/ompi-propiedadintelectual.pdf>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. (2006). *Intellectual property statistics*. Recuperado de <https://www.wipo.int/ipstats/en/index.html#data>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. (2008). *El informe de la OMPI sobre patentes confirma la creciente internacionalización de la actividad innovadora*. Recuperado de [https://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2008/article\\_0042.html](https://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2008/article_0042.html)
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2005). *Informe sobre desarrollo humano 2005*. Recuperado de [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr05\\_sp\\_complete.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr05_sp_complete.pdf)
- Registro Nacional de Costa Rica. (s. f.). Patentes de Invención, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales. Recuperado de [http://www.registracional.go.cr/propiedad\\_industrial/Documentos/Conceptos%20Basicos%20Patentes,%20Modelos%20de%20Utilidad%20y%20Disenos%20Industriales.pdf](http://www.registracional.go.cr/propiedad_industrial/Documentos/Conceptos%20Basicos%20Patentes,%20Modelos%20de%20Utilidad%20y%20Disenos%20Industriales.pdf)
- Rengifo, E. (2003). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. (2ª. ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, F. (2008). El sistema de patentes y el desarrollo tecnológico: Algunas consideraciones en el marco de la libre competencia. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1890/189018627004.pdf>

- Roffe, P. (1986). *Evolución e importancia del sistema de la propiedad intelectual*. Recuperado de <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/205/5/RCE5.pdf>
- Roffe, P. y Santa-Cruz, M. (2006). *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/4416>
- Roitter, S. (2019). *Cambio tecnológico y empleo: aportes conceptuales y evidencia frente a la dinámica en curso*. Recuperado de [http://www.ciecti.org.ar/wpcontent/uploads/2019/01/DT15.1\\_v2.pdf](http://www.ciecti.org.ar/wpcontent/uploads/2019/01/DT15.1_v2.pdf)
- Rubio, A. (1996). *La propiedad intelectual y el libre comercio hemisférico*. Recuperado de <http://www.sice.oas.org/ip/cilfa-2s.asp>
- Saíz, P. (s. f.). *Invencción, patentes y tecnología en la España de la restauración*. Recuperado de [https://www.ibcnetwork.org/gestion/uploads/publications/publication\\_120/Saiz\\_CulturaRestauracion\\_Patentes\\_1999.pdf](https://www.ibcnetwork.org/gestion/uploads/publications/publication_120/Saiz_CulturaRestauracion_Patentes_1999.pdf)

## Normas de publicación

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/> o en el enlace <https://goo.gl/GvVNkf>

Los artículos e investigaciones están relacionados con el campo de las ciencias jurídicas, aun buscando, igualmente, un carácter interdisciplinar. 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 individual o colaborativa en materias relacionadas con el campo de las ciencias jurídicas.

### Normas de publicación

1. Los artículos remitidos para su publicación deberán escritos en idioma español y ser originales e inéditos, y que no hayan sido entregados a otros medios con el mismo fin. El envío de un artículo implica que es inédito y que no ha sido publicado, ni que se encuentra en consideración en otra revista o publicación. Excepcionalmente, a criterio del Consejo Editorial y de la Dirección de la revista, se podrán admitir artículos, ponencias 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.
2. El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos con los efectos y alcances que figuran en la parte de la revista dedicada a la cesión de derechos patrimoniales y otros extremos. A tal fin, deberá suscribir el correspondiente documento de cesión de derecho que le será facilitado antes de la publicación del trabajo.

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.

3. 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.
4. La solicitud, junto con el artículo, han de enviarse al director de la revista, Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, correo electrónico [vcalatayudp977@ulacit.ed.cr](mailto:vcalatayudp977@ulacit.ed.cr)  
No se recibirán artículos impresos.
5. 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
6. 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
7. 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.
8. 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.
9. 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 un espacio entre párrafos
  - ✓ extensión de los artículos: de 6.500 a 7.000 palabras como máximo

✓ formato APA de referenciación, con carácter obligatorio (no se computa a estos efectos la lista de referencias).

10. Los trabajos comenzarán con título del artículo, además, un título resumido del mismo, en ambos casos con traducción al idioma inglés, nombre y apellidos del autor, indicación a pie de página de los datos personales del autor (o autores), necesarios: afiliación institucional, calidades, ciudad, país y correo electrónico. Seguidamente en el texto se incluirán 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 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. A continuación, iniciará el texto del trabajo de acuerdo con las normas generales de un artículo científico/académico.
11. 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.
12. Las referencias se incluirán al final del trabajo, de acuerdo con los parámetros establecidos por la APA (7ª. edición). No se debe utilizar el estilo APA generado automáticamente por el Word; es obligatorio confeccionar la lista de referencias en forma manual.
13. Las notas se relacionarán numeradas al pie de página. Si dichas notas incluyesen referencias bibliográficas o virtuales, se citarán también según el formato establecido por la APA para estos casos.
14. Los artículos serán enviados a revisión filológica, por lo que los autores deberán aceptar los cambios recomendados por el profesional contratado por ULACIT.
15. El rechazo de los trabajos o cualquier discrepancia sobre ellos se resolverá por el Consejo Editorial sin posibilidad de reclamo contra la decisión de dicho órgano.
16. La entrega de los artículos o investigaciones supone la aceptación de las anteriores normas y de lo previsto en el documento de cesión derechos mencionado en la norma 2, una vez aceptada la obra para su inserción en la revista.
17. 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:

- Lic. Esp. María José Yglesias Ramos, decana de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de ULACIT.
- Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, profesor-investigador de la Escuela de Derecho de ULACIT; director-editor de la Revista *Derecho en Sociedad*.
- Dr. Alex Solís Fallas, catedrático; doctor en Derecho Constitucional.
- Dr. Fernando Zamora Castellanos, doctor en Derecho Constitucional.
- M2/M.Sc. Alonso López Jiménez, abogado y profesor universitario.

# Cesión derechos de autor

## Revista Derecho en Sociedad - Escuela de Derecho de ULACIT

### DOCUMENTO DE ACEPTACIÓN DE CONDICIONES Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

El envío del documento a la dirección de la revista, con los campos rellenables cumplimentados, es un requisito indispensable para la postulación de los artículos en la revista Derecho en Sociedad y debe ser firmado los/las autores/as del manuscrito postulante. El formato de este documento es PDF con campos rellenables para la incorporación de los datos básicos del manuscrito y los/las autores/as.



#### Cesión derechos de autor

Revista "Derecho en Sociedad" de la Escuela de Derecho (ISSN: 2215-2490)  
Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) , San José, Costa Rica

Yo \_\_\_\_\_, en mi calidad de  
(estudiante, docente, investigador (a) ) \_\_\_\_\_, de la carrera de  
\_\_\_\_\_ y autor (a) del artículo intitulado  
\_\_\_\_\_

manifiesto que cedo a título gratuito y sin limitación alguna la totalidad de los derechos patrimoniales de autor derivados del artículo de mi autoría, incluyendo los de edición y publicación, a favor de la Revista "Derecho en Sociedad" y de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), declarando que el artículo es original y que es de mi creación exclusiva, no existiendo impedimento de ninguna naturaleza para la cesión de derechos que estoy efectuando, respondiendo además por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir, y exonerando de cualquier responsabilidad a las entidades cesionarias.

En virtud de lo anterior, la revista "Derecho en Sociedad" y la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) adquieren el derecho de reproducción en todas sus modalidades, incluso para inclusión audiovisual, el derecho de transformación o adaptación, traducción, compilación, comunicación pública, distribución y, en general, cualquier tipo de explotación con fines académicos o comerciales por sí, o por terceros que los citados cesionarios designen, pudiendo crear o modificar resúmenes o extractos de la obra, en español u otros idiomas, editándolos y publicándolos en la forma que se describe anteriormente, y licenciar todos los derechos de los cesionarios aquí señalados a terceras partes

Por tanto, como consecuencia de la presente cesión, autorizo expresamente a la revista "Derecho en Sociedad" para copiar, reproducir, distribuir, publicar, comercializar el artículo objeto de la cesión, por cualquier medio digital, electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar en todo caso los derechos morales de autor contenidos en la vigente legislación aplicable, no pudiendo el cedente divulgar ni reproducir por ningún medio la obra objeto de esta cesión a no ser que cuenta con la previa autorización expresa de los cesionarios.

Firma conforme en San José, Costa Rica, a los \_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del 20\_\_

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Número de cédula