

# DERECHO EN SOCIEDAD

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

VOLUMEN 16. NO. 1. MARZO 2022  
PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN 2215-2490



# DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA ELECTRÓNICA DE LA ESCUELA DE DERECHO DE ULACIT  
VOLUMEN 16. No. 1. MARZO 2022. PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN. 2215-2490

Director – Editor  
**Oswaldo Madrigal Méndez**

**Daniel González M.**  
Filólogo

**Carlos Fonseca H.**  
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.

## 1. EDITORIAL

Por **Oswaldo Madrigal Méndez**, editor en jefe.

## 2. DOCTRINA

### **Legal Tech: el Derecho y la Innovación Tecnológica**

Fabiola Vanessa López Echeverría  
Página 1

### **El artículo 50 de la Constitución Política como un derecho humano y su relación con la responsabilidad civil por daños al ambiente**

Ricardo Eleison Abarca Arias  
Página 20

### **Acceso de las micro, pequeña y mediana empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores en Costa Rica**

María Vanessa Zamora González  
Página 44

### **Prisión preventiva y control de convencionalidad: Breve análisis de dos causales de prisión preventiva desde la perspectiva del Derecho comparado Costa Rica – Brasil**

Álvaro Pérez Roda y Mariana Fernandes de Oliveira Silvestrini  
Página 64

### **Aproximación a las falacias de apelación a la ignorancia, a la autoridad y a la misericordia en el Derecho penal**

Frank Harbottle Quirós  
Página 81

### **La prescripción y la caducidad en el proceso contencioso administrativo**

Erick Solano Coto  
Página 97

### **La delegabilidad de proyectos de ley de mayoría calificada en comisiones legislativas plenas**

Luis Paulino Mora Lizano  
Página 107

### **El abuso de la personalidad jurídica como presupuesto de aplicación del levantamiento del velo social**

José Ricardo Aguilar Garita, Adriana Arguedas Zelaya, Jared Daniel Calderón Mora, Yarot Solís Durán, Génesis Gabriela Garro Murillo, Derek Fabián Medina Víquez, Isaac Víquez García. Profesor: Guillermo Rojas Guzmán  
Página 124

## EDITORIAL

Por: Osvaldo Madrigal Méndez<sup>1</sup>, editor en jefe.

La presente edición de la Revista *Derecho en Sociedad* correspondiente al primer semestre del 2022 es un ejemplo del enorme compromiso por parte de la comunidad universitaria por fortalecer y dar continuidad a la actividad de investigación que promueve la Escuela de Derecho. Aún en circunstancias adversas como las que se presentaron durante los últimos 2 años debido a la situación de pandemia, se debe reconocer el esfuerzo e interés, tanto de estudiantes como de profesores de la universidad, por presentar investigaciones de calidad sobre diversos temas siempre de importancia y de gran actualidad. Para esta edición se contó con una importante cantidad de colaboraciones y propuestas que permitieron hacer una selección de contenido que abarca distintas especializaciones del derecho.

Como novedad, la presente edición incorpora tres investigaciones de gran calidad y muy actuales en el área del derecho penal. En primera instancia, se incluye un interesante artículo que presenta una comparación del derecho costarricense con el derecho brasileño del instituto de la prisión preventiva, por lo que se cuenta con la colaboración en calidad de coautora de una destacada profesional de ese país sudamericano. Por otra parte, se presenta un novedoso artículo relacionado con el uso de falacias como argumentación en el ámbito del derecho penal, así como una investigación correspondiente al abuso de la personalidad jurídica con fines ilícitos.

Por otra parte, con el fin de brindar continuidad a los temas abordados en la anterior edición se incluye un novedoso artículo sobre los retos pendientes en materia de regulación y actualización normativa en áreas correspondientes al denominado *legaltech*. Esta investigación permite complementar una serie de temas abordados en la segunda edición del año anterior como inteligencia artificial, ciberseguridad, entre otros.

Por último, la edición incluye cuatro investigaciones sobre distintos temas de interés y de gran actualidad. Un primer artículo se encuentra relacionado con la posibilidad de pequeñas y medianas empresas de acceder al mercado costarricense de valores, lo cual representa un gran aporte para la discusión permanente en cuanto a los mecanismos que deben seguirse para brindar profundidad a este mercado y, al mismo tiempo, promover nuevas alternativas de financiamiento a una mayor cantidad de sectores productivos. Finalmente, la edición se complementa con tres investigaciones de gran profundidad y calidad en áreas como el derecho administrativo, derecho parlamentario y derecho ambiental, lo cual permite entregar a la comunidad académica y jurídica una gran variedad de temas jurídicos de interés y actualidad.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho (UCR); máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas (Universidad Complutense de Madrid); máster en Administración de Negocios con mención en Gerencia Financiera (Universidad Fidélitas); especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca, España); y doctorando en Derecho (Universidad Carlos III, Madrid). Es docente e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.

# Legaltech: el derecho y la innovación tecnológica

*Legaltech: Law and Technological Innovation*

Fabiola Vanessa López Echeverría

## Resumen

El sector legal se considera conservador en temas de tecnología, sin embargo, ya existen grandes herramientas que le han traído muchos beneficios y avances. El abogado debe adaptar sus servicios y forma de trabajo a la tecnología, de ahí la importancia del concepto de *legaltech* y el análisis de las herramientas actuales del mercado legal, las cuales han permitido la digitalización de productos y servicios, así como la transformación e innovación digital. En este artículo se proporcionan definiciones de *legaltech*, transformación digital, innovación tecnológica, *big data* y *blockchain*. Se exponen los beneficios, así como los retos de la implementación de la tecnología en el sector legal. Se analiza el avance de distintos países en la implementación de recursos tecnológicos en el sector jurídico, así como ocho *software* o *start-ups legaltech*, con una descripción del funcionamiento de cada uno, así como el uso de la inteligencia artificial y los retos de su regulación normativa.

## Palabras clave

Tecnología, *legaltech*, innovación, transformación digital, herramientas, inteligencia artificial.

## Abstract

The legal sector is considered conservative on technology issues; however, there are already great tools at work that have brought many benefits and advances for it. Lawyers must adapt their services and way of working to technology, hence the importance of the legaltech concept and the analysis of current legal market tools, which have allowed the digitization of products and services, as well as the digital transformation and innovation. Definitions of legaltech, digital transformation, technological innovation, big data, and blockchain will be provided in this article. The benefits, as well as the challenges of implementing the technology in the legal sector, will be discussed. The progress of different countries in the implementation of technological resources in the legal sector will be analyzed and eight softwares or legaltech start-ups will be analyzed and presented, and a description of the operation of each one will be provided, as well as the use of artificial intelligence and its regulation.

## Keywords

Technology, legaltech, innovation, digital transformation, tools, artificial intelligence

## Introducción

Intentemos imaginar la vida sin tecnología por un momento... Para las nuevas generaciones esto es casi imposible de concebir. Desde que llegó a nuestras manos el primer celular, una computadora o tuvimos la primera experiencia con el Internet, nuestras vidas se adaptaron al uso diario de la tecnología y no hay duda de que esta llegó a facilitar las tareas diarias del hogar o las laborales, para quedarse y así hacernos evolucionar con ella. Estamos ante la cuarta Revolución Industrial, la cual tiene como base el desarrollo digital en la Industria. Cuando se habla de revoluciones a través de la historia, estas detonan cambios con inmediatez, nuevos productos y servicios que prometen mejorar la calidad de vida de todos los involucrados, tanto para las empresas como para los consumidores.

La tecnología, digitalización e innovación tecnológica ha generado la transformación de la sociedad, la cultura, los negocios, la economía y el derecho. Alrededor de los abogados existe la creencia de que poseen procesos complicados, anticuados y tradicionales. No obstante, este sector se ha tenido que adaptar a todos estos cambios y dejar de contemplar de lejos la modernidad tecnológica y convertirse en partícipes de esta y así alinear los servicios legales a las necesidades de las personas y exigencias tecnológicas, se está en presencia del *legaltech*.

¿Qué es el *legaltech*? ¿Cómo puede el sector jurídico afrontar la era digital moderna adaptando el principio de justicia? ¿Está el sector enterado de los *software* y herramientas que ya están en el mercado?

En la actualidad, existen propuestas para innovar el sector legal; algunas se desarrollan en el presente trabajo y constituyen las herramientas de analítica jurisprudencial y de base de datos. Para esto, también es importante tener claros los conceptos de *big data* en el *legaltech* y el *blockchain*. Estas herramientas se ajustan a las necesidades que afronta el abogado y le permiten fortalecer sus servicios.

La presente investigación pretende brindar una demostración de los beneficios de incorporar el *legaltech* a los bufetes y despachos jurídicos, para ofrecer servicios de calidad y eficiencia; explicando herramientas que ya se encuentran en el mercado como Jurimetría, Tyrant Analytics, Crons Jurídico, entre muchos más. Estas plataformas se pueden considerar como soluciones de investigación jurídica, consisten en *software* de automatización de procesos

o documentos, tecnología aplicable a los contratos, soluciones de gestión de proyectos, gestión documental, *software*, *apps* de formación diseñadas especialmente para la industria legal y tecnología para firmas electrónicas y autenticación de documentos.

Adicionalmente, se analizan los retos que implica la implementación legal de la inteligencia artificial en el ordenamiento jurídico y cómo determinar la responsabilidad en casos de daños generados por un robot. Es importante que el sector de la abogacía se modernice y saque provecho de la tecnología, para evitar procesos que impliquen papeleo y trámites de mucho volumen y se consigan de esta forma trabajos más eficientes. Asimismo, es necesario llevar a cabo esfuerzos para crear cuerpos normativos que sustenten de forma integral y segura la regulación de la implementación de la inteligencia artificial.

### Antecedentes históricos de la tecnología en el derecho

Tabla 1: Antecedentes históricos legaltech

Año	Avance tecnológico
1967	El profesor canadiense Hugh Lawford desarrolló la base de datos legal QUIC/LAW.
1970 - 1980	Aparecen las computadoras que solo estaban al alcance de Gobiernos o grandes empresas.
1990	Se empiezan a tener computadoras personales conectadas al mundo y esto empezó a cambiar la industria legal.
2001	Se utiliza el Legal Zoom para la confección de contratos.
2007- 2008	Ingresa al mercado Rocket Lawyer y crea todo tipo de contratos como testamentos y acuerdos sociales. Se introduce el modelo de plataformas en la Industria Legal.

Fuente: Ast (2020), Los Pioneros del Legal Tech.

## Definición de términos

**Legaltech:** el término proviene de la abreviatura anglosajona de *tecnología legal*. Legaltech es en síntesis la tecnología aplicada al derecho y esto se asocia con servicios legales en línea y *software* que no tienen por objeto principal lograr un reemplazo de los abogados, aunque quizá la tecnología avanzará hasta llegar a ese punto, sino lograr procesos y análisis de alta calidad para los operadores del derecho y los usuarios.

*Legal Tech* es la unión de los conceptos legal y technology. Hace referencia a la incorporación, en el campo legal, del *software* y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) para ayudar a los abogados a proporcionar servicios legales de manera más eficiente (Rincón, 2020, s. p.).

El concepto de legaltech es bastante amplio y se encuentra entrelazado con otros conceptos importantes como transformación digital e innovación tecnológica. Según Sánchez (2019), la transformación digital se define como: “La reorientación de toda la organización, hacia un modelo eficaz de relación digital en cada uno de los puntos de contacto de la experiencia del cliente” (p. 7).

Por otra parte, Delucchi (2013) señala que la innovación tecnológica se considera: “La introducción de productos nuevos o mejorados” (p. 9). Legaltech se relaciona con muchos conceptos más como los que se muestran en la siguiente ilustración:



Figura 1: Conformación de las principales áreas de estudio de legaltech.

Fuente: Rincón (2020), ABC de los Servicios Digitales en la era Digital.

**Big data:** concepto que hace referencia al almacenamiento de grandes cantidades de datos y a los procedimientos usados para encontrar patrones repetitivos dentro de ellos.

**Blockchain:** es una estructura de datos cuya información se agrupa en conjuntos (bloques) a los que se le añade informaciones relativas a otro bloque de la cadena anterior, en una línea temporal.

**Chatbot:** son aplicaciones *software* que surgen en los años 60 y que simulan mantener una conversación con una persona, al proveer respuestas automáticas, las cuales se establecen previamente por un conjunto de expertos para entradas realizadas por el usuario.

**Bot:** programa informático que efectúa automáticamente tareas reiterativas, mediante Internet, a través de una cadena de comandos o funciones autónomas previas para asignar un rol establecido y que posee capacidad de interacción.

**Inteligencia artificial:** en informática es la inteligencia expresada por máquinas, sus procesadores y sus *software*, que serían los análogos al cuerpo, el cerebro y la mente, respectivamente.

**Minería de datos:** es un campo de la estadística y las ciencias de la computación referido al proceso que intenta descubrir patrones en grandes volúmenes de conjuntos de datos.

A partir de lo anterior, se puede determinar que *legaltech* consiste en una tecnología innovadora que tiene por objeto reemplazar la forma tradicional en la que trabaja el profesional en derecho, con el fin de agilizar los procesos, a través de herramientas que, operativamente, mejoran los servicios legales. Wolters Kluwer (2021), indica que existen tres tipos de tecnologías dentro de la *legaltech*, las cuales se describen en la siguiente tabla:

Tabla 2. Tipos de tecnologías dentro de legaltech

Tecnologías facilitadoras	Herramientas de apoyo	Soluciones de derecho sustantivo
Herramientas de almacenamiento en nube y las soluciones de ciberseguridad, que permiten el acceso remoto a la información legal. Se encargan de facilitar procesos internos.	Se utilizan para adoptar una gestión de expedientes y asuntos más eficaz, así como sistemas de <i>back-office</i> , con el fin de maximizar el potencial de la administración y gestión interna del despacho.	Reemplazan a los abogados en la ejecución de tareas legales centrales en casos de transacciones y litigios.

Fuente: Wolters Kluwer (2021), Transformación Digital del Sector Legal.

### Beneficios y retos de la implementación de legaltech para los despachos jurídicos

La tecnología aparece en la vida de los seres humanos para facilitar sus tareas. Por esto, se puede asegurar que aplicada en el derecho traerá muchos beneficios y aportes positivos para el gremio. Entre los beneficios se encuentran los siguientes

- Implementar la tecnología y digitalización en los despachos permite la automatización de tareas manuales, lo cual implica una reducción de tiempo y así se puede dedicar tiempo al análisis de los casos en concreto.
- Creación de plataformas para responder preguntas de usuarios en línea, esto a través de respuestas parametrizadas y contestadas por medio de *chatbots*.
- Creación de plataformas de análisis de datos
- Generación de documentos legales y contratos
- Investigaciones para complementar y concretar decisiones legales
- Los recursos tecnológicos ampliarán el nivel de información al cliente.
- Ayudaría a **estandarizar procesos internos para aumentar su agilidad y eficiencia.**
- Permitiría reforzar la imagen del despacho jurídico o bufete, lo que generaría confianza en los procesos.
- **Su implementación implicaría una evolución del sector.**
- **Se establecerían procesos internos más seguros.**

En cuanto a los retos, se puede afirmar que uno de los factores que más influyen en la implementación de la tecnología es el tema económico. Estos *software* o herramientas siempre requerirán una inversión importante de dinero para poder implementarlas en los despachos jurídicos. Sin embargo, se debe observar como una inversión que generará muchos beneficios, tanto al despacho como a los clientes.

Otro de los factores que puede influir en la no implementación de tecnología en las firmas jurídicas es la ciberseguridad, ya que los incidentes que puedan surgir pueden tener muchas consecuencias graves y negativas. Adicionalmente, existe la creencia de que los abogados pueden ser reemplazados por robots, sin embargo, aunque la evolución tecnológica puede llevar a ese punto, todavía no se está en ese escenario.

### **Aplicación de legaltech en distintos países**

Según un análisis elaborado por LemonTech, empresa encargada de *software*, legaltech se ha comportado en distintos países del mundo de la siguiente manera. España cuenta con 106 herramientas e iniciativas que utilizan la tecnología para agilizar la prestación de servicios legales. En el país han nacido firmas jurídicas 100 % *on-line* como es el despacho de Lexdigo, este funciona vía Internet y se tiene acceso a través de un ordenador o teléfono inteligente.

China combina el legaltech con inteligencia artificial. Trabaja con sistemas inteligentes encargados de llevar a cabo trabajos básicos, como guiar a los ciudadanos en la solicitud de casos y llevar a cabo otras transacciones jurídicas *on-line*, así como sirven de apoyo para la toma de decisiones en los procedimientos legales ordinarios.

En Argentina el estudio realizado indica que aproximadamente 69 % de los abogados que trabaja en empresas todavía almacena *data* jurídica dentro de la propia infraestructura física de cada organización. Sin embargo, varios despachos jurídicos del país están empezando a implementar la computación en la nube.

Por otra parte, el gobierno de México cuenta con el Decreto 806. En este se definen las medidas para implementar las tecnologías de información en la administración, lo que permite a los entes jurídicos implementar tecnologías para tramitar demandas y audiencias. En el caso de Colombia, el Consejo Superior de la Judicatura aceptó el uso de herramientas de *legaltech* mediante los acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581.

## Legaltech en Costa Rica

En Costa Rica, el gobierno implementó muchas facilidades tecnológicas para los abogados y usuarios. Entre ellos se puede mencionar la presentación de escrituras públicas mediante la ventanilla digital del Registro Nacional, firma digital, presentación de **índices** de manera digital y de escritos judiciales a través de la página del Poder Judicial.

Además, el país cuenta con la Estrategia de transformación digital hacia la Costa Rica del Bicentenario 4.0 20182021, la cual se crea con la necesidad de mejorar la forma en la que se planifican, adquieren y entregan los servicios al ciudadano y a las empresas por vía digital. Además, contempla la obtención y desarrollo de herramientas tecnológicas en el aparato estatal y el desarrollo de programas de capacitación y aprovechamiento de nuevas habilidades digitales para los diferentes sectores de la sociedad.

## Herramientas legaltech

En la siguiente tabla se presenta un resumen de las ocho herramientas legaltech

Tabla 3. Principales herramientas de legaltech

Nombre de la Herramienta	Descripción
<b>vLex Analytics</b>	De VLEX Networks, S. L.: procesa sentencias extrayendo información estadística clave
<b>Aranzadi Insignis</b>	De Thomson Reuters: incorpora vídeos de expertos
<b>Cronus Jurídico</b>	De Editorial Jurídica Sepín, S. L.: integra cuatro potentes bases de datos (jurisprudencia, doctrina, legislación y formularios)
<b>Global Economist &amp; Jurist</b>	De Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. L. (Madrid): base de datos jurídica con casos con toda su documentación original
<b>Jurimetría</b>	De Wolters Kluwer España, S. A.: consta de seis módulos interconectados

<b>Tirant Analytics</b>	De Editorial Tirant lo Blanch, S. L.: introduce inteligencia artificial y <i>big data</i> para extraer datos, relacionarlos y generar una serie de gráficas interactivas alrededor de la jurisprudencia
<b>Matilda</b>	De EMC Software Jurídico, S. L. (Barcelona): Es un robot entrenado en el lenguaje procesal
<b>El consultor Jurídico</b>	De Wolters Kluwer España, S. A.: Base de datos jurídica

Fuente: Fernández, J. M. y Guglieri, A (2020). Derecho Práctico, Guía Legal Tech 2020

### **vLex Analytics**

Esta herramienta se basa en inteligencia artificial y está diseñada para *predecir* resultados que se basan en información histórica de los tribunales. Este sistema se encarga de predecir la pena que impondría un juzgado según el tipo penal y las circunstancias del caso, lo que permite consultar cuáles recursos han prosperado y cuáles no.

Analiza citas legales, extrae conceptos legales significativos y usa docenas de criterios adicionales para generar los resultados más relevantes entre distintas bibliotecas. Además, enriquece automáticamente todas las páginas visitadas con vínculos y referencias a los documentos más relevantes. Asimismo, incluye las versiones actualizadas de los códigos y la legislación más relevante.

Esta herramienta te ofrece acceso a información de plazos, índices de recurso, probabilidades de éxito, sentencias clave e informaciones sobre el titular de un juzgado. Además, permite obtener estadísticas por juzgados, análisis por tipo de casos o conocer la probabilidad de éxito de un recurso (Arruga, 2021, p. 1).

### **Aranzadi Insignis**

Aranzadi Insignis es una base de datos jurídica que incluye toda la información de fuentes oficiales, acompañada de creaciones prácticas de autor en todas las áreas del derecho, tratada con la tecnología más moderna y el mejor análisis. Como facilidades ofrece:

- Checklists, casos prácticos, tablas comparativas y la más completa colección de sentencias.
- Videos de expertos comentando sentencias, máximas de tribunales.
- Avisos sobre nuevos documentos en relación con búsquedas realizadas o sobre modificaciones legislativas.

### **Cronus Jurídico**

Esta herramienta trabaja sobre una selección de códigos con histórico de modificaciones e información relacionada. Ayuda a resolver dudas mediante opiniones expertas. Está integrada por cuatro bases de datos y trabaja con un buscador universal; es una tecnología compatible con cualquier dispositivo. Además, cuenta con servicios de biblioteca *on-line* y revistas digitales.

### **Global Economist & Jurist**

La herramienta se basa en casos reales para saber qué hicieron otros abogados para ganar un caso, adjuntando la documentación original. Entre las funcionalidades de la herramienta se encuentra un *chat* de ayuda en línea; tiene un sistema de búsqueda para encontrar en menos tiempo lo que se quiere; se puede utilizar en teléfonos inteligentes y tabletas; cuenta con un sistema de alertas y notificaciones, las cuales llegan al correo con las novedades y con un almacenamiento y descarga de todos los documentos.

### **Jurimetría**

Desarrollada por Wolters Kluwer, en colaboración con Google España, es una plataforma *web* que permite al abogado analizar, de forma simple, información con los parámetros más relevantes de un proceso judicial. Esto incluye duración, probabilidad de recurso y predicción de su resultado, jurisprudencia relacionada, argumentaciones con más probabilidades de éxito en un contexto procesal concreto, así como conocimiento de los antecedentes, experiencia y planteamientos argumentales de la contraparte

Se pueden descargar y archivar informes personalizados, con los paneles de predicción legal se puede estudiar la evolución y tendencias del caso. De acuerdo con Arruga (2021), se define como una: “Herramienta procesal más correcta para el éxito del caso que se esté llevando a cabo, mediante indicadores gráficos interactivos basados en los análisis cognitivos de los miles de decisiones judiciales” (p. 1).

### **Tirant Analytics**

Proporciona gráficas interactivas que ofrecen una visión global de todos los valores por considerar de un caso en concreto. Además, permite conocer el criterio de cada tribunal para optar por la mejor estrategia, detalla el porcentaje de éxito de los objetivos y analiza la posición contraria.

Desde cualquier búsqueda se obtiene una representación visual de la jurisprudencia y la legislación más citada de los diversos tribunales, localiza la jurisprudencia consolidada o la legislación más aplicada y se maneja por conceptos clave interactivos en cada documento para buscar las sentencias a través de sus elementos más relevantes. Según Arruga (2021): “Esta herramienta permite un crecimiento acelerado del éxito de los abogados en sus casos, al tratar la información desde un punto de vista pluridimensional a través del Big Data, la Inteligencia Artificial (IA) y la búsqueda inteligente” (p. 1).

### **Matilda**

Esta herramienta consiste en un robot con *software* jurídico que cuenta con las siguientes funcionalidades:

- En los procesos es capaz de leer una notificación e identificar las partes más relevantes con precisión y presenta un resumen.
- Los resultados pueden automatizarse e integrarse con la base de datos de los clientes.
- Identifica las excepciones y los expedientes que por su complejidad necesitan una intervención humana.

### **El consultor Jurídico**

Es un buscador inteligente desarrollado por Wolters Kluwer que trabaja con información analizada e interrelacionada. Cuenta con toda la legislación del país con sus versiones vigentes y un completo análisis tiene más de 10 000 temas realizados por expertos, siempre actualizados, que orientan al abogado sobre la mejor forma de abordar un asunto concreto. La plataforma cuenta con un mensajero legal, boletines, alertas personalizadas y *webinars* sobre novedades, se envían al correo electrónico novedades legislativas, sentencias y artículos doctrinales sobre temas de actualidad.

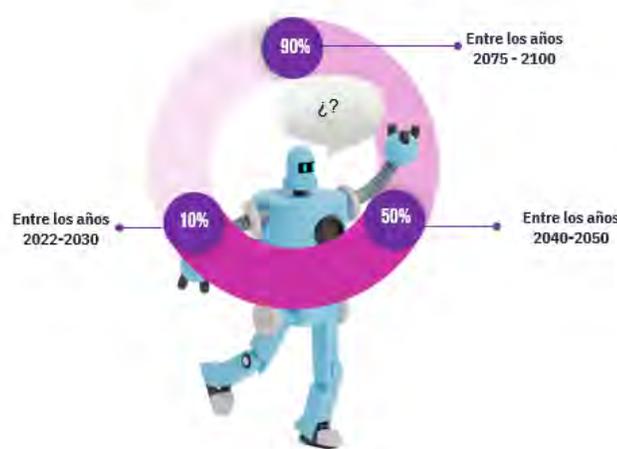
### **Inteligencia artificial, implementación legal y responsabilidad**

Es importante comprender el concepto de inteligencia artificial. Este se puede definir como la ciencia que intenta la replicación o emulación de la actividad inteligente humana mediante

el uso de ordenadores (Lacruz, 2021). La función principal de la inteligencia artificial es simular las capacidades humanas para el análisis de información que permita incrementar la productividad, realizando de manera detallada, experta y rápida, simulaciones que permitan mejorar el rendimiento de un proceso.

Figura 2: Perspectiva de cuándo se tiene la tecnología para emular la inteligencia humana

Respuesta de los científicos a la probabilidad de un robot dotado de inteligencia similar a la humana



Fuente: Lacruz (2021).

En la actualidad, existen muchas noticias y debates sobre la posibilidad de sustituir a los jueces y abogados por robots. Como se muestra en la explicación que antecede, el mundo jurídico cuenta con sistemas o *software* que analizan datos y esto se traduce en un apoyo para la labor cotidiana de jueces y abogados. Sin embargo, su sustitución por robots no es algo que vaya a suceder a corto plazo, debido a que todavía falta mucho desarrollo normativo en el tema.

Entre los robots que asisten en temas de resolución de conflictos se puede mencionar a Family Winner, que ofrece asesoramiento sobre la estructuración de una mediación y el logro de un resultado justo. Do Not Pay es un *chatbot* que puede apoyar al usuario en cualquier número de situaciones legales difíciles sin necesidad de conseguir un costoso abogado humano. Lisa afirma ser el primer abogado robot del mundo, utiliza la inteligencia artificial para permitir a las partes crear acuerdos legalmente vinculantes (Lozada, 2021).

Uno de los países más desarrollados en inteligencia artificial es Estonia, que ha estado trabajando en una que actúa como juez para tener a cargo casos sencillos y de reclamos no tan complejos. Este juez robot trabaja de forma que las dos partes del caso cargan sus documentos e información relevante en una plataforma donde el robot tomará una decisión que puede apelarse por un juez humano. Por otro lado, en China está el robot Xiao Fa que se traduce como *derecho pequeño* o *ley pequeña*, el cual es el primer asistente artificial del país. Este robot se diseñó con el objeto de analizar 100 crímenes, estandarizar condenas y generar automáticamente borradores de sentencias.

Claramente, los avances tecnológicos se convierten en un desafío para los legisladores y estos deben preservar los derechos fundamentales de las personas, sin que la tecnología se vuelva un riesgo para ellos. El análisis y las investigaciones se deben centrar en brindar una contestación jurídica adecuada ante la eventualidad de que se cause un daño a los usuarios que vayan a utilizar la inteligencia artificial.

El legislador debe construir un marco legal avanzado y actualizado que impulse el desarrollo de la robótica y asegurar que este sea de acuerdo con el ordenamiento jurídico, por lo que es fundamental establecer un régimen claro y concreto de derechos y obligaciones. De esta forma, se establece un cuerpo normativo pensado para la responsabilidad derivada de actuaciones dañosas ejecutadas por un robot inteligente.

El futuro régimen de responsabilidad civil de los robots podría incluir también los daños morales, los daños causados a bienes destinados a la actividad profesional o empresarial del propietario y no estar limitado ni en los perjuicios indemnizables, tipo de daño ni en la cuantía y admitir también la instauración de un régimen de aseguramiento obligatorio (Castellano, 2021, p. 89).

**Tabla 4: Tipos de culpa ante la responsabilidad civil de un robot inteligente (consideración para elaborar régimen normativo)**

Culpa in curando	Culpa in faciendo	Culpa in educando	Culpa in codificando	Culpa del robot
<p>Origen en la falta de cuidado. El dueño o empresa dueña del robot debe dar mantenimiento a los sensores y mecanismos del robot.</p> <p>Si hay alguna falla, la responsabilidad primaria es del dueño.</p>	<p>Culpa del fabricante por los defectos en el robot.</p> <p>Si hay consecuencias de algún fallo físico en el funcionamiento, la responsabilidad primaria es del fabricante.</p>	<p>Cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje y la formación del robot mayor es la responsabilidad de su formador.</p>	<p>Esta responsabilidad es por errores de código en la programación de la inteligencia artificial.</p> <p>Respondería el programador del daño causado.</p>	<p>Se presenta cuando el código es correcto y toda la formación del robot está en perfecto estado, pero el robot opera contrario a la lógica humana.</p>

Fuente: Lacruz (2021), *Robots y personas: Una aproximación jurídica a la subjetividad cibernética*.

Aunado a lo anterior, la inteligencia artificial presenta una serie de principales obstáculos en materia de derechos fundamentales, lo cual hace que su implementación en los distintos ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, sea complicada. Entre ellos se encuentran los siguientes:

El debido proceso, ya que todas las personas tienen el derecho de acceder en igualdad de condiciones a la justicia y de que se les tramite un juicio justo en el que se respeten todas sus garantías constitucionales.

El acceso a la justicia, la brecha digital que existe actualmente es lo suficientemente grande y notoria como para saber que no todos los ciudadanos pueden acceder efectivamente ante los tribunales virtuales.

El principio de la doble instancia, lo cual lleva a cuestionar si al instaurar jueces robots seguiría subsistiendo este principio.

El derecho de conocer al juez natural, la pregunta es si un juez robot calificaría como un juez natural.

La ciberseguridad es un derecho fundamental y es deber de los Estados promover medios para la seguridad de las infraestructuras y la información. Según Lledó (2021): “Los robots inteligentes como sistemas físicos cibernéticos no están exentos de sufrir ataques y las principales amenazas a las que se enfrentan son el *malware*, el ciber espionaje, denegaciones del servicio, pérdida de información, *spam*, *phising* o daño físico” (p. 154).

El autor castellano, Pere Simón (2021), señala que los robots y los sistemas de inteligencia artificial vendrán acompañados de muchas declaraciones de derechos humanos de cuarta generación que se referirán a la transparencia y la posibilidad de impugnar resoluciones automatizadas. Por esto, el análisis jurídico debe enmarcarse en una nueva rama jurídica autónoma llamada el derecho de los robots. Como referencia importante para regulación normativa de la inteligencia artificial, la Comisión Europea, en abril del 2021, presentó su primer marco legal sobre inteligencia artificial en donde se regulan cuatro niveles de riesgo:

1. **Riesgo inaceptable o prohibido:** se prohíben los sistemas de inteligencia artificial que se consideren una clara amenaza para la seguridad, los medios de subsistencia y los derechos de las personas.
2. **Alto riesgo:** los sistemas considerados de alto riesgo abarcan las tecnologías empleadas en las infraestructuras críticas, la formación educativa o profesional, los componentes de seguridad de los productos; los servicios públicos y privados esenciales; la aplicación de las leyes que pueden interferir con los derechos fundamentales de las personas; la gestión de la migración, asilo y control de las fronteras y la administración de justicia y procesos democráticos.
3. **Riesgo limitado:** incluye los sistemas como *chatbots*, que deben tener un mínimo nivel de transparencia y donde los usuarios deben ser advertidos de que están hablando con una máquina.

**4. Riesgo mínimo o nulo:** estos sistemas solo representan un riesgo mínimo para los derechos o la seguridad de los ciudadanos, por lo que no se mencionan en el proyecto.

Esta propuesta está fundamentada en el riesgo. Según el impacto que pueda tener el uso del sistema de inteligencia artificial en las personas, se hallarán obligaciones distintas clasificadas en los niveles descritos.

### **Los objetivos específicos de la propuesta son los siguientes**

- i. Garantizar que los sistemas de inteligencia artificial introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión.
- ii. Garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en inteligencia artificial.
- iii. Mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de inteligencia artificial.
- iv. Facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de inteligencia artificial y evitar la fragmentación del mercado.

### **Discusión-conclusiones**

La implementación de la tecnología en los despachos jurídicos y en el Estado costarricense es una necesidad para la buena aplicación y ejercicio del derecho. No hay duda de que, como país en general y sector jurídico, se está avanzando a una transformación tecnológica de forma acelerada, lo cual lleva a tomar nuevos retos en temas de innovación y legislación, ya que la tecnología se transforma constantemente y, por ende, la forma de ejercer la profesión también.

En cuanto a los despachos, es necesario abarcar mayor clientela y acortar tiempo de resolución en cada trámite, con el fin de lograr una homologación de información que sea veraz, segura y actualizada. Por lo tanto, es importante concienciar e incentivar al sector legal a la transformación, innovación tecnológica y adaptación, ya que si no se hace, se perderá una gran oportunidad de crecimiento, quedando desactualizado con respecto a despachos y profesionales que deciden implementar herramientas legaltech.

Aunque no hay una normativa específica sobre robots o inteligencia artificial, existen referencias de algunos países que han realizado estudios para implementar legislación al

respecto en sus ordenamientos jurídicos. Aunque el camino de la regulación internacional y nacional del uso de la inteligencia artificial es complejo debido a la necesaria coordinación con las legislaciones actuales, todos los esfuerzos y cambios tecnológicos que se están discutiendo son un punto inicial para un uso seguro de la inteligencia artificial.

Se concluye en esta investigación que las herramientas legaltech son una implementación novedosa y beneficiosa para los operadores y usuarios del derecho. Es importante para el abogado saber las facilidades que brindan y entender que, aunque estas requerirán una inversión económica alta, permiten reducir el tiempo y el costo en el momento de llevar a cabo las distintas labores jurídicas. Se trata de usar la tecnología para aportar un valor adicional a lo que actualmente ofrece la abogacía, dejando atrás la forma tradicional de abordar los casos y atender a los clientes, lo que permite la entrada a *software* y herramientas que ayuden a cambiar la relación abogado-cliente y los servicios legales.

En la actualidad, varios países cuentan con la implementación de legaltech en sus gobiernos y despachos jurídicos privados. Esto ha generado una serie de mejoras en los servicios que se brindan a los ciudadanos, diseñando y ejecutando un modelo de gobiernos y bufetes digitalizados que trabajan de la mano con la adquisición de *software*.

El futuro ya está transformando el sector legal, por lo tanto, la implementación de inteligencia artificial en general debe regularse en los ordenamientos jurídicos, ya que como sociedad se entra en una revolución tecnológica que exigirá un régimen jurídico que contemple el uso de este tipo de Inteligencia. La realidad mundial impone a Costa Rica un gran reto, ya que la incorporación de la robótica en el mundo jurídico es un hecho.

Se puede determinar que para la implementación de la tecnología en los servicios legales y en la normativa se debe considerar lo siguiente: las opciones tecnológicas no deben beneficiar solo a unos pocos, se debe automatizar los procesos a partir de las necesidades que las personas tienen. Además, la inteligencia artificial debe servir para generar conocimiento y se debe reforzar el marco normativo para proteger a los usuarios y sus derechos fundamentales.

## Referencias

- Arruga, F. (2021). *Las 6 mejores herramientas Legaltech*. <https://labeabogados.com/digital-tecnologia/las-6-mejores-herramientas-legaltech/>
- Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. (2020). *Legaltech: ABC de los servicios legales en la era digital*. <https://www.colombiafintech.co/lineaDeTiempo/articulo/legaltech-abc-de-los-servicios-legales-en-la-era-digital>
- Castellano, P. (2021). *Justicia Cautelar e Inteligencia Artificial*. [https://books.google.co.cr/books?id=33o6EAAAQBAJ&pg=PA89&dq=castellano+responsabilidad+civil+robots&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiq\\_qP3pvv0AhWeQzABHcIEDA8Q6AF6BA-gEEAI#v=onepage&q&f=false](https://books.google.co.cr/books?id=33o6EAAAQBAJ&pg=PA89&dq=castellano+responsabilidad+civil+robots&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiq_qP3pvv0AhWeQzABHcIEDA8Q6AF6BA-gEEAI#v=onepage&q&f=false)
- Fernández, J. M. y Guglieri, A. (2020). *Derecho Práctico. Guía legaltech 2020*. [https://ecija.com/wp-content/uploads/2020/04/GuiaLegalTech2020\\_compressed\\_compressed-2\\_removed.pdf](https://ecija.com/wp-content/uploads/2020/04/GuiaLegalTech2020_compressed_compressed-2_removed.pdf)
- Fernández, J. M. y Guglieri, A. (2021). *Derecho Práctico. Guía Legaltech 2021*. <https://www.derechopractico.es/downloads/guia-legaltech-2021/>
- Lemontech. (2021). *Creamos software para abogados*. <https://www.lemontech.com/>
- Lledó, F. (2021). *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes*. <https://books.google.co.cr/books?id=dWNGEAAAQBAJ&pg=PA262&dq=responsabilidad+civil+con+la+inteligencia+artificial&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwj-0Lm-n6OH0AhWhQjABHQ2UBisQ6AF6BAgIEAI#v=onepage&q=responsabilidad%20civil%20con%20la%20inteligencia%20artificial&f=false>
- Sánchez, J. (2019). *Transformación e Innovación Digital*. Incipy. <https://www.incipy.com/ebooks/transformacion-digital.pdf>

Wolters Kluwer. (2021). *Legaltech. Concepto y modalidades de las tecnologías que van a transformar la abogacía*. <https://transformaciondigital.wolterskluwer.es/legal-tech-concepto-y-modalidades-de-las-tecnolog%C3%ADas-que-van-a-transformar-la-abogac%C3%ADa.php>

## El artículo 50 de la Constitución Política como un derecho humano y su relación con la responsabilidad civil por daños al ambiente

*Article 50 of the Political Constitution as a Human Right and its relation to civil liability for environmental damage.*

Ricardo Eleison Abarca Arias<sup>1</sup>

### 1.- Resumen

Se analizó cómo el ser humano históricamente ha hecho uso de los recursos naturales sin observar los efectos secundarios para las futuras generaciones, llegando al punto en que los efectos globales son tan notorios que la comunidad internacional tuvo que reconocer los daños medioambientales, para enfrentar los efectos negativos a la salud y a la colectividad, tanto en el Sector Público como en el privado, de manera universal. En el caso de Costa Rica, el reconocimiento ambiental se vio plasmado en el artículo 50 de la Constitución Política, como un derecho humano de tercera generación y su aplicación en la defensa de la naturaleza ha tenido un desarrollo notorio con la responsabilidad civil, al implementar el principio de solidaridad, inversión de la carga de la prueba y el principio precautorio y preventivo, para resguardar y proteger el interés colectivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente, presente en la Ley Orgánica del Ambiente 7554 del 4 de octubre de 1995.

### Palabras clave:

Ambiente sano, responsabilidad civil, solidaridad, prevención, equilibrio ecológico, derecho humano, carga de la prueba, protección, interés colectivo.

### 2.- Abstract

Through this article, it is intended to analyze how the human being has historically made use of natural resources without visualizing the secondary effects for future generations, reaching the point where the global effects have been so notorious that the International Community had to recognize the environmental damages in order to face the negative effects on health and the community, both in the public and private sectors, in a universal

---

1 El autor cursa la Licenciatura en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, ULACIT.

manner. In the *case* of Costa Rica, environmental recognition was embodied in article 50 of the Political Constitution, as a third generation Human Right, and its application in the defense of nature has had a notorious development with civil liability, by implementing the principle of solidarity, inversion of the burden of proof and the precautionary and preventive principle, in order to safeguard and protect the collective interest of the right to a healthy and ecologically balanced environment, present in the Organic Law of the Environment 7554 of October 4, 1995.

**Keywords:**

Healthy environment, civil liability, solidarity, prevention, ecological balance, human right, burden of proof, protection, collective interest.

**3.- Introducción**

La protección ambiental y el derecho de gozar de un ambiente equilibrado ecológicamente, en el caso de Costa Rica, se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución Política, pero con elementos transversales que permean el ordenamiento jurídico costarricense. Un ejemplo de esto es la Ley Orgánica del Ambiente 7554 (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1995, 4 de octubre), que establece entre sus principios (artículo segundo) que toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para desarrollarse, así como el deber de conservarlo, según el artículo 50 de la Constitución Política. Respecto al derecho fundamental consagrado en este artículo 50, la Sala Constitucional ha expresado:

El derecho a un ambiente sano tiene un contenido amplio que equivale a la aspiración de mejorar el entorno de vida del ser humano, de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de toda esfera en la que se desarrolle la persona, sea la familiar, la laboral o la del medio en el cual habita. De ahí que se afirme que se trata de un derecho transversal, es decir, que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando sus institutos (Corte Suprema de Justicia, 2006, Res. n.º 11423).

El artículo 50 constitucional faculta a todo miembro de la sociedad a denunciar actos contaminantes y dañinos contra el ambiente, así como para reclamar la reparación de los daños irrogados. La responsabilidad civil es un instituto jurídico clave para la protección

de este derecho, pues mediante su invocación, se puede reclamar la indemnización de los daños, tanto para la víctima directa como otros afectados por el agente dañino. La legitimidad activa de los ciudadanos es de relevancia frente al sistema judicial mediante la participación en un caso determinado, si el individuo considera que una colectividad, de la cual es parte, se ha visto afectada por actividades u omisiones, tanto en la esfera privada como con respecto a servidores públicos, en materia ambiental.

Los ciudadanos, como portadores de derechos subjetivos, pueden accionar judicialmente frente al Estado o ante terceros el restablecimiento del daño recibido y, en el caso de la responsabilidad civil por daños al ambiente, se extiende al pago de daños y perjuicios, desarrollado en el artículo 99 y siguientes de la Ley Orgánica del Ambiente. Lo anterior responde al artículo 49 constitucional que establece que es deber del Estado, por medio de la legislación nacional, proteger los derechos subjetivos de la ciudadanía, así como los intereses legítimos de todos los administrados, entre los que se encuentran el interés por vivir en un ambiente sano y equilibrado ecológicamente.

Además, el artículo 46 de la Constitución Política dispone que: “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente”. El derecho a la protección a la salud y al ambiente, contenido igualmente en el artículo 50, se relaciona directamente con la garantía de la inviolabilidad de la vida humana consagrada en el artículo 21 de la Carta Política. Además, es posible complementarlo con el artículo 89 constitucional, relativo a la responsabilidad activa del Estado de proteger y garantizar las bellezas naturales del país como un fin esencial del desarrollo cultural.

#### **4.- El derecho a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente en Costa Rica, garantizado por medio del artículo 50 de la Constitución Política**

El reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito ambiental se puede considerar como un hito de la época actual. Tales derechos se clasifican como parte de los derechos humanos de tercera generación. La lucha por establecer este derecho como inherente y esencial al bienestar humano se ha dado de la mano con la reestructuración normativa, tanto en el ámbito internacional como doméstico. La política exterior costarricense ha sido reconocida mundialmente por su respeto hacia el ambiente, por la garantía de su efectiva aplicación y una defensa legal activa desde la década de 1990 cuando se agrega este derecho a la Constitución Política por medio de la reforma de 1994. Vallejos (2013) considera que la importancia de una reforma constitucional, como la de 1994, consiste en que esta: “Podría servir para incorporar principios que aún no aparecen claramente definidos en nuestro marco jurídico” (p. 7).

Costa Rica se ha caracterizado por la implementación de acciones afirmativas y capacitadoras, desde los miembros de la sociedad civil hasta las esferas gubernamentales más altas, debido a que los cambios reales a nivel colectivo surgen inicialmente por educación ambiental real. La implementación de políticas públicas inclusivas, el respeto de los instrumentos regionales y universales, así como el uso de fuentes científicas para llevar a cabo acciones en defensa de este derecho tan reciente, pero de vital importancia para las futuras generaciones del país. Esto se refleja en la Ley Orgánica del Ambiente que en el artículo inicial proyecta este cuerpo normativo, con el fin de: “Dotar, a los costarricenses y al Estado, de los instrumentos necesarios para conseguir un ambiente sano y ecológicamente”.

Una de las causas del reciente auge en esta materia es el hecho de que este derecho había sido olvidado históricamente o no reconocido, porque no representaba una necesidad inmediata, pero por el fenómeno del cambio climático exponencial, las sociedades se han visto obligadas a considerar el derecho a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente. Esta es una necesidad real, reclamable y necesaria en el ámbito sociocultural, económico y político.

Es importante mencionar que en Costa Rica el reconocimiento de este derecho no solo se limita a un ambiente sano, sino que la Constitución Política dispone que el ambiente debe ser equilibrado ecológicamente. Esto se debe a que la protección de la naturaleza es responsabilidad del ser humano, lo cual es de orden público, de modo que el interés colectivo debe prevalecer sobre el particular.

A pesar de que muchos esfuerzos ambientales se llevan a cabo por parte de individuos, es responsabilidad del Estado, como sujeto garante y protector, hacer cumplir este derecho humano de tercera generación, adoptando tanto penalizaciones como reglas de fiscalización para cumplir con sus políticas protectoras y la prevención directa de riesgos y daños ambientales por sujetos físicos o jurídicos. De acuerdo con Avendaño (2011), el derecho a un ambiente sano se considera como derecho de tercera generación por tratarse: “De derechos colectivos, pues los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no solo al individuo en particular” (p. 10). Por medio de una protección correcta en materia ambiental se pueden garantizar otros derechos humanos como la salud, la vida e incluso de derechos laborales, según la actividad económica.

El sistema de protección ambiental costarricense ha mejorado progresivamente durante las últimas tres décadas para garantizar mejores condiciones de vida, tanto para las futuras

generaciones como para poblaciones existentes en estado de alteración ambiental como los grupos indígenas y personas en condición de pobreza extrema que ven su supervivencia relacionada directamente con los recursos naturales, este es el caso del recurso hídrico. La educación, a nivel de gobiernos locales, resulta al efecto muy importante, pues las personas deben estar conscientes de que muchos esfuerzos a nivel colectivo inician por acciones individuales.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Costa Rica es parte, es importante considerar que el derecho a un ambiente sano solo se ha podido reivindicar cuando los daños ocasionados han tenido un efecto directo en otros derechos, de manera conjunta, como la vida, la salud o la educación. El derecho a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente no ha tenido un lugar determinante en este sistema regional, pues su violación no presupone una directa a los derechos de los ciudadanos de un Estado determinado. En el ámbito internacional, Costa Rica ha ratificado una serie de tratados en materia de derechos humanos de segunda y tercera generación, entre los cuales destaca el Protocolo de San Salvador, el cual, aunque fue firmado en 1988, no entró en vigor hasta siete años después.

De acuerdo con Chacón Peña (2021), aunque: “La Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia directa, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) contempla de forma expresa el derecho al ambiente en su artículo 11” (p. 66). El primer apartado de esta norma menciona que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y a poseer acceso a servicios públicos básicos. El segundo apartado menciona que los Estados firmantes deben promover tanto la protección como la preservación y el mejoramiento del ambiente. En esta ratificación es posible ver un precedente directo de la reforma de 1994, debido a que el primer apartado se enfoca directamente en el derecho a un ambiente sano y el segundo hace referencia, *grosso modo*, a un ambiente equilibrado ecológicamente.

Es importante mencionar que el Protocolo de San Salvador es un convenio adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este acuerdo presenta una serie de artículos que se pueden relacionar directamente con el artículo 11 del Protocolo de San Salvador. El artículo primero del Pacto de San José expresa que los Estados firmantes deben hacer todo lo posible para cumplir con los derechos y libertades reconocidos, tanto en este acuerdo como en el protocolo adicional. El artículo 26 se relaciona con los derechos de segunda generación (aquellos de carácter económicos, sociales y culturales). Además, dispone que los Estados deben garantizar la progresividad y la plena eficacia de los derechos

que se deriven de la naturaleza por medio de mecanismos disponibles, como el recurso de amparo.

Otro de los acuerdos más importantes que el Estado costarricense ha suscrito es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, de 1972, también conocida como la Conferencia de Estocolmo. Este convenio establece, entre sus principios fundamentales, que la protección y el mejoramiento del medio humano conciernen a los pueblos firmantes, tanto para las generaciones presentes como para las futuras. Se incluye, en varios artículos, que el ser humano tiene el derecho fundamental e inviolable a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida digna.

Dos años antes de la reforma de 1994, el Estado costarricense ratificó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Esta declaración expresa en su primer artículo que todo ser humano es parte vital y constituyente del núcleo de toda preocupación relacionada con el desarrollo sostenible y en consecuencia, del bienestar ambiental. Este artículo se complementa con la responsabilidad de respetar y promover un estilo de vida saludable en armonía con los ecosistemas que le rodean.

A inicios del siglo XXI, específicamente en el año 2000, se firmó la Carta de la Tierra, de la cual Costa Rica es partícipe. Este instrumento internacional establece que los Estados son responsables de brindar protección al ambiente, así como la obligación de restaurar todos aquellos ecosistemas que se dañan por acciones, tanto voluntarias como involuntarias del ser humano. Esto se desarrolla en la Carta, junto con la obligatoriedad de los Estados de evitar intervenir en los procesos naturales de la flora y fauna, así como de reforestación de zonas que históricamente se utilizan como fuentes de extracción de madera, especialmente en zonas de Latinoamérica y de África. De acuerdo con Sagot (2015) es: “Un ejemplo de un instrumento que enuncia principios desde la perspectiva consensuada de las organizaciones sociales, que buscan reconocer derechos a la naturaleza de manera clara” (p. 83).

Costa Rica participó en la Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable, la cual tuvo lugar 2 años después de la Carta de la Tierra. Se estableció en ella que una de las características del progreso moderno es la armonía que debe existir entre la protección ambiental con el desarrollo sostenible y las nuevas políticas económicas, tanto regionales como domésticas. Además, se menciona que los países firmantes se comprometen a elaborar nuevas rutas diplomáticas enfocadas en el combate contra la pobreza y la seguridad en todo sentido para los habitantes de la Tierra. A partir de esta fecha se puede considerar que la política exterior

costarricense se enfocó exponencialmente en el desarrollo de la protección ambiental, llegando a ser un Estado reconocido internacionalmente en esta materia.

A pesar de que Costa Rica había ratificado una serie de convenios internacionales antes de la reforma de 1994, ya se encontraba en la jurisprudencia nacional una línea marcada con respecto a la protección del ambiente. A la vez, el artículo 89 de la Constitución Política expresaba la obligación directa del Estado de proteger el paisaje natural. Por lo tanto, ya existía un compromiso con el ambiente, pero sin tomar en cuenta el factor humano como un derecho determinado. Después de la consolidación del artículo 50, inició una época constitucional más notoria por la amplia cantidad de recursos de amparo y de acciones de inconstitucionalidad que se relacionan con el ambiente.

En general, la Sala Constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial en la que, además de la protección completa del ambiente, se garantiza la defensa del interés difuso y colectivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente por medio de su reconocimiento progresivo. Una característica de todo derecho humano es que es irreversible y por esto solo tiene vista en el futuro para su progresividad, debido a que ya ha sido relacionado internacionalmente con la dignidad humana y su inherencia con la naturaleza del ser humano. Peña Chacón (2019) es claro al establecer que la importancia de la:

Protección del derecho humano al ambiente sano, con el fin de incluir además de las generaciones presentes y futuras, a todas aquellas especies con las cuales el ser humano comparte el planeta, merecedoras de tutela por su importancia intrínseca e independiente (p. 4).

La lucha por este derecho solo está iniciando, pero Costa Rica ha devenido un pilar en la región centroamericana para su establecimiento, protección y defensa. En Costa Rica se defiende la protección del ambiente según las normas de responsabilidad civil que establece el artículo 110 de la Ley de Biodiversidad (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1998), de acuerdo con los artículos 99 y siguientes de la Ley Orgánica del Ambiente y otras disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico.

## **5.- ¿Qué relación existe entre el artículo 50 de la Constitución Política con la responsabilidad civil por daños al ambiente?**

La subdisciplina del derecho ambiental es tan extensa que es posible apreciar los esfuerzos globales que su creación ha requerido, así como el desarrollo interdisciplinario de sus subdivisiones, que se caracterizan por mantener bases científicas. Los temas ambientales son de interés colectivo e influyen, tanto individualmente como en la comunidad internacional en instituciones gubernamentales, ONG (organizaciones no gubernamentales), empresas privadas, grupos de bien social y muchos más.

El derecho ambiental es importante actual por ser el reflejo de las preocupaciones del ser humano en su relación con la preservación del ambiente. Para el ser humano, respetar un modelo de desarrollo sostenible es una responsabilidad activa. La degradación ambiental, la sobrepoblación, la deforestación, la inequidad social y la contaminación, entre otros problemas, amenazan con afectar las reglas del equilibrio natural. Por lo tanto, debe existir un sistema que regule y penalice toda acción que vaya en contra del progreso armónico del ambiente. Figallo (1988) considera que una de las vertientes del derecho ambiental es: “La defensa de los recursos naturales (suelo, aire, agua) contra los actos que constituyen agresión al ambiente de la mutua agresión entre el hombre y la naturaleza” (p. 196).

El desarrollo del derecho ambiental se ha marcado por la adopción de distintos instrumentos internacionales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convención Marco sobre Cambio Climático y los acuerdos como el establecido en Estocolmo, que ayudan a marcar pautas en relación con las obligaciones y consecuencias que se relacionan con el manejo de los ecosistemas. En relación con lo anterior, la Agenda 21 de la Cumbre de Río de 1992, que representó un punto de inflexión para el desarrollo del derecho ambiental internacional, debido a que se llevó a cabo como punto de inicio para el desarrollo de conceptos y fenómenos jurídicos internacionales con repercusiones administrativas, civiles y sociales, entre otras.

Es de vital importancia que exista una defensa legal activa del ambiente y que esta se considere un derecho, legitimado en la esfera de los derechos colectivos, con el fin de garantizar la preservación de los recursos naturales y, a la vez, poseer un sistema válido retributivo en relación con las reclamaciones de daños causados. Esto con base en los principios precautorio, de responsabilidad y de que quien contamine deba pagar, fundamentales en el desarrollo jurídico de la rama y accionado mediante la responsabilidad civil, tanto a nivel privado como público, con intervención directa del Estado. Lo anterior se refleja en el artículo 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley n.º 8508, 2008), que en su inciso cuarto expresa

que tiene legitimación para demandar: “Cualquier interesado que haya sido afectado en sus intereses legítimos o derechos subjetivos y podrá pedir la declaratoria, el reconocimiento o el restablecimiento de una situación jurídica, con reparación patrimonial o sin ella”.

A través de los años, los juristas y estudiosos del derecho se han mostrado anuentes a la elaboración de normas que cumplan con el deber de tutela del ambiente, ante el fenómeno del calentamiento global y degradación ambiental, como el artículo 50 de la Constitución Política, el cual aboga por el derecho a un ambiente sano y equilibrado ecológicamente. El derecho ambiental cumple así con su función precautoria, ante los fenómenos desconocidos en el futuro como consecuencia de la mala gestión de recursos naturales y eventuales daños permanentes. Esto ha provocado en la legislación costarricense que se considere la responsabilidad civil para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, así como la restitución de aquellos daños que puedan repararse.

La responsabilidad en materia ambiental aboga por obligar al causante del daño a su reparación y, de no ser posible, a indemnizar, como se dispone en el artículo segundo de la Ley Orgánica del Ambiente que establece que: “Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes”. Al incorporarse el concepto de la responsabilidad civil se abarcan todos aquellos gastos de restauración y de compensación. La instancia civil en los casos ambientales surge como consecuencia de la limitada eficacia de la instancia administrativa para prevenir daños a los ecosistemas.

El principio de quien contamina paga es un punto intermedio en la relación del derecho humano al ambiente sano y equilibrado ecológicamente y la ejecución de la responsabilidad civil, independientemente de que se establezcan sanciones en el ámbito penal o administrativo. Fundamentalmente, se debe considerar la responsabilidad civil como la vía reparadora en el sistema judicial costarricense en relación con las consecuencias de los actos dañinos.

## **6.- Antecedentes históricos de la responsabilidad civil ambiental en Costa Rica**

La protección ambiental y su responsabilidad en instancia civil surgen de la necesidad directa de la protección patrimonial e individual del derecho a la propiedad privada. Esto se produce ante la protección contra perturbaciones que pudieran surgir en las relaciones interpersonales a nivel de vecindad. Entre las perturbaciones que puedan presentarse se encuentra la producción de olores indeseables, grandes cantidades de humo, ruido excesivo, desechos e incluso incendios provocados. Todo lo anterior es consecuencia del estudio y aplicación

de la teoría de las inmisiones inmateriales contenida en los códigos decimonónicos que, según Amunátegui (2013), se utilizaban para exigir la cesación de: “La conducta inmisiva, que se suele denominar acción negatoria, y otra para exigir los perjuicios que se derivan de la misma” (p. 2).

Las relaciones de vecindad son un elemento característico del derecho civil, que se ha regulado desde los estudios del derecho Romano y su ordenamiento jurídico. En la antigüedad se consideraba la intromisión de una acción en un término dominical ajeno, que se podía generar por la difusión de sustancias constatables. Esto se representaba mediante la expresión *inmitere in alienum*, desarrollada por Ulpiano (D’Ors, 1981) al establecer la legalidad de realizar lo que se considerara necesario en el fundo privado, siempre y cuando no afectara el principio de vecindad y no configurara una intromisión en un fundo ajeno. El autor consideró que toda aquella acción en el propio fundo, pero que tuviera consecuencias en la esfera individual de la vecindad es consecuentemente ilícita, fuera la intromisión en estado sólido, líquido o de gases.

Otro antecedente importante por considerar es el de la expresión que se utiliza en el Medioevo, del *animus alterius nocendi*, la cual fundamentalmente hacía referencia a la intención de hacer daño o de abusar de un derecho para perjudicar a otro individuo (Mejía, 2010). Se intentó determinar el grado de intencionalidad por parte del accionante de la producción de perturbaciones en contra del vecino. Por medio de esta expresión específica se pretendía demostrar la ilicitud de la conducta y la intencionalidad de daño posterior. Durán, Dimas y Rodríguez (2004) sugieren que este es el origen del concepto de inversión de la carga de la prueba, pues al demostrarse la dificultad de demostrar la intención de dañar a la contraparte se presumió la mala fe, intencional, de perjudicar al vecino y su fundo privado, a falta de probatoria de utilidad por parte del acusado.

Retomando el tema ambiental *per se*, se debe tomar en cuenta la era de la revolución industrial, debido a que es un punto de inflexión en la producción a gran escala de efectos contaminantes, por lo que surgió la teoría del uso normal del derecho a propiedad, desarrollada por Ihrering (Rodríguez, 1997). Los problemas vecinales se han caracterizado por carecer de una regulación aceptada unánimemente, pero en años recientes se reconoce la obligación del propietario de limitar sus actos al goce permitido por el ordenamiento jurídico, según la regulación doméstica, la buena fe ante terceros y el respeto hacia la protección del ambiente. Consecuentemente, el propietario se debe abstener de acciones que superen la tolerancia colectiva y jurídica considerada como normal o por defecto.

A pesar de que la era moderna, basada en los avances tecnológicos, ha intentado mitigar los efectos negativos contra el ambiente, también se han generado tecnologías de producción masiva que escapan a la posibilidad de previsión y con esto a la posible imputación culposa de las acciones llevadas a cabo. Esto ha llevado a que, mediante la aplicación de la normativa civil, se regularan los conflictos de la proliferación de contaminación, sin resultados claros en pro del ambiente. A pesar de que se han intentado mitigar los efectos degradantes por medio de: “Limitaciones legales a la propiedad, servidumbres reguladas o el desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual de la culpa” (González, 2012, p. 189), no se ha apreciado una solución clara al núcleo del problema colectivo.

Surgió así la responsabilidad civil por daños ambientales como un método regulatorio para la prevención, reparación y sanción en diferentes legislaciones, como ocurrió en el ordenamiento jurídico costarricense. La Ley n.º 7788 de Biodiversidad (1998) en el artículo 45 establece la responsabilidad del Estado en materia de seguridad ambiental y con énfasis en la responsabilidad civil al considerar que esta se fija en la Ley Orgánica del Ambiente, el Código Civil y otras leyes aplicables. Estas se detallan más abajo.

### **7.- Relevancia de la instancia civil**

La naturaleza objetiva de la responsabilidad ambiental es la reparación de los daños causados, independientemente de si se realizaron con dolo o de manera culposa, pues el interés colectivo de protección ambiental debe prevalecer ante intereses particulares. El Estado tiene una responsabilidad, existente y clara, con la sociedad civil, de intervenir en todo caso en el cual el ambiente haya sido dañado, por tratarse de un interés público. El artículo 4 de la Ley Orgánica del Ambiente menciona que el fin de ese cuerpo normativo es: “Regular la conducta humana, individual o colectiva, y la actividad *pública o privada* respecto del ambiente, así como las relaciones y las acciones que surjan del aprovechamiento y la conservación ambiental”. Esto supone una diferencia importante en relación con los litigios convencionales, en los que prevalecen los intereses privados. No obstante, debido a la clara limitación en recursos humanos y materiales destinados para la protección ambiental, se han desarrollado nuevas instancias en tribunales específicos para que la ciudadanía pueda ser la encargada de la protección del ambiente y, en consecuencia, pueda actuar en nombre propio frente a las omisiones del Estado.

La responsabilidad ambiental obliga directamente al causante a reparar los daños ocasionados en cualquier instancia en que se presente un caso determinado, pero es en la instancia civil en la que se conoce la responsabilidad civil por daños al ambiente. El artículo 1045 del

Código Civil (Ley 63, 1887) dispone que toda persona que: “Por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Este tipo de responsabilidad presupone que el causante de un daño ambiental, además de reparar los daños causados, debe asumir los gastos en los que incurra el Estado para la restauración del daño, así como una compensación simbólica, como castigo correctivo por las consecuencias de sus acciones. La importancia radica en complementar la normativa en materia ambiental y administrativa que no se ha desarrollado en Costa Rica. Por esto, es una forma de responsabilizar al causante de los gastos ocasionados por sus acciones, así como de promover la protección y reparación de los ecosistemas afectados.

La legislación en materia ambiental establece normas, procedimientos y reglamentos que se debe respetar, con el fin de obligar a quien cometa una acción en contra del ambiente a restituir este daño. Inicialmente, solo se podía atacar el incumplimiento por medio de acciones administrativas y penales al carecer de un régimen claro de responsabilidad ante daños al ambiente. Esto cambió al instaurarse normativa sobre la responsabilidad civil, por medio de la aplicación del principio de que quien contamina paga. Este principio es un medio para lidiar con los gastos de reparación y funciona también como un mecanismo de prevención, sean los agentes dañinos personas físicas o jurídicas. Valenzuela (1991) considera que este principio: “Postula que los responsables de contaminar deben pagar el costo de las medidas necesarias para evitar o reducir esa contaminación de manera de cumplir con las normas y medidas de calidad ambiental” (p. 77).

### **8.- Características y principios generales**

La defensa del ambiente ha sido un esfuerzo global, relacionado estrictamente con la responsabilidad estatal o individual de restaurar, prevenir y regular aquellos daños que se ocasionen al ambiente. Con la evolución del derecho ambiental se han establecido nuevos mecanismos en diferentes instancias como la civil para enfrentar los casos en los que se violenta la naturaleza, sea que se afecte de manera directa o indirectamente a especies de flora y fauna o los ecosistemas a los que pertenecen.

En la Declaración de Río de Janeiro (1992) se proclamó, en su principio 11, el deber de los Estados de emitir legislación, aplicable y efectiva, en materia de defensa ambiental. El derecho ambiental, al ser una disciplina o subdisciplina nueva, está en constante progreso y adaptación, según los avances tecnológicos y científicos. Este principio establece que: “Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican”.

Todo daño que se produzca en la naturaleza debe asumirse y responsabilizarse independientemente de si ha tenido lugar por culpa o por dolo. Por lo tanto, se debe considerar el ambiente de interés colectivo, con prevalencia del interés público sobre el privado, sin embargo, relacionado con la materia civil. Peña Chacón (2013) considera que el Estado, como garante de la sociedad civil, debe ser el primer responsable en asegurarse de la restauración de los daños, pero por los limitados recursos materiales con los que cuenta, se debe inculcar una cultura de responsabilidad y preservación, con el fin de prevenir en mayor medida las acciones en contra de la conservación y equilibrio de la naturaleza.

El principio del derecho ambiental de que quien contamina paga, plasmado en el principio 16 de la Declaración de Río (1992) y consolidado posteriormente en la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo del 21 de abril de 2004, está amparado en la aplicación de la responsabilidad activa civil del accionante en los distintos ordenamientos jurídicos. Esto sucede en aquellos casos en los cuales es difícil restaurar al estado original a la parte del ecosistema que fue afectada. La tala indiscriminada de árboles en zonas protegidas puede significar que, aunque se vuelvan a sembrar, el tiempo que el árbol original tardó en alcanzar un tamaño significativo puede ser en algunos casos de décadas o siglos y, por ende, se ve afectado el progreso natural de los bosques. A esto se debe que el responsable de este acto deba pagar una multa determinada, incluso cuando se vuelva a sembrar la cantidad de árboles afectados de esta especie y en el mismo sitio.

Independientemente de que se lleve a cabo un proceso penal o administrativo, la responsabilidad civil debe tomarse en cuenta para evitar futuras acciones humanas similares. Este principio se estableció con el fin de obligar a los Estados a medir económicamente las acciones en contra del ambiente, respetando el interés colectivo sin afectar el comercio internacional, por ser la mayoría de las veces corporaciones las que realizan acciones ilícitas de gran escala y con altos grados de contaminación. El principio mencionado se puede considerar de naturaleza económica y, a la vez, una medida de control preventiva en favor de todos por igual.

Una de las desventajas del principio de que quien contamina paga es el requisito de la existencia de sujetos concretamente identificables y en que el daño sea, tanto cuantificable como medible. Escola (Sibaja, 2013) considera que: “Para que la responsabilidad del Estado pueda jurídicamente concretarse, es requisito indispensable que se haya producido un daño o perjuicio indemnizable, es decir, que deba ser reparado o resarcido” (p. 16). Esto para establecer una relación con fundamento de causa-efecto en la acción prevista, pero

que en casos de contaminación de aire, agua, erosión, destrucción de zonas verdes y caza indiscriminada de animales silvestres en propiedades privadas, sea difícil establecer un culpable. Lo anterior es consecuencia de la actividad comercial cotidiana, inherente al ser humano y una muestra viva del tratamiento sin medida que se le da al planeta Tierra.

En Costa Rica se adaptó la responsabilidad civil extracontractual para aplicarse a los casos de daños al ambiente, junto con la protección de intereses difusos, con el fin de tener una mayor seguridad jurídica en el tratamiento de estos casos. Además, la implementación de medidas cautelares, en casos en los cuales se detecta un posible impacto negativo en los recursos naturales, ha cumplido con la función probatoria de los casos ambientales costarricenses. Para que lo anterior se cumpla correctamente, es responsabilidad de la sociedad civil exigir a las instancias competentes el accionar procesal adecuado en aquellos casos en los cuales no se brinde una tutela judicial real.

El principio precautorio se encuentra tipificado en el principio 15 de la Declaración de Río (1992) que establece claramente que cuando: “Haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Este concepto respalda el establecimiento de medidas cautelares, incluso si no se cuenta con pruebas científicas claras de un riesgo. Lo que se busca es evitar un posible daño a un interés público.

Otro de los pilares de la responsabilidad ante daños al ambiente es el principio de prevención, ya que no se trata de solamente de penalizar a aquellos que afecten el progreso natural de los ecosistemas, sino de evitar que esas acciones sucedan. Peña Chacón (2000) postula: “La importancia de las medidas precautorias para el derecho ambiental, pues el daño ambiental irreversible trae consecuencias funestas para el equilibrio ecológico” (p. 70). Por lo tanto, con el paso de los años, los esfuerzos se fundamentan en fortalecer el ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta ante la degradación del medio como consecuencia de la acción humana. Este principio fundamentalmente se configura para establecer medidas cautelares que se pueden solicitar en *cualquier tipo de proceso, antes o durante el procedimiento* según el artículo 77 del Código Procesal Civil (Ley n.º 9342, 2018). Esto en congruencia con el artículo 78 del mismo cuerpo normativo, que dispone que son: “Admisibles cuando exista peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho o intereses jurídicamente relevantes, o cuando sea necesario asegurar resultados futuros o consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles”.

Cuando se considera la complejidad que presuponen los daños en el ámbito ambiental para la colectividad es cuando se comprende sobre la necesidad de un régimen preciso de medidas cautelares, pues ellas son la aplicación directa de los principios, tanto preventivos como precautorios. García (2008) afirma que en materia ambiental se debe considerar tanto el: “*Fonus boni iuris* como el *periculum in mora* al establecer medidas cautelares” (p. 94), siendo el primero el juicio de probabilidad y el segundo, la valoración del daño con difícil reparación. Si estos dos elementos se cumplen, el juez encargado puede establecer y crear medidas cautelares sin necesidad de que estas sean taxativas. Esto se relaciona directamente con el artículo 50 de la Constitución Política, pues es deber del juez accionar, de manera urgente y consciente, sobre la protección del ambiente por medio de las competencias a su disposición.

El artículo 61 de la Ley Orgánica del Ambiente (1995) considera la potestad del juez de actuar en defensa del ambiente al establecer que: “La autoridad competente dictará las medidas preventivas y correctivas necesarias cuando sucedan contingencias por contaminación ambiental”. Entre las medidas, se puede considerar la clausura total de actividades como construcciones, paralización de actos administrativos, suspensión temporal de funcionarios, así como restricciones a ciertas áreas determinadas. Salvo disposición expresa en contrario, estas se decretan a solicitud de parte y bajo su responsabilidad.

En general, los principios aplicables a la responsabilidad civil se enfocan en la prevención de futuros daños irreversibles, a la represión de acciones atroces en contra de intereses difusos y tiene un fin compensatorio. El daño alegado debe ser significativo y comprobable, debido a que no todo cambio en el uso de recursos naturales se puede considerar imputable para la responsabilidad en materia ambiental y civil.

La responsabilidad civil por daños al ambiente se fundamenta, entre muchas de sus características, en la necesidad de uno o más actores identificables, así como un daño concreto y cuantificable. Además, se debe alegar una relación de causa y efecto concreta entre los acusados y los daños realizados.

### **9.- La imputación de naturaleza objetiva como causante de la aplicación de la inversión de la carga de la prueba**

Continuando la responsabilidad civil por daños al ambiente, es importante mencionar cómo la imputación en esta materia es objetiva, pues el afectado del daño realizado no debe probar el nexo de causalidad entre las consecuencias del daño y la acción específica del acusado,

lo que deja de lado el carácter subjetivo. Al tratarse de la defensa de un interés público, el carácter objetivo utiliza la existencia del daño para responsabilizar al acusado como causante del daño y consecuentemente, de su obligación de indemnizar por sus acciones, lo que corresponde al objeto que persigue la responsabilidad civil. Por lo anterior, el daño que surja como consecuencia de la acción detonante inicial lo asume el agente dañino, sea por comisión u omisión, según el artículo 98 de la Ley Orgánica del Ambiente (1995).

La actuación con consciencia de un riesgo de cierto grado de peligrosidad de desarrollar un efecto negativo en el ambiente hace al agente responsable directo de los daños que puedan surgir, incluso si tal acción se ejecutó lícitamente. La responsabilidad atañe única y exclusivamente al agente causante del daño, por lo que el carácter subjetivo se omite, pues lo contrario supondría hacer recaer sobre la sociedad civil de manera colectiva y a la víctima de manera individual, una carga en relación con el daño ocasionado por el agente dañino. Con respecto a lo anterior, la Sala Primera de Casación, en la sentencia de las dieciséis horas del seis de junio de dos mil uno, establece que:

*En la responsabilidad objetiva la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante del daño, y por consiguiente el responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. Quien asume un riesgo donde exista peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita. El ordenamiento parte de la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad, siendo las únicas causas eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.*

En general, se puede hablar de la imputación de la culpabilidad al actor que ocasionare el daño por asumir u omitir un riesgo con un cierto grado de peligrosidad de afectar el ambiente. Según Herrera y Vargas (2013), para que esta culpabilidad pueda ser eximida, se debe presentar un caso comprobable de fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima o consentimiento del demandante, pero siempre debe permear la reparación del daño causado sin importar la imputación del hecho, pues la protección y la reparación del ambiente presuponen un interés superior a los intereses puramente individuales.

Al desarrollarse la imputación a nivel objetivo, se aplica consecuentemente la inversión de la carga de la prueba, ya que como se mencionó, la responsabilidad recae exclusivamente en el denunciado y este es quien debe comprobar su no participación en los hechos dañinos, como lo establece el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad (1998). Esto sucede por el conocimiento previo del agente dañino del riesgo y peligrosidad de sus actividades, sean lícitas o ilícitas. El afectado debe demostrar únicamente que el acusado pudo ser el causante del daño imputado. En contraste, el acusado debe demostrar concretamente cómo la causa del daño ambiental fue producto de otra persona o de otra situación externa a su actividad personal.

A pesar de que la carga probatoria recae sobre el demandado, este tiene una ventaja procesal al ser más fácil defender su posición que probar el nexo causal entre el hecho generador y el daño ambiental por parte del demandante. En esta materia, la Sala Primera de Justicia se ha pronunciado con respecto a la diferencia en la carga de la prueba entre la responsabilidad civil y la responsabilidad civil extracontractual al indicar lo siguiente:

*VII.-Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito (Sentencia n.º 17, 1992).*

Con respecto a lo anterior, es posible traer a colación el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil que establece de qué forma la carga de la prueba recaerá sobre quien formule una pretensión con respecto a los hechos constitutivos de su derecho determinado. Se puede apreciar cómo es notoriamente diferente en la responsabilidad contractual, pues su naturaleza de imputabilidad es subjetiva por corresponderle al afectado la carga de la prueba como requisito esencial, para que la pretensión resarcitoria pueda continuar procesalmente.

## **10.- La solidaridad en la responsabilidad civil ambiental**

Se aplica en materia ambiental la responsabilidad de carácter solidario, con el fin de penalizar a todas las personas que intervinieron en el proceso expuesto, lo que incluye tanto la

creación del riesgo como la ejecución de la acción dañina. Esto se fundamenta en el caso de indemnizar por las consecuencias posteriores. Inicialmente, se desarrolló el concepto de solidaridad para combatir la confusión de la fuente contaminadora, al producirse, a veces, una gran cantidad de fuentes de contaminación y debido a esto, una dificultad suprema para determinar el grado de participación de los actores en el daño final ocasionado. Por lo tanto, en conjunto, deben responder solidariamente, según la condición de imputación objetiva. El artículo 326 del Código Civil establece que todo acto u omisión que motive la indemnización y esta: “Fuere de dos o más individuos, todos quedarán solidariamente obligados a indemnizar”. En armonía con la misma línea interpretativa, Gómez Ligüerre (Moreno, 2007) presenta una concepción interesante en relación con la solidaridad en la responsabilidad civil, al expresar que:

Los daños al medio ambiente causados por varios agentes que actúan de forma independiente son un buen ejemplo de daño final mayor que el resultante de la suma por separado de algunas de las contribuciones dañosas [...]. Por ello, parece preferible una regla de responsabilidad solidaria que obligue a los contaminadores a distribuir entre sí los daños causados por aquél de ellos que carezca de solvencia suficiente para hacer frente a los daños que causó (p. 312).

La responsabilidad solidaria también se puede extender al Sector Privado, pues las empresas que producen un daño, concreto y comprobable, deben responder ante el poder decisorio de sus gerentes y directores, así como de cualquier otro trabajador con un alto grado jerárquico y potestad de toma de decisiones. Esto también aplica para la empresa matriz en relación con el accionar individual de una oficina filial. La Ley Forestal (Ley n.º 7575, 1996) en el artículo 57 establece que: “Cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño ecológico causado”. El artículo anterior puede complementarse con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Ambiente (1995), el cual dispone que:

Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también

responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión.

En el Sector Público, el Estado debe responder solidariamente, tanto por el accionar como por la omisión de la Administración Pública respecto a las actividades que se realicen según lo acordado en una licitación o concesión determinada. Respecto a la responsabilidad del Estado por acción dañina, esta se puede extender a toda actividad que suponga la prestación de servicios, sea por agentes oficiales o servidores públicos, así como por el otorgamiento de licencias sin un estudio fáctico real previo que pudiese evitar el daño ambiental. Además, puede suceder en actividades indirectas por medio del uso de empresas intermediarias para la satisfacción de necesidades públicas y que no cumplan con los requerimientos ambientales. En el caso de delitos, tanto el Estado como los otros entes públicos responderán solidariamente por todo accionar de un funcionario que contravenga lo establecido en el Código Penal o en otras normas penales.

En cuanto a los casos en los que el Estado se ve obligado a responder por omisión, puede considerarse la omisión de brindar un servicio obligatorio o de establecer legislación según la normativa internacional. En relación con el deber jurídico de aplicar la norma, omitir ejecutar acciones preventivas y precautorias también suponen responsabilidad civil. En el caso de las áreas protegidas, el Estado debe actuar atendiendo su deber de vigilancia y protección de la flora y la fauna, por lo que omitir restaurar un daño causado, también es causal de responsabilidad solidaria porque la víctima y el ambiente carecen de la protección garante de la Administración y de su obligación en relación con el respeto hacia el Estado social de derecho.

## **11.- Conclusiones**

La responsabilidad civil por daños al ambiente y su protección, como derecho humano establecido en la Constitución Política, son la representación perfecta acerca de cómo los esfuerzos a nivel doctrinario han generado mecanismos de defensa legal del ambiente, que incluyen, entre otras, la implementación de medidas preventivas y restauradoras. Los daños ambientales son una causal de responsabilidad civil y esto obliga a su posterior indemnización. Es por la instancia civil que se le da una mayor participación al individuo interesado de accionar el derecho al ambiente sano y equilibrado ecológicamente.

Con respecto a la participación de la Administración Pública en el resguardo de la protección ambiental, cabe mencionar que el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente (1995) establece

una serie de sanciones administrativas. Entre estas sanciones protectoras se encuentran las amonestaciones de acuerdo con los hechos violatorios, así como ejecuciones de garantías de cumplimiento, restricciones de actos que causen o causaren el daño alegado entre muchas otras. Estas sanciones se impondrán a todo agente dañino sin importar de que este sea parte del Sector Privado o servidor público. En la misma ley se determina, en el artículo 111, que el responsable de resolver todo conflicto de esta índole es el Tribunal Ambiental Administrativo, estableciéndose en el inciso C que es deber del Tribunal: “Establecer, en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales”.

Lo anterior es reflejo directo de la aplicación de la responsabilidad civil en la tutela ambiental y destacando su característica principal de respuesta directa a los daños causados por acciones, tanto lícitas como ilícitas, que impacten negativamente los ecosistemas y el desarrollo progresivo de la colectividad. Por esto, es de vital importancia el principio de que *quien contamina paga*, junto con el de solidaridad y el principio precautorio, para enfrentar cualquier riesgo, amenaza y peligro ambiental.

Debe agregarse que todo análisis debe estar determinado por el principio preventivo, el cual es ajeno de la responsabilidad civil *per se*, pero deviene un elemento fundamental en los procedimientos de los procesos sumarios en los cuales se establezcan medidas cautelares. En materia ambiental, la responsabilidad civil, además de cumplir con su fin reparador, se aplica de manera punitiva, en beneficio del progreso colectivo y de la protección del ambiente.

## 12-Referencias bibliográficas

- Amunátegui, C. (2013). Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512013000100002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100002)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1888). *Código Civil*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=0&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=0&strTipM=FN)

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2018). *Código Procesal Civil*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NR-M&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NR-M&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=FN)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2008). *Código Procesal Contencioso Administrativo*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=57436&nValor3=96119&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=57436&nValor3=96119&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1998). *Ley de Biodiversidad*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=39796&nValor3=0&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996). *Ley Forestal*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41661&nValor3=94526&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41661&nValor3=94526&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1995). *Ley Orgánica del Ambiente*. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=27738](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=27738)
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. [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)
- Avendaño, D. (2011). *El Derecho a un ambiente sano y los derechos humanos*. Maestría de derechos humanos de la UNED. <https://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/handle/120809/1173/El%20derecho%20a%20un%20ambiente%20sano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. (2006). Resolución n.º 11423. <https://vlex.co.cr/vid/-498984794>

Corte Suprema de Justicia, Sala Primera. (1992). *Sentencia n.º 17*.

Corte Suprema de Justicia, Sala Primera. (1999). *Voto n.º 589-f-99*.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (21 de abril de, 2004). *Responsabilidad ambiental en cuanto a la prevención y reparación de daños medioambientales*. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:es:PDF>

Durán, Dimas y Rodríguez. (2004). *Consecuencias jurídicas derivadas del principio reversión de la carga de la prueba en los procesos de filiación y pensión alimenticia*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/6789/1/CONSECUENCIAS%20JURIDICAS%20DERIVADAS%20DEL%20PRINCIPIO%20REVERSI%20C3%93N%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20FILIACI%20C3%93N%20Y%20PENSI%20C3%93N%20ALIMENTICIA.pdf>

D'Ors, A. (1981). *El comentario de Ulpiano a los edictos del Metus*. <file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/Dialnet-ElComentarioDeUlpianoALosEdictosDelMetus-134429.pdf>

Figallo, G. (1988). *Derecho Ambiental en la Constitución*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5944>

García, G. (2008). Rol del Tribunal Ambiental Administrativo: protección y prevención en materia ambiental. *Revista de Ciencias Económicas*. Universidad de Costa Rica. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/view/7158>

- González, R. (2012). *La responsabilidad civil por daños al ambiente*. Real Centro Universitario Escorial-María Cristina. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3866244>
- Herrera, V. y Vargas, P. (2013). *¿Responsabilidad civil por daño ambiental?: El impacto al recurso hídrico en el caso de las zonas de recarga acuífera protegidas por el decreto-ley del 30 de julio de 1888 en San Rafael de Heredia* (Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/xmlui/handle/123456789/2100>
- Mejía, G. (2010). *La principalística ambiental como fundamento de una teoría de responsabilidad extracontractual por daño ambiental en Colombia*. Fundación Universidad del Norte. <https://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/5570/100920.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moreno, J. (2007). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid, España: Dykinson. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=273204>
- Peña Chacón, M. (2019). *Derecho Humano a un ambiente sano, un Derecho Humano sui generis*. Diario Ambiental n.º 251. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/08/Doctrina-Chac%C3%B3n-en-pdf.pdf>
- Peña, M. (2000). *Daño responsabilidad y reparación ambiental*. Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. [https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/cel10\\_penachacon03.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/cel10_penachacon03.pdf)
- Peña Chacón, M. (2021). *derechos humanos y Medio Ambiente*. EUCR. <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/bibliotecavirtual/derechoshumanosymedioambiente.pdf>
- Peña, M. (2013). Responsabilidad ambiental y prescripción. *Revista Judicial*, 109. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31079.pdf>

- Rodríguez, J. (1977). *Rudolf von Ihering*. Anuario de Antología de Filosofía. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142123>
- Sagot, Á. (2015). El derecho constitucional ambiental costarricense en momentos de un neoconstitucionalismo con enfoque biocéntrico. *Revista Judicial de Costa Rica*, 117. [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/revista\\_117/pdf/5.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_117/pdf/5.pdf)
- Sibaja, A. (2013). *La Responsabilidad Estatal Por Daño Ambiental* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). <https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/La-Responsabilidad-Estatal-por-el-Da%C3%B1o-Ambiental.pdf>
- Valenzuela, R. (1991). *Origen y fundamentación del principio de quien contamina y paga*. <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11833/045077088.pdf?sequence=1>
- Vallejos, M. (2013). Necesidad de Reformar de Nuevo el Artículo 50 Constitucional para Lograr una Mejor Protección del Ambiente. *Revista de CIJUL en línea*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37832.pdf>

## Acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores en Costa Rica

*Access of micro, small and medium enterprises to financing through the securities markets in Costa Rica*

María Vanessa Zamora González<sup>1</sup>,  
Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología

### Resumen

Las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) le dan vida a las economías de América Latina y el Caribe (ALC). Estas representan 99.5 % de todas las empresas de la región y 60 % de la población ocupada y son responsables por el 25 % del producto interno bruto (PIB) regional, según datos de la OECD (Herrera, 2020). La presente investigación hace un análisis de la forma en que Costa Rica ha encarado la necesidad de propiciar el acceso de las micro, pequeña y mediana empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores y, aborda el mecanismo de inclusión financiera que le ha sido reconocido históricamente. Se parte de la hipótesis de que esta inclusión financiera de las micro, pequeña y mediana empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores implica, por ende, promover su productividad y competitividad, a través del fomento a la innovación, transferencia y adaptación tecnológica, así como a la promoción del encadenamiento productivo de este tipo de empresas costarricenses. La investigación evidenció que tanto para las mipymes como para las pymes costarricenses es prácticamente imposible cumplir todos los procedimientos, protocolos, requisitos y estándares que cumplen los emisores tradicionales de valores de oferta pública y que, a la vez, les solicitan a las empresas que les presenten en forma regular y sistematizada. Por lo anterior, se logró establecer la existencia de multiplicidad de razones por las cuales micro, pequeñas y medianas empresas no utilizan con frecuencia al mercado de valores como alternativa al financiamiento. Entre ellas, se encuentran como las principales el hecho de que sean empresas familiares y, evidentemente, acarrear un tema de liquidez y disponibilidad de recursos financieros, así como la madurez organizacional y la estructura fortalecida en el ámbito empresarial. Entre las principales recomendaciones está

---

1 Estudiante de la carrera de Licenciatura en Derecho. Correo: [mzamorag676@ulacit.ed.cr](mailto:mzamorag676@ulacit.ed.cr)

el hecho de propiciar espacios de diálogo participativo con las micro, pequeñas y medianas empresas, de manera tal que puedan sentirse acompañadas en la toma de decisiones financieras y gerenciales. Sumado a la anterior, habrá que considerar urgentemente y, sobre todo, con los efectos generados en el ámbito económico por la pandemia de la COVID19 y la inminente recesión económica que el país ha venido enfrentando y enfrentará con mayor recelo en los próximos meses o años; la necesidad de flexibilizar las exigencias y reducir los costos asociados con las ofertas públicas, reconociendo las particularidades de las micro, pequeñas y medianas empresas y contribuyendo a que estas puedan financiar sus actividades productivas a través del mercado de capitales, sin que esto signifique afectar la protección de los inversionistas.

### **Palabras clave:**

Acceso a financiamiento, inclusión financiera, micro, pequeña y mediana empresas, mercado de valores

### **Abstract**

Micro, small and medium-sized enterprises (MSME) give life to economies of Latin America and the Caribbean (LAC). They represent 99.5 % of all companies in the region and 60 % of the employed population and are responsible for 25 % of regional gross domestic product (GDP), according to OECD data (Herrera, 2020). This research makes an analysis of the way in which Costa Rica has faced the need to promote access for micro, small and medium enterprises to financing through securities markets, and addresses financial inclusion mechanism that has been historically recognized. It is based on the hypothesis that this financial inclusion of micro, small and medium enterprises to financing through securities markets implies promoting their productivity and competitiveness, through innovation, transfer, and technological adaptation, as well as well as promotion of productive chains of Costa Rican companies. The research showed that is practically impossible for both Costa Rican MSME and SME to be able to comply with all procedures, protocols, requirements and standards that traditional issuers of public offering securities comply with and at the same time request companies presented in a regular and systematic way. Therefore, it was possible to establish existence of multiple reasons why micro, small and medium-sized companies do not frequently use stock market as an alternative to financing. Among them, the main ones are: the fact that they are family businesses and obviously entail an issue of liquidity and availability of financial resources, as well as organizational maturity and a strengthened structure at the business level. Among the main recommendations is the fact of fostering spaces for participatory dialogue with micro, small and medium-sized enterprises, so they

can feel accompanied in making financial and managerial decisions. In addition to the above, it will be necessary to urgently consider and especially with the effects generated at the economic level generated by COVID19 pandemic and imminent economic recession that the country has been facing and will face with greater suspicion in coming months or years; the need to make more flexible demands and reduce costs associated with public offerings, recognizing particularities of micro, small and medium-sized companies and, helping them to finance their productive activities through capital market, without affecting investor protection.

**Keywords:**

Access to financing, financial inclusion, micro, small and medium companies, stock market.

**1. Introducción**

Esta investigación hace un análisis de la forma en que Costa Rica ha encarado la necesidad de propiciar el acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores y, por ende, aborda el mecanismo de inclusión financiera que le ha sido reconocido históricamente. Se parte de la hipótesis de que esta inclusión financiera de las micro, pequeñas y medianas empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores implica, por ende, promover su productividad y competitividad, a través del fomento a la innovación, transferencia y adaptación tecnológica, así como a la promoción del encadenamiento productivo de este tipo de empresas costarricenses.

En este estudio se presentan resultados de diversos trabajos que han abordado la situación costarricense del acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores. Estos diversos resultados no pueden considerarse concluyentes ni tampoco pueden compararse directamente por el hecho de que este tipo de accesos a los mercados de valores, así como de los mecanismos de financiamiento abordados son poco estudiados y analizados, son complejos y no se consideran procesos robustos que permitan extrapolar a comparativas. Sin embargo, los rasgos que se desprenden de cada investigación considerada en la revisión bibliográfica marcan tendencias comunes que permiten evidenciar y proyectar el comportamiento que han tenido este tipo de empresas costarricenses en los mercados de valores.

Por lo anterior, la investigación busca conocer el estado del arte o de la cuestión en cuanto al acceso a financiamiento por parte de las mipymes y pymes costarricenses a los mercados de valores, con la intención de generar una línea base documental de la realidad que han

vivido este tipo de empresas al tocar las puertas de estos entes intermediadores financieros, habiendo agotado todas las vías posibles de créditos y accesos a la banca tradicional. Esto tanto en el Sector Público como privado y buscando innovar en este tipo de mecanismos e instrumentos financieros, a pesar de todas las desventajas que puedan caracterizarlas debido a su ausencia de madurez empresarial, capital social robusto y falta de liquidez para iniciar operaciones.

Para contextualizar el tema del acceso de las mipymes y pymes costarricenses a los mercados de valores, se debe destacar el hecho de que el país, lejos de constituir una entidad o unas pocas entidades financieras orientadas a las pymes, ha propiciado la creación del Sistema de Banca para el Desarrollo (SBD) como el sistema que integra a varias entidades especializadas que operan en el país, específicamente para el apoyo y la asesoría técnica y financiera a las pymes y las personas emprendedoras, en general. El tema del financiamiento de mipymes y pymes a través de los mercados de valores, es un tema que se encuentra incluso incipiente y poco o nada regulado en el país.

Se puede afirmar que la inclusión financiera de este tipo de empresas se persigue, tanto con instrumentos institucionales como financieros, en donde los primeros están compuestos por la legislación, regulaciones, entidades especializadas, marcos de coordinación y de apoyo para el desarrollo empresarial. Los segundos se componen de fondos de soporte a los objetivos del SBD, sistema de avales, capital semilla y mecanismos de crédito, factoraje, *leasing* y otras iniciativas financieras en las que el país está incursionando desde hace un par de años.

Respecto a la organización de este estudio, se partirá de una revisión bibliográfica que permita evidenciar el proceso histórico y las lecciones aprendidas que ha tenido el país y, específicamente, las mipymes y pymes en cuanto al financiamiento recibido por medio de los mercados de valores. Por otra parte, desde un enfoque cuantitativo y complementando el análisis documental, se partirá de concatenar las percepciones y consideraciones brindadas por una muestra de personas especialistas y conocedoras de la temática. Finalmente, después de un análisis y una discusión reflexiva, se genera una serie de conclusiones y recomendaciones que permiten orientar al lector para una mejor comprensión del abordaje atendido, así como de los resultados que produce a partir de la búsqueda del desarrollo de la pregunta de investigación y de los objetivos específicos.

## 2. Revisión bibliográfica

Las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) le dan vida a las economías de América Latina y el Caribe (ALC). Estas representan 99.5 % de todas las empresas de la región y 60 % de la población ocupada y son responsables por el 25 % del producto interno bruto (PIB) regional, según datos de la OECD (Herrera, 2020). Por ende, en el momento de estudiar la economía social de los países desarrollados, se ha evidenciado claramente como uno de los factores claves de éxito el impulso y fortalecimiento del sector de micro, pequeñas y medianas empresas, por lo que su desarrollo siempre ha sido considerado conveniente, tanto desde el punto de vista económico, social, cultural y hasta ambiental.

Se debe recordar que tanto las mipymes como las mipymes desempeñan un papel importante en la generación de empleos. No obstante, históricamente han enfrentado importantes restricciones en cuanto al acceso de crédito bancario, tanto de corto como de mediano y largo plazo. La evidencia documental y bibliográfica muestra que la mayor parte de las pequeñas empresas latinoamericanas se financia con recursos propios y tiene un acceso limitado al financiamiento externo, realidad de la que Costa Rica no escapa y se ha visto afectada.

En Costa Rica, las mipymes absorben una parte importante de la fuerza de trabajo, generan un porcentaje significativo de la producción y empiezan a contribuir en el esfuerzo exportador del país. No obstante, no pueden acceder como deben a los servicios que brinda el sistema financiero formal (Barrantes *et al.*, 2016).

Como se sabe, las pymes cuentan con menores posibilidades de financiarse, por lo que recurren principalmente a recursos propios, la banca comercial o las entidades financieras especializadas en pequeñas y medianas empresas. Los plazos de sus créditos son generalmente cortos y las tasas de interés muchas veces superior a la de las grandes empresas (Dunn, 2019).

La baja participación de las empresas de menor tamaño en el crédito del sector privado o el acceso a este en condiciones adecuadas es una problemática que afecta en mayor o menor medida a todas las economías en el mundo, sean desarrolladas o no. Se han realizado infinidad de estudios respecto del acceso a los mercados de financiamiento y sus condiciones, y las posibles “*fallas de mercado*” que presenta. Mientras más pequeñas las unidades económicas, más difícil se hace el acceso al financiamiento y en caso de acceso, sus condiciones

son menos atractivas. Las argumentaciones para explicar esta baja participación son de diversa índole. Una de las principales, se basa en la existencia de fallas en el funcionamiento de los mercados de crédito, principalmente por la insuficiente información con la que cuentan las instituciones financieras para realizar las evaluaciones de riesgo y el costo asociado a dicho cálculo. Las asimetrías de información, el riesgo moral y la selección adversa se encuentran en repetidos estudios como parte importantes de las causales en la problemática de acceso al financiamiento. Y luego del acceso al financiamiento se agregan otros temas o barreras que se relacionan con las condiciones en que son entregados los financiamientos, las cuales terminan muchas veces siendo una lápida, más que una ayuda constructiva para las PYMES. Como contrapartida, por el lado de los acreedores u otorgantes de financiamiento se experimentan distintas restricciones o condiciones para la entrega de préstamos, que se suman a las anteriores, como lo son la regulación a los sistemas financieros formales y los criterios prudenciales de riesgo en cuanto a las exigencias de provisiones y capital que deben mantener y que están relacionadas con la categoría de los beneficiarios de los créditos. Otros aspectos relevantes son los agentes informales, la dificultad para acceder a clientes atomizados, las altas inversiones y costos operacionales en relación al monto de los créditos etc. etc., La cantidad de recursos canalizados también se ve influida por el método predominante de selección de los beneficiarios; este depende, por un lado, de la información que se encuentra disponible, y por el otro, de las características de las entidades que operan en el mercado (SELA, 2015, s. p.).

Por tanto, se considera importante resaltar el hecho de que la caracterización del sistema bancario en Costa Rica ha sido que los bancos públicos tienen el mayor peso entre las actividades de banca comercial, pese a ser un mercado financiero de libre competencia y que el país ha constituido desde un enfoque político de inclusión financiera para la pyme, que presenta una serie de instrumentos institucionales y financieros que buscan promover esta inclusión. Según la Bolsa Nacional de Valores (BNV) de Costa Rica (s. f.):

Las empresas requieren de diversas alternativas de financiamiento para atender sus necesidades de capital. El financiamiento a través de la Bolsa es una

alternativa eficaz para la ejecución tanto de grandes proyectos como de capital de trabajo, que le permiten a la empresa su permanencia en el mercado o bien, expandir sus operaciones más allá de sus fronteras (s. p.).

Por otra parte, indica la BNV (s. f.) que:

La decisión de financiarse a través del mercado de valores implica una profunda transformación en la situación de la compañía, que sin lugar a dudas le permitirá lograr una mayor exposición y expandir sus oportunidades de negocios. No obstante, conlleva también ciertas responsabilidades adicionales (s. p.).

Sin embargo, Dunn (2019) indica el hecho de que en el ámbito costarricense y por ende también latinoamericano:

Algunos estudios indican que los principales impedimentos para que las pymes accedan a los mercados de valores mediante emisiones de oferta pública, entre otras, son básicamente la poca probabilidad que tienen de cumplir con los altos grados de solvencia jurídica y financiera, además de la alta transparencia que los mercados de capitales exigen. De manera puntual las razones generalmente son:

- a. Alto grado de informalidad.
- b. Falta de garantías.
- c. Capacidad de pago insuficiente.
- d. Falta de historial crediticio.
- e. Historial crediticio negativo.
- f. Falta de capacidad de ajuste a cambios y ciclos de la economía.
- g. Administración generalmente con conocimientos limitados.
- h. Falta de gobernanza corporativa.
- i. Estructuras empresariales familiares o unipersonales (s. p.).

Es claro que, como se indicó en el párrafo anterior, además de los impedimentos puntuales a nivel financiero, contable, administrativo y de solvencia jurídica, se afirma que este tipo de empresas presentan ciertas características básicas y poco habilitadoras que impiden su acceso al financiamiento en la región.

Las principales barreras identificadas fueron: la falta de un inmueble físico o una garantía de compromiso, la falta de una empresa solidaria o garante, la baja formalización de la empresa y las bajas calificaciones crediticias. Asimismo, la inexistencia o inadecuación de leyes sobre garantías móviles, la falta de un registro de garantías y la falta de fondos de garantía exacerban estas barreras. El problema es aún mayor si las garantías requeridas para que las mipyme obtengan préstamos comerciales (siempre que existan reglas claras en el país) son superiores al 100% (Herrera, 2020, p. 19).

Por otra parte, de acuerdo con Dunn (2019):

De cara al mercado de capitales, las pymes compiten con emisores tradicionales de ofertas públicas de valores que jurídicamente cuentan con estatutos sociales, reglamentos internos de funcionamiento, acuerdos societarios de conocimiento público, comités de auditoría, códigos de ética, reglamento de gobernanza corporativa y una serie de manuales de funcionamiento y transparencia entre otros. Contablemente generan información periódica, cuentan con auditores internos y deben publicar sus estados financieros auditados externamente de forma anual (p. 16).

Asimismo, según Dunn (2019):

Organizacionalmente, los emisores de valores, tienen directores, ejecutivos y empleados claramente identificados con roles establecidos en el ámbito de la gobernanza y administración de las operaciones de la empresa. La complejidad del negocio empresarial y sus finanzas se mide con una calificación de riesgo basada en la información generada por la misma empresa (p. 16).

Según lo anterior, tanto para las mipymes como para las pymes costarricenses es prácticamente imposible cumplir todos los procedimientos, protocolos, requisitos y estándares que cumplen los emisores tradicionales de valores de oferta pública y que, a la vez, les solicitan a las empresas que les presenten en forma regular y sistematizada. Por esta razón: “La mayor transparencia, se traduce en generación de información periódica, exige la utilización de

más capital humano y de recurso materiales que significan mayores costos que las pymes simplemente no pueden solventar” (Dunn, 2019, p. 16).

La informalidad también afecta el precio de los préstamos para las mipyme. Estas pagan tasas de interés en general muy superiores a las tasas promedio de colocación en el sistema financiero. Los prestatarios carecen de estados financieros o planes de negocios y, con frecuencia, de información acerca de impuestos. Las mipyme de la región de ALC prefieren la informalidad, lo que limita la cantidad de información que pueden divulgar a los prestamistas y otras contrapartes. Esto aumenta el costo del financiamiento. La escasez de información crea la percepción de una falta de transparencia, entre otros problemas, y el sector financiero cobra tasas más altas o niega el acceso a los servicios financieros para evitar una selección adversa. Esta situación también se refleja en la detección y el monitoreo de préstamos, creando la percepción de riesgo moral por parte de las mipyme (Herrera, 2020, p. 19).

En los últimos años y según el estudio de la CAF realizado por Dunn (2019), existen varios mecanismos para el financiamiento de las pymes bajo el ámbito de la oferta pública en el ámbito latinoamericano, los cuales abarcan cuatro generaciones desde el año 1985 a la fecha. Es importante indicar el hecho de que no en todos los países latinoamericanos se encuentran presentes ni tampoco están regulados. A continuación, se presenta un cuadro que los esquematiza (ver Cuadro 2).

## 2. MECANISMOS PARA LA INCLUSIÓN DE PYMES EN EL MERCADO DE VALORES

En el cuadro 2 se observa la evolución de los mecanismos regulados existentes para el financiamiento de las pymes bajo el ámbito de la oferta pública, los cuales abarcan cuatro generaciones desde el año 1985 a la fecha.

Cuadro 2. Evolución y Clasificación de Mecanismos Regulados de Financiamiento para pymes bajo el ámbito de la Oferta Pública

Fuente: Elaboración propia

	1RA GENERACIÓN (1985s)	2DA GENERACIÓN (1990s)	3RA GENERACIÓN (2000s)	4TA GENERACIÓN (2010s)
MECANISMO	<b>Mercados Alternativos:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimientos y requisitos simplificados de inscripción y mantenimiento de valores, respecto de los mercados principales.</li> </ul>	<b>Régimen Simplificado:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Norma única especial de Régimen Simplificado para la emisión y mantenimiento de los valores en los sistemas de registro de oferta pública.</li> <li>• Simplificación de trámites a través de varias normas separadas.</li> </ul>	<b>Vehículos de propósito especial (VPE):</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fondos de inversión.</li> <li>• Titulizaciones (Fideicomisos)</li> </ul> <b>Mecanismos de garantías:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sociedades de Garantías recíprocas.</li> <li>• Instrumentos de deuda avalados.</li> </ul>	<b>FINTECH:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Crowdfunding Peer to peer.</li> </ul>
TIPO DE ESTIMULO	De OFERTA		De DEMANDA	De OFERTA Y DEMANDA
OBJETIVO PRINCIPAL	Reducir burocracia y costos al emisor		Reducir riesgo al inversionista	Reducir burocracia y costos al emisor y al inversionista

Fuente: Dunn, 2019.

### 3. Metodología

La presente investigación es descriptiva, exploratoria, con un enfoque cuantitativo donde primero se realiza una revisión bibliográfica para conocer los antecedentes y la evolución del tema financiero en cuanto al financiamiento de las pymes por medio de los mercados de valores en el ámbito nacional. Asimismo, se aplica una encuesta por medio de un cuestionario, el cual constará de cinco preguntas (técnica de recolección de datos a través de Google Forms) a un grupo de personas especialistas en pymes, así como en la temática de mercados de valores y, subsecuentemente, también se incluirán en la muestra personas conocedoras o especialistas en el ámbito nacional en el ámbito del acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas a financiamiento por medio de los mercados de valores en Costa Rica. Por las razones indicadas es que se considera el tipo de muestreo por juicio de expertos.

Una vez que se cuente con toda la información, tanto la recolectada a través del análisis documental como de la información generada a partir de la encuesta aplicada, se procede a llevar a cabo un análisis de los datos, los cuales contribuirán con elementos e insumos que propician una serie de reflexiones tendientes al desarrollo de los objetivos específicos y la pregunta de investigación que se planteó. Al mismo tiempo, permiten construir una serie de conclusiones y recomendaciones para la política pública en el ámbito financiero-bursátil en Costa Rica.

### 4. Resultados

Según el estudio de IOSCO SME Financing Through Capital Markets, existen factores que representan mayores obstáculos para acceder a los mercados de capitales, entre los cuales se destacan 1) la fuerte tendencia a la propiedad familiar, lo que incluye la resistencia de los dueños a involucrar a terceras personas en la propiedad por el miedo a perder el control de la compañía; 2) la baja profesionalización o nivel educacional del personal a cargo de la empresa; 3) la idea equivocada de que la empresa es muy pequeña y que el mercado de capitales es muy grande para ellas; 4) la falta de liquidez en los mercados secundarios y 5) la falta de inversores e incertidumbre del éxito de una oferta inicial de valores (Correa *et al.*, s. f.).

Conscientes de las barreras naturales que impone el mercado de valores a las empresas de menor tamaño, los organismos reguladores han trabajado en medidas para reducir, desde su ámbito de acción estas limitantes y contribuir para que el mercado de valores se transforme en una opción real de financiamiento para las pymes (Correa *et al.*, s. f.). Sin embargo, en esta tarea se debe tener presente que su acceso a los mercados de capitales, en diferentes grados

y reconociendo las particularidades de cada país en ocasiones, se ve limitado por una serie de factores de índole estructural que van desde aspectos como la informalidad y el temor a perder la propiedad de la empresa, la alta concentración empresarial (empresas familiares), así como la resistencia de las empresas a revelar información al mercado (presentación de información financiera periódica, hechos de importancia, entre otros) y sujetarse a mayores exigencias en términos de las mejores prácticas de buen gobierno corporativo (Correa *et al.*, s. f.).

Por otro lado, la escala reducida de la mayoría de las empresas en los países de la región implica que sus necesidades de financiamiento sean también reducidas y menores en comparación con las grandes empresas corporativas, lo que dificulta su incursión directa en el mercado público de valores por la existencia de costos fijos de emisión que se asumen independientemente del volumen de fondos que se persiga financiar. Del mismo modo, en ciertos casos, se produce un descalce entre el tamaño de las emisiones que potencialmente pueden llevar a cabo las pymes y la demanda potencial que existe en los mercados, donde tienden a primar los grandes inversores institucionales, los cuales no necesariamente absorben estas ofertas de valores, debido a los costos fijos de análisis asociados con estas inversiones (seguimiento del sector y de la empresa), lo que conduciría a la exigencia por parte de estos inversores, de montos mínimos de emisión que justifiquen la asunción de estos costos. Esta situación evidencia la importancia que reviste para el desarrollo de los mercados la incorporación de un mayor número de inversores, cuya escala y percepción de riesgo se adecúen mejor al potencial de emisiones en el mercado (Correa *et al.*, s. f.).

Como corolario de lo anterior, entre los principales resultados que se obtuvieron de las preguntas que se plantearon a los especialistas en micro, pequeñas y medianas empresas, así como del mercado de valores en el ámbito costarricense se obtiene el Cuadro 1.

Preguntas	Variable	TOTAL	%
1. ¿Ha escuchado hablar del mercado de valores en Costa Rica?	Conocimiento del mercado de valores	4	80
2. ¿Conoce usted cuáles son las opciones de financiamiento en el mercado de valores para las micro, pequeñas y medianas empresas en Costa Rica?	Opciones de financiamiento en el mercado de valores para micro, pequeñas y medianas empresas	3	60
3. ¿Considera usted que el mercado de valores de Costa Rica brinda el acceso necesario a las micro, pequeña y mediana empresas para que puedan obtener el financiamiento requerido para sus operaciones?	Acceso a financiamiento del mercado de valores	1	20
4. ¿Considera usted que las micro, pequeñas y medianas empresas de Costa Rica se encuentran fortalecidas a nivel organizacional para solicitar el financiamiento de sus operaciones y actividades productivas a través del mercado de valores?	Micro, pequeñas y medianas empresas fortalecidas organizacionalmente	2	40
5. ¿Considera usted que las micro, pequeñas y medianas empresas de Costa Rica obtienen beneficios y un valor agregado al optar por el financiamiento bursátil a través del mercado de valores?	Beneficios y valor agregado al optar por el financiamiento bursátil a través del mercado de valores	2	40

**Cuadro 1**  
*Información que se recopiló con especialistas*

A través del Cuadro 1 se evidencia que.

- Cuatro de las cinco personas encuestadas, han escuchado hablar del mercado de valores de Costa Rica.
- Tres encuestados conocen de las opciones de financiamiento que ofrece el mercado de valores para las micro, pequeñas y medianas empresas.
- Solamente una persona considera que el mercado de valores de Costa Rica le brinda el acceso necesario a las micro, pequeñas y medianas empresas para que estas puedan obtener el financiamiento requerido para llevar a cabo con **éxito** sus operaciones.
- Dos personas consideran que las micro, pequeñas y medianas empresas se encuentran fortalecidas organizacionalmente para solicitar el financiamiento de sus operaciones y actividades productivas a través del mercado de valores.
- Finalmente, dos de los cinco encuestados (40 %), considera que las micro, pequeñas y medianas empresas obtendrán beneficios y un valor agregado al utilizar el mercado de valores para el financiamiento de sus operaciones productivas.

Asimismo, entre los principales comentarios evidenciados por las personas participantes, se reconoce que entre las principales ventajas de acceder a los mercados de valores para obtener el financiamiento para las micro, pequeñas y medianas empresas, se tiene que:

1. Se logra mayor transparencia
2. Se evidencia una madurez y experiencia profesional
3. Generación de empleos
4. Promoción de la competitividad
5. Obtener financiación sin elevar el endeudamiento (una forma de apalancamiento financiero)
6. Lograr confianza y protagonismo entre clientes y proveedores en el mercado
7. Exposición en el ámbito internacional
8. Monitoreo, evolución y seguimiento de la evolución de los mercados

Sin embargo, según *Expansión* (2018), también implica costos económicos importantes y la obligación de cumplir con diversos requisitos legales y de transparencia con la bolsa y el mercado.

## 5. Discusión

A pesar de su importancia económica y social, a las mipymes les resulta difícil acceder a financiamiento. De forma agregada, la brecha entre la demanda y la oferta de crédito para mipymes en ALC es de US\$1,8 mil millones, equivalentes al 41 % del PIB regional, de acuerdo con el SME Finance Forum. Además, datos del 2019 indican que aproximadamente el 47 % de las pequeñas empresas (5 a 19 trabajadores) en el sector formal, no tienen un préstamo bancario o una línea de crédito. Si la empresa es propiedad de una mujer, este número llega a más del 50 % (Herrera, 2020).

Las mipymes tienen varias características que impiden su acceso al financiamiento en la región. Entre las principales barreras que se identificaron se encuentran la informalidad, la falta de un inmueble físico o una garantía de compromiso, la falta de una empresa solidaria o garante, la baja formalización de la compañía y las bajas calificaciones crediticias. Asimismo, estas barreras se ven exacerbadas por la inexistencia o inadecuación de leyes sobre garantías móviles, la falta de un registro de garantías y la falta de fondos de garantía (Herrera, 2020).

Muchas de estas barreras pueden superarse con medidas de política pública por parte de los gobiernos de la región. Por ejemplo, la falta de garantías se puede solventar con la creación de fondos de garantías que les permitan a las empresas tener colateral suficiente y respaldado para solicitar un crédito. Lo anterior implica algún nivel de costo fiscal, que se compensa con el incremento en el desarrollo productivo del país (Herrera, 2020).

A pesar de lo anterior, existe consenso en que el desarrollo y competitividad de los mercados de capitales puede contribuir con la diversificación de las fuentes de financiación de las pymes, como una alternativa a los préstamos bancarios y, a la vez, facilitar el acceso de más empresas emisoras en los mercados, en su mayoría, concentrados en importantes empresas corporativas (Correa *et al.*, s. f.). Otras respuestas vienen del mercado, por ejemplo, las *fintech* han financiado, de manera incremental, a las mipymes de la región. El primer informe de evaluación comparativa del mercado global de finanzas alternativas de la Universidad de Cambridge, respaldado por el BID, muestra cómo de un total de US\$1.800 millones, el 60 % se destinó a financiar más de 217 000 proyectos de empresas, casi todas mipymes. Asimismo, varias entidades financieras de la región han incrementado su apoyo a las mipymes (Herrera, 2020).

## 6. Conclusiones y recomendaciones

A continuación, se presentan una serie de conclusiones que sintetizan los principales hallazgos generados durante la investigación. Estas buscan recapitular las fortalezas y debilidades del estudio, así como abordar, aunque sea de forma incipiente, algunas aplicaciones e implicaciones que puedan tenerse sobre el tema para la disciplina. Por último, pretende establecer algunos espacios de intervención que puedan considerarse en el futuro en el campo con próximas investigaciones o estudios.

1. Un mayor acceso de las pymes al mercado de capitales es necesario para generar un dinamismo competitivo frente al financiamiento tradicional del sistema bancario, lo que promueve mejores condiciones para este segmento empresarial, lo cual, debido a su relevancia en la actividad económica de los países, debiese impulsar un mayor crecimiento y desarrollo de la región (Correa *et al.*, s. f.).
2. Hay una necesidad latente no solo en Costa Rica, sino en toda la región, de adecuar las condiciones regulatorias para facilitar el acceso de las pymes a los mercados de valores.
3. Existe una falta de competencias técnicas por parte de los responsables de la gestión de las micro, pequeñas y medianas empresas en el ámbito de mercado de valores, por lo que esto representa un gran reto y desafío en el ámbito nacional en el momento de generar consciencia en los propietarios de estas empresas para que conozcan y aprovechen los beneficios y el valor agregado que puede traer la captación de fondos a través de los mercados de valores.

4. Es evidente que la falta de garantías también se ha convertido en un factor relevante como barrera para el acceso a financiamiento, por lo que, a pesar de todos los esfuerzos realizados, el alcance ha sido mínimo y, por lo tanto, el problema persiste convirtiéndose en un gran reto a superarse por los empresarios y el gobierno costarricense. Por lo tanto, se debe priorizar la premisa de impulsar a las micro, pequeñas y medianas empresas en el ámbito nacional, debido a la importancia económica y social que ha sido establecida a lo largo del presente estudio.
5. Se logra evidenciar la existencia de multiplicidad de razones por las cuales las micro, pequeñas y medianas empresas no utilizan con frecuencia al mercado de valores como alternativa al financiamiento. Entre ellas, se encuentra el hecho de que sean empresas familiares y, evidentemente, acarrear un tema de liquidez y disponibilidad de recursos financieros, así como la madurez organizacional y la estructura fortalecida en el ámbito empresarial.
6. Debido al desconocimiento y la desconfianza que incluso impera a nivel de los emprendedores en el mercado de valores, persiste el hecho de que no realizan un análisis pertinente ni profundo respecto de la estructura financiera que toda micro, pequeña o mediana empresa requiere para implementar sus operaciones y alcanzar su productividad, en función de sus capacidades, objetivos y sector.

Un tema para próximos estudios de investigación es considerar llevar a la mesa de diálogo y de reflexión el desarrollo de regímenes o mecanismos financieros simplificados o segmentos especiales en el mercado de valores para las micro, pequeñas y medianas empresas, con menores obligaciones en términos de presentación de información periódica, cumplimiento de exigencias en términos de buen gobierno corporativo; contenido de prospectos, reducción en las tarifas de inscripción y mantenimiento, entre otros elementos.

Asimismo, otra línea de acción para próximas investigaciones es la comparación de países bajo el análisis de derecho bursátil comparado, de manera que permita evidenciar la visión a través de casos de estudio de las principales experiencias e iniciativas que se desarrollaron en los países iberoamericanos en los últimos años.

Por último, se enumeran una serie de recomendaciones que emanan o se originaron después de la investigación. Estas pretenden ser prácticas y de aplicación factible, aunque requieran de un tiempo para su implementación.

1. Potenciar el conocimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas sobre la existencia de programas de financiamiento para este tipo de emprendimientos, la creación de fondos de garantía y otros instrumentos financieros que generen condiciones habilitadoras para que estas empresas puedan considerar invertir o aprovechar estos insumos económicos como capital semilla o fondos revolutivos.
2. Brindar educación financiera y capacitación en la materia bursátil y de mercados financieros y de valores a las micro, pequeñas y medianas empresas para que puedan conocer las ventajas y desventajas, así como el valor agregado del financiamiento a través del mercado de valores para este tipo de emprendimientos.
3. Propiciar espacios de diálogo participativo con las micro, pequeñas y medianas empresas, de manera tal que puedan sentirse acompañadas en la toma de decisiones financieras y gerenciales.
4. Sumado a la anterior, habrá que considerar urgentemente y, sobre todo, con los efectos generados en el ámbito económico por la pandemia de la COVID19 y la inminente recesión económica que el país ha venido enfrentando y enfrentará con mayor recelo en los próximos meses o años, la necesidad de flexibilizar las exigencias y reducir los costos asociados con las ofertas públicas, reconociendo las particularidades de las micro, pequeñas y medianas empresas y contribuyendo a que estas puedan financiar sus actividades productivas a través del mercado de capitales, sin que esto signifique afectar la protección de los inversionistas.
5. Promover la asistencia técnica para micro, pequeñas y medianas empresas, de manera que se sientan respaldados y acompañados técnicamente para fortalecer sus capacidades organizacionales.

## Referencias

Arias, J. *et al.* (2016). *Métodos de evaluación financiera de proyectos de mipymes empleados por las entidades operadoras del sistema de banca para el desarrollo* (Trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciatura en administración de empresas con énfasis en administración financiera). Instituto Tecnológico de Costa Rica.

- Barrantes, B.; Gutiérrez, M.; Monge, A.; Morera, D.; Moya, C. y Rojas, K. (2016). *Financiamiento para las mipymes costarricenses con énfasis en el Sistema de Banca para el Desarrollo (SBD)* (Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Administración de Empresas con Énfasis en Finanzas). Instituto Tecnológico de Costa Rica.
- Bolsa Nacional de Valores de Costa Rica. (s. f.). <https://www.bolsacr.com/>
- Cepymenews. (2018). *El crecimiento del sector pyme a través de la bolsa*. Opinión.
- Céspedes, J. y Martínez, R. (2019). Análisis del mercado de valores como alternativa de financiamiento para las PYMES en Latinoamérica. *Pensamiento Crítico*, 24(1), 167-198. DOI: <http://dx.doi.org/10.15381/pc.v24i1.16564>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Cepal. (2018). *MIPYMES en América Latina*. Un frágil desempeño y nuevos desafíos de las políticas de fomento.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Cepal. (2010). *Crisis originada en el centro y recuperación impulsada por las economías emergentes, Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe, Documento Informativo 20092010*.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Cepal/Banco Interamericano de Desarrollo - BID/Organización de los Estados Americanos-OEA. (2011). *Experiencias exitosas en innovación, inserción internacional e inclusión social: Una mirada desde las PyMES*.
- Correa, A.; García, C.; García, D. y Rivero, C. (s. f.). *iniciativas para facilitar el acceso directo de las pymes a los mercados de valores en Iberoamérica*.
- Dunn, J. (2019). *Mecanismos de financiamiento para pymes a través del mercado de valores: La experiencia internacional y recomendaciones para Uruguay*. Banco de Desarrollo de América Latina. CAF.

- Expansión. (2017). *Cómo escoger el mejor mercado para salir a bolsa*.
- Herrera, D. (2020). *Instrumentos de financiamiento para las micro, pequeñas y medianas empresas en América Latina y el Caribe durante el Covid-19*. BID. Sector de Instituciones para el Desarrollo. División de Conectividad, Mercados y Finanzas.
- Herrera, D. (2020). *Desafíos y soluciones para mejorar el financiamiento a las mipymes durante la pandemia*. <https://blogs.iadb.org/innovacion/es/mejorar-el-financiamiento-a-las-mipymes-durante-la-pandemia/>
- Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores-IIMV. (2017). *Estudio sobre la financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas a través de los mercados de capitales en Iberoamérica*. CYAN, Proyectos Editoriales, S. A.
- Rojas, Laura. (2017). *Situación del financiamiento a PYMES y empresas nuevas en América Latina*. Gráfica LOM.
- Sancho, F. (2017). *Inclusión financiera de la pequeña y mediana empresa en Costa Rica Cepal*.
- Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. (SELA). (2015). *Financiamiento y Garantías de apoyo a PYMES en Centroamérica*. Estudio de prefactibilidad para la creación del Sistema Regional de Garantías para pymes en Centroamérica. Seminario sobre Financiamiento y Garantías de Apoyo a pymes en Centroamérica.

Anexo 1. Cuestionario

**Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT)  
Licenciatura en Derecho**

**Cuestionario**

**Tema: Acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas a  
financiamiento por medio de los mercados de valores en Costa Rica**

A continuación, encontrará algunas preguntas de desarrollo y otras de marcar un sí o no, en las que se le solicita explicar la respuesta, de manera que usted como especialista pueda brindar la información oportuna que considere al respecto. Se le agradece contestar las preguntas de acuerdo con su experiencia y conocimientos adquiridos en mercado de valores, así como del funcionamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas.

¿Ha escuchado hablar del mercado de valores en Costa Rica? Si su respuesta es afirmativa, pase a la pregunta n.º 2, de lo contrario, siga en la pregunta n.º 3.

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

¿Conoce usted cuáles son las opciones de financiamiento en el mercado de valores para las micro, pequeñas y medianas empresas en Costa Rica?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

En caso afirmativo, indique cuáles: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

¿Considera usted que el mercado de valores de Costa Rica brinda el acceso necesario a las micro, pequeñas y medianas empresas para que puedan obtener el financiamiento requerido para sus operaciones?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

En caso afirmativo, justifique su respuesta: \_\_\_\_\_

¿Considera usted que las micro, pequeñas y medianas empresas de Costa Rica se encuentran fortalecidas en el ámbito organizacional para solicitar el financiamiento de sus operaciones y actividades productivas a través del mercado de valores?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

En caso afirmativo, explique su respuesta: \_\_\_\_\_

---

---

---

¿Considera usted que las micro, pequeñas y medianas empresas de Costa Rica obtienen beneficios y un valor agregado al optar por el financiamiento bursátil a través del mercado de valores?

Sí \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

En caso afirmativo, explique su respuesta: \_\_\_\_\_

---

---

---

Muchas gracias por su participación.

## Prisión preventiva y control de convencionalidad: Breve análisis de dos causales de prisión preventiva desde la perspectiva del derecho comparado Costa Rica-Brasil

*Pretrial detention and conventionality control: Brief analysis of two causes of pretrial detention from the perspective of Comparative Law between Costa Rica – Brazil.*

Álvaro Pérez Roda y Mariana Fernandes de Oliveira Silvestrini

### **Resumen**

Este trabajo consiste en un análisis de dos causales de prisión preventiva desde la óptica del control de convencionalidad y desarrollado a través de una metodología de derecho comparado. Una de ellas corresponde al ordenamiento jurídico costarricense y otra más a su homólogo brasileño. La introducción de causales de prisión preventiva cada vez más laxas desnaturaliza su finalidad, siguen una filosofía que combina al derecho penal del enemigo, el utilitarismo procesal y el adelantamiento de la pena misma. Estas se desbordan de la justificación constitucional aceptada para las medidas cautelares, lo que incluye a la prisión preventiva, además, rozan con la garantía de la presunción de inocencia.

### **Palabras clave:**

Prisión preventiva, garantías procesales, peligro de reiteración, la preservación del orden público, control de convencionalidad, adelantamiento de pena, derecho penal de autor, medidas cautelares, derecho comparado, Costa Rica, Brasil.

### **Abstract:**

The article is a concise analysis of two legal stipulations concerning pre-trial detention, the chosen approach to the subject at hand was comparative law. One legal provision authorizing prison pending trial is from Costa Rican legislation and the other is a Brazilian equivalent. New provisions legislated to relax procedural requisites to impose pre-trial detention for defendants stem from the tenets of criminal law for the enemy, utilitarianism and imposing said cautionary procedural measures to advance sentence. These relaxed stipulations openly trample constitutional boundaries and particularly, the right of the defendants to be considered innocent until proven guilty.

### **Keywords:**

Detention pending trial, procedural guarantees, danger of criminal repetition, preservation of public order, conventionality control, criminal law for the enemy, comparative law, Costa Rica, Brazil, precautionary measures.

## **1. Introducción**

El objeto de este trabajo consiste en analizar dos causales de prisión preventiva desde la óptica del control de convencionalidad, específicamente el peligro de reiteración delictiva en la normativa procesal penal costarricense y la preservación del orden público en el caso brasileño. Nuestra hipótesis sostiene que las causales que se seleccionaron presentan importantes vicios de inconventionalidad, a pesar de aceptarse por la Sala Constitucional de Costa Rica y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. El adelantamiento de la pena y la desnaturalización de la prisión preventiva como mecanismo excepcional para asegurar los fines del proceso, que suponen estas causales, pueden estimarse como abiertamente contrarios a los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, el análisis propuesto es actual y pertinente, ya que las causales observadas en ambos casos parecieran encontrar su justificación en el derecho penal del enemigo, van dirigidas abiertamente a positivizar la imposición de penas por adelantado, exceden al carácter instrumental de aseguramiento procesal que tienen todas las medidas cautelares y, por consiguiente, la justificación aseguradora de la prisión preventiva dentro de un estado constitucional de derecho. Esta última solo subsiste cuando se utiliza equilibrada con la garantía de la presunción de inocencia.

En ese espíritu, cabe reiterar que el derecho procesal penal es una de las ramas del derecho con mayor injerencia sobre los derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. Por eso, es imperativo reconocer que para el resguardo de la gran conquista que representa el debido proceso, este debe respetarse no solo desde el punto de vista legal, sino principalmente desde la perspectiva convencional y constitucional.

Como juristas, cargamos con la ardua misión de releer constantemente las disposiciones legales existentes en los países, en este caso las que conciernen al proceso penal. La metodología de derecho comparado es el camino perfecto para valorar si las normas procesales se ajustan a los cánones progresivos de las constituciones y tratados en materia de derechos humanos. Es posible identificar las fragilidades y los aciertos de cada de las distintas realidades jurídicas, para plantear propuestas de mejora, unidos por la búsqueda de un proceso penal más humano.

Voltear la mirada hacia los tratados de derechos humanos que hemos ratificado junto con otros países de la región acerca y facilita el diálogo necesario para perfeccionar los mecanismos procesales que tutelan al debido proceso y resguardan la libertad, por lo que analizar y comparar las causales de prisión preventiva cuestionadas es un ejercicio sumamente valioso.

Tanto el peligro de reiteración delictiva como la causal *preservación* denominada *del orden público*, apelan ampliamente la función preventiva general de la pena y derecho penal, como justificación para continuar vigentes en sus ordenamientos, lo que facilita su crítica y análisis, con un importante punto de convergencia para las dos perspectivas. Después de examinar cada una, se hace notar con relativa sencillez que lo más recomendable es su derogación, considerando especialmente los mandatos convencionales.

## **2. Sección I: Sobre el peligro de reiteración delictiva (Costa Rica)**

Al peligro de reiteración delictiva es posible definirlo como el pronóstico concreto y afirmativo sobre la reincidencia delictiva en la que incurriría el imputado en caso de ser puesto en libertad durante la sustanciación de un proceso penal seguido en su contra. Este existe como una causal de prisión preventiva prevista en la normativa procesal penal de diversos países dentro y fuera de Iberoamérica.

En la actualidad, se encuentra regulado en los artículos 239 inciso b) y 239 bis incisos b) y c) del Código Procesal Penal costarricense (CPP). Anteriormente, se le encontraba en el artículo 291 inciso 2) y 298 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales (Ley n.º 5377), ahora derogado, con un texto muy similar al de las normas hoy vigentes.

A este peligro procesal es posible considerarlo como una de las causales de prisión preventiva más polémicas y debatidas. No obstante, la Sala Constitucional de Costa Rica admitió la constitucionalidad de esta causal y avaló su existencia dentro de la finada Ley n.º 5377 desde el año 1992, el *quid* de los argumentos expuestos por el tribunal constitucional invoca la justificación misma del derecho penal y su modelo axiológico, como se observa de seguido:

Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecuen su conducta a las reglas legales que la norman, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede resultar reprimida, ello, cuando su acción se encuentre regulada

por el derecho penal. El derecho penal tiende a asegurar la inquebrantabilidad de un importante círculo de influencia del ordenamiento jurídico. Visto así el problema, un fin del derecho penal será evitar la reiteración en hechos delictivos (Voto n.º 1438-1992 de las quince horas del dos de junio del mil novecientos noventa y dos).

Tenemos entonces que desde hace 30 años el Tribunal Constitucional rechazó la existencia de un vicio de inconstitucionalidad con respecto a esta causal de prisión preventiva, a partir de argumentos que apuntan de algún modo hacia la prevención general negativa como finalidad misma a las penas, un señalamiento que necesariamente debe matizarse. La función preventivo-general de la pena tampoco deja de ser discutida en cuanto a su dimensión legitimadora de las penas, como lo advertía Ziffer (2013):

Se afirma que la pena necesita para su justificación, además de su utilidad preventiva, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual solo podría entrar en consideración la culpabilidad. Una y otra vez se hace referencia a que el reemplazo del concepto de culpabilidad por un concepto preventivista tendría funestas consecuencias para la vigencia del estado de derecho (p. 75).

Si la pena pasa a ser un simple mecanismo funcional para prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos (neutralizando a los infractores), se estaría renunciando a su finalidad expiatoria y resocializadora, tales castigos perderían su legitimidad en un sistema constitucional y democrático liberal. De aceptar estos cuestionamientos doctrinarios como válidos en cuanto a la pena misma, estos se intensifican y se multiplican cuando los hacemos extensivos a las medidas cautelares privativas de libertad y a los peligros procesales que la justifican.

No resulta conveniente, en lo absoluto, confundir la justificación dogmática y axiológica del castigo mismo, con la que puede legitimar o autorizar la detención cautelar de aquellos sujetos sobre quienes apenas ha recaído la sospecha de haber cometido un crimen y no se determinó todavía su culpabilidad. Aclarado esto último, corresponde regresar al tema central de este trabajo, al peligro de continuidad o reiteración delictiva, cuyo rol como figura procesal pareciera enmascarar una pena dirigida a la *defensa social* a expensas de cualquier utilidad resocializadora.

Aunque la doctrina y jurisprudencia costarricenses hacen referencia al peligro de reiteración, el CPP lo regula como la existencia de una presunción razonable de que el imputado *continuará la actividad delictiva*, según el artículo 239 inciso b), última línea y expandido a otros supuestos específicos en el artículo 239 bis incisos b) y c). Lo que encierran estas previsiones se trata claramente del mismo concepto basal, aunque el código no abunda en mayores detalles sobre qué debe entenderse por la continuación de la actividad delictiva, no explica si debe entenderse como su continuidad quehacer delictivo, una reincidencia homogénea, o si por el contrario se refiere a la valoración de la personalidad del acusado y su inclinación por delinquir.

Cualquiera de las dos posibles interpretaciones es problemática. En primer lugar, se critica la importante apertura hacia la arbitrariedad que trae aparejada su regulación en tales términos, no existen requisitos estipulados expresamente por el legislador para determinar objetivamente las circunstancias que determinarían su concurrencia, como puede serlo, quizás, la existencia de antecedentes penales vigentes.

En segundo lugar, incluso limitando teóricamente su aplicación a casos donde la persona acusada tenga antecedentes penales, esta causal constituiría una transgresión importante a la garantía de la presunción de inocencia que cubija a todas las personas investigadas en procesos penales. No existen criterios definidos e intersubjetivamente controlables que limiten su aplicación, entre los márgenes de la legalidad, lo que deja una gran apertura hacia las *certezas psicológicas* y la íntima convicción del juez para justificar su imposición.

Aun aceptando que los peligros procesales son presunciones jurídicas, basta confrontar el peligro de reiteración con el peligro de fuga para darse cuenta de que este último tiene previstos una serie de criterios cuya corroboración es sencilla. Por ejemplo, la existencia de arraigos domiciliario, familiar y laboral, la pena que puede llegarse a imponer y la falsedad de la información acerca del domicilio habitual (Art. 240 CPP), entre otros.

Algunos de estos criterios permiten acceder a amplias posibilidades para ofrecer pruebas que permitan refutar los eventuales cuestionamientos que surjan durante la investigación. Sin embargo, frente al pronóstico concreto y afirmativo que hagan jueces y fiscales sobre hechos futuros en donde el imputado, en caso de ser puesto en libertad, continúe con su actividad delictiva, no cabría la proposición de prácticamente ninguna prueba.

Por último, aunque subsiste la inviabilidad jurídica de justificar la imposición de una medida cautelar privativa de libertad a partir de argumentos propios de un adelantamiento de la pena, léase la protección de la sociedad con relación al sospechoso, el aseguramiento, no procesal, sino de la colectividad frente al sujeto investigado, en contra de quién se presume la posible continuidad de sus actividades delictivas. Un fundamento que, como ya se indicó, se construye teóricamente sobre una prevención general negativa, adelantándose al juicio confirmado sobre la culpabilidad de las personas imputadas. El peligro de reiteración se consagra como una herramienta jurídica que permite al juez hacer valer su juicio de peligrosidad subjetiva con relación al investigado, sin prácticamente ninguna atadura o restricción.

No es posible obviar que la expansión del peligro de reiteración delictiva introducido con la adición del artículo 239 bis al CPP en 2009, a pesar de incluir presupuestos objetivos más claros para determinar su concurrencia, no abona ninguna clase de seguridad jurídica adicional. El inciso b) del numeral apuntado, introdujo como nueva causal de prisión preventiva la existencia de al menos dos acusaciones anteriores contra la persona investigada por delitos en donde haya mediado violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, aunque no hayan sido resueltas en sentencia todavía, mientras que el inciso c), por otra parte, autoriza la imposición de la prisión preventiva a personas reincidentes por delitos en los que haya mediado violencia contra las personas o fuerzas sobre las cosas léase, personas con antecedentes penales por delitos de esa naturaleza, como robos, agresiones y todas las formas tipificadas de violencia doméstica. Sin embargo, la apertura y discrecionalidad que supone la presunción razonable de que continuará con la actividad delictiva no fue alterada por la estipulación de las causales adicionadas.

Explicado lo anterior, resulta pertinente destacar lo que indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) acerca de la convencionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva en términos generales:

67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...] La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.
69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente

necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva (Sentencia de fondo, reparaciones y costas de la Corte IDH para el caso López Álvarez vs. Honduras, 2006).

Para el alto tribunal, la prisión preventiva y su finalidad esencialmente instrumental constituyen un uso drástico del poder cautelar del juez para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso, reservado para aquellas ocasiones en donde no sea posible de salvaguardarlos por ningún otro medio. Las garantías convencionales y constitucionales apuntadas constituyen los límites entre los que cabría su valoración, para cada caso en concreto, haciendo hincapié en el respeto por el principio de proporcionalidad.

Las autoras costarricenses Chinchilla Calderón y García Aguilar (2005), desarrollaron el citado principio de proporcionalidad en dos dimensiones, como se lee a continuación: “Doctrinalmente se identifica, en su acepción amplia, como principio de prohibición de exceso” (p. 285). Por otro lado, la proporcionalidad en sentido estricto: “Exige una ponderación entre el interés público se quiere proteger y el derecho fundamental que se pretende limita” (Ídem, p. 296).

Entonces, el juicio valorativo para la imposición de la prisión preventiva debe ponderar, entre otras cosas, la pena que puede llegar a imponerse conforme al derecho material y determinar que esta no llegue a igualarla ni a sobrepasarla. Asimismo, la razonabilidad entre los medios y los fines en todos aquellos casos en donde pueda mitigarse los peligros procesales, como el de fuga y obstaculización, con medidas menos gravosas que la prisión preventiva, debe recurrirse a las alternativas distintas de la detención.

La Sala Constitucional de Costa Rica sostuvo recientemente en su voto n.º 20485-2020, la improcedencia de emplear la prisión preventiva como un mecanismo ejecutor para cumplir con la pena en un contexto de mora judicial, incluso en nota con razones separadas, la entonces magistrada Hernández López señaló que la superación de la mitad de la pena impuesta en prisión preventiva desnaturalizaría la prisión preventiva para convertirla en una pena adelantada. Un avance importante, aún si no se ha variado el criterio con relación a la constitucionalidad del peligro de reiteración como causal para la imposición de la prisión preventiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por otra parte, ya había señalado precisamente a la expansión de las causales de prisión preventiva como uno de los principales desafíos para reducir su uso en las Américas, como se observa de seguido:

En particular, las tendencias o mecanismos legislativos que promueven mayor encarcelamiento a fin de enfrentar la inseguridad ciudadana, y que en general buscan potenciar la aplicación de la prisión preventiva, se traducen principalmente en la ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva más allá de su sola lógica cautelar, a través de fórmulas legales que a) extienden el sentido de la causal de peligro de fuga a hipótesis que la alejan de su lógica cautelar, por ejemplo, al dar preeminencia a consideraciones como la gravedad del acto y de la expectativa de la pena en caso de una eventual condena, o b) establecen causales de procedencia de la prisión preventiva diversas a las tradicionales o cautelares, y que responden a criterios punitivos o peligrosistas, como el peligro de reincidencia (CIDH, Informe Sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas del 3 de julio del 2017).

Con una mención directa se observa que, conforme a los lineamientos emanados del sistema interamericano de derechos humanos, justificar la prisión preventiva a partir de los juicios de peligrosidad subjetiva sobre los sujetos investigados o ponderar simplemente en abstracto las penas que pueden llegarse a imponer para emplearla se entendería como vedado convencionalmente. El primer razonamiento es propio de los postulados del derecho penal del enemigo, divorciado por completo de un sistema de justicia penal democrático, mientras que el segundo constituye una lectura incompleta sobre los criterios valorativos que impone llevar a cabo el Pacto de San José y los principios constitucionales aplicables a las medidas cautelares.

## **2. Sección II. Prisión preventiva para garantizar el orden público**

Las líneas esbozadas aquí, lejos de cualquier pretensión de agotar el tema servirán para avanzar en el diálogo sobre la posible distorsión del uso de la prisión preventiva en Brasil, como consecuencia del constante aumento de los planteamientos punitivistas, que acreditan el desencuentro expresivo entre derechos humanos consagrados en tratados internacionales y afirmados en la Constitución brasileña de 1988 y la dura realidad que enfrenta Brasil.

Con razón, Norberto Bobbio (2004) ha afirmado que el gran problema del tiempo ya no es establecer los derechos humanos, sino protegerlos.

En este trabajo dirigimos la mirada hacia la historia reciente de la eficacia de las fuentes internacionales de derechos humanos en el sistema legal interno de Brasil (o a la falta de ella), especialmente con relación al actual Código Procesal Penal brasileño.

Antes de cualquier análisis dogmático, es necesario recordar que la finalidad del derecho procesal penal es también la protección de las personas frente al poder punitivo, para legitimar y justificar el ejercicio de su potestad sancionadora, sometiéndolo a sus reglas (Lopes, 2019).

No es posible olvidar que el proceso penal como instrumento que pretende hacer justicia, aunque el concepto de justicia sea complejo, valorativo y atemporal, requiere la máxima atención a la libertad, ya que como muy bien señala Hannah Arendt, la libertad funciona como un carácter mismo de la existencia humana *ser humano y ser libre son uno y lo mismo* (Delmanto, 2019).

Ahí es donde se fundamenta la principal crítica de este estudio, la que sirvió como ruta para el análisis de la prisión preventiva. Aunque Brasil ha avanzado en la protección de los derechos humanos, ya sea afirmando la Constitución o ratificando los tratados internacionales, algunas de estas garantías parecen inalcanzables desde un punto de vista práctico cuando se observan algunos preceptos normativos que autorizan la imposición casi rutinaria de la prisión preventiva.

Llobet (2018) advierte que América Latina arrastra altos índices de prisión preventiva, considerándola un verdadero *talón de Aquiles* de los procesos penales latinoamericanos, desde hace mucho tiempo y hasta estos días. Como se ve más adelante, el problema especialmente brasileño se refiere a la existencia de un código procesal penal de 1941, cuyas modificaciones posteriores, especialmente después de la promulgación de la Constitución brasileña de 1988, no fueron suficientes para eliminar su carácter inquisitivo.

Es prudente recordar que la prisión preventiva es una excepción, como ya se indicó en el análisis costarricense, debido a que es una restricción a la libertad de una persona presuntamente inocente. Esto se traduce en la indispensabilidad de valorarla como último recurso, es decir, la prisión preventiva, aunque se encuentra relacionada con la instrumentalidad del proceso es la *ultima ratio*, solo es aplicable cuando todas las demás medidas cautelares que no restrinjan la libertad personal no puedan garantizar la buena marcha del proceso.

En contraposición con esto, se tiene que entre las causales para decretar la prisión preventiva en el Código Procesal Penal brasileño, en el punto referente al *periculum libertatis*, está prevista su aplicación para *garantizar el orden público y el orden económico* o para asegurar la instrucción penal y la aplicación de la ley penal. Metodológicamente, se optó por no discutir los demás requisitos referidos al *periculum libertatis*, sino únicamente a la prisión preventiva por razón de orden público, debido a su apertura lingüística para justificar la restricción de la libertad, lo que puede producir un uso indiscriminado de esta causal.

El análisis de la figura se confronta desde la perspectiva del Estado democrático de derecho y la observancia de los derechos fundamentales, buscando aportar algunos elementos empíricos, donde evidenciaremos una realidad que todavía apunta al encarcelamiento como solución rápida, sin embargo, ineficaz, contra el aumento de la delincuencia que azota el territorio brasileño. En ese contexto, el fundamento de la prisión que se basa en el *orden público* ha sido objeto de debate desde su introducción en el ordenamiento jurídico brasileño en 1941 (Regis y Santos, 2018). Desde entonces, el derecho procesal ha sufrido varios cambios legislativos, insuficientes para borrar el autoritarismo que marcó la época en que se legisló. Consideramos fundamental llevar una contextualización histórica al lector, aunque sea de forma breve y sucinta, ya que la contextualización es metodológicamente fundamental para la comprensión del instituto objeto de estudio.

La experiencia muestra muchas veces la preocupante tendencia al simple olvido del pasado histórico y como muy bien afirma Edmundo Burke: *Un pueblo que no conoce su historia está condenado a repetirla*. Brasil en el siglo XX estuvo marcado por periodos autoritarios y dictatoriales, se debe inicialmente demostrarle al lector que este extenso territorio de América del Sur tuvo más de 300 años de esclavitud. Como destaca Patto (2017), este dato por sí solo explica muchos de las prácticas constitutivas de las relaciones ciudadano/autoridad que impregnan el tejido social brasileño e inducen numerosas consecuencias de diversos órdenes, entre ellas, el irrespeto a las garantías fundamentales.

Existen varios problemas sociales en Brasil, con una fuerte contribución de la dura época de la esclavitud, que incluso después de su abolición todavía se acentuaron, tratando a la población negra como inferior y prefiriendo la inmigración blanca para el trabajo, en lugar de garantizar la inclusión de los negros. Eran tiempos de un notorio recrudescimiento de la actuación policial en el Estado brasileño, observándose los problemas de seguridad pública solo como un caso policial (Patto, 2017).

El Código Procesal Penal brasileño fue redactado en 1941, es decir, solo 53 años después de la abolición de la esclavitud, bajo la custodia de la Constitución de 1937, que se promulgó con el objetivo de dar continuidad al poder autoritario de Getúlio Vargas, como se observa desde el preámbulo de

esa Constitución. Fue una época marcada por el autoritarismo y el encarcelamiento arbitrario y así Patto puntúa:

Flagrantemente antidemocrático, el Estado nuevo se constituyó sobre la base del autoritarismo y el terror policial, reforzando las prácticas e ideologías de control social instauradas por el régimen esclavista, pero ahora con rasgos republicanos y constitucionales, rasgos que son meramente decorativos ya que de lo que se trataba era de verdadera autocracia de excepción (p. 116).

El Código Procesal Penal brasileño, vigente hasta hoy, lleva en su esencia normas previstas e idealizadas en un periodo autoritario, marcado por una visión de que el procedimiento penal tiene la responsabilidad del mantenimiento del orden público y la contención de lo que llamaron en expansión de la criminalidad, según la exposición de la legislación publicada en ese momento. Todo el problema se vuelve más complejo por esa razón, sobre todo la prisión preventiva para mantener el orden público, porque es propia de una época en que el proceso penal no era visto como protección de garantías fundamentales, la libertad y límites al poder del Estado.

No es solo en Brasil que acarreamos este problema histórico relacionado con el hecho de que el procedimiento penal se utilizó con severidad por el Estado durante mucho tiempo, considerando la prisión antes de la sentencia un presupuesto para la búsqueda de prueba, es decir, la confesión (Prado, 2018). Lo que todavía hoy se observa es que se mantiene la idea de que el proceso penal sirve como un instrumento de defensa social y cuidado de la seguridad pública, en lugar de considerarlo una garantía de la persona imputada, lo que remite a los regímenes autoritarios arraigados.

En la actualidad, constatamos que cuanto mayor es el atractivo mediático de un determinado delito, mayores son las posibilidades de prisión preventiva a través de este razonamiento, como una forma de responder al clamor social existente. No es raro que la doctrina brasileña critique la apertura semántica que existe en la disposición de una prisión preventiva basada única y exclusivamente en el mantenimiento del orden público, que impone al juez un análisis evaluativo y una interpretación abierta para el uso del instrumento, con lo que puede desconocer los derechos fundamentales —un logro de la humanidad— para de responder al sentimiento social de venganza.

El uso de la prisión preventiva como respuesta al aumento de la delincuencia ya fue criticado por Sergio García Ramírez en una importante votación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bayarri v. Argentina*:

8. No obstante los argumentos que campean para la reducción racional de la privación cautelar de la libertad, en diversos lugares se ha observado el empleo creciente, hasta ser desmesurado, de este medio supuestamente precautorio. Esta expansión resulta de lo que he llamado la desesperación y exasperación de la sociedad —la opinión pública o las corrientes que la informan y administran— frente al auge de la delincuencia. El temor que ésta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legislador una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera.

En este importante caso, Sergio García Ramírez también advierte sobre la importancia de buscar medidas sustitutivas de la privación de libertad, ya que como ya advertimos antes, se trata de la detención de una persona todavía inocente, considerada por fuerza constitucional. La apertura semántica que da lugar a una interpretación abierta y valorativa, siempre acompañada de otros conceptos a los efectos de justificar la medida, ya ha sido objeto de varias críticas, como ya hemos señalado, entre ellas la inconstitucionalidad de esta modalidad de prisión preventiva (Arcangelo, 2021).

Seguimos este entendimiento en la medida en que la disposición legal del decreto de prisión preventiva basada en un concepto abierto como orden público importa al confundir el proceso penal como instrumento para disuadir el delito y no para proteger las garantías individuales, lo que incluso tiene una protección especial en la constitución de 1988 y en cláusulas pétreas. Si nos atenemos aún a un análisis convencional, el diagnóstico cobra todavía más peso, cabe mencionar que el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, ya había destacado el carácter excepcional de

la prisión preventiva, el rigor de los criterios de necesidad y proporcionalidad y también encontró desde este informe del 2013 que Brasil tendría una de las poblaciones carcelarias más grandes del mundo, con un número significativo de presos en espera de juicio.

Con respecto a los problemas sociales y la exclusión histórica de una parte de la población brasileña, la realidad muestra que el sistema penitenciario brasileño, además de padecer la situación de hacinamiento y precariedad a la que están sometidos los individuos (en donde convergen varias violaciones a los derechos humanos), actúa de manera selectiva. Se prefiere siempre el encarcelamiento de personas de los estratos más pobres de la sociedad (Favarin, s. f.).

El hacinamiento en las cárceles es una realidad y un problema y la detención de presuntos inocentes solo contribuyó al hacinamiento y, en consecuencia, la violación de los derechos humanos de los que estaban allí nos dejó en una situación precaria. Además de vulnerar derechos fundamentales, el hecho llama la atención porque también vulnera principios convencionales y advierte sobre los riesgos para la propia democracia, ya que la graduación democrática de un determinado Estado está íntimamente ligada con el respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Aunque la dignidad de la persona es un fundamento de la República Federativa de Brasil, el sistema penal brasileño y el uso indiscriminado de la prisión preventiva revelan que los valores democráticos todavía no están arraigados en la cultura brasileña. Esto se refleja no solo en la existencia de un código promulgado durante un periodo autoritario, sino en la constatación de que los cambios legislativos posteriores no fueron suficientes para cambiar la forma de ver el proceso penal.

Todavía se vive un obstáculo terrible para la humanización del proceso penal e incluso para su compatibilidad convencional y constitucional, en la medida en que el aumento de la delincuencia presupone una rápida respuesta de la sociedad al clamor de la prisión. Mientras se mantenga la prisión preventiva a partir de un concepto abierto e indeterminado como la preservación del orden público, mayores son las dificultades para alcanzar un proceso penal fundado en el control del poder estatal y el respeto por la libertad.

### **3. Conclusiones**

Como se dejó ver desde el inicio, este artículo buscaba analizar dos causales de prisión preventiva desde la óptica del derecho comparado. Sin embargo, partió de un prospecto de investigación mucho mayor, la evaluación constante y pormenorizada de la convencionalidad

y la constitucionalidad de los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva en Costa Rica, Brasil y toda la región.

Desde un punto de vista teórico y con el enfoque elegido, trajimos a la mesa de discusión los problemas que se relacionan con la eficacia de los derechos humanos dentro de los procesos penales, al menos en lo que concierne al encarcelamiento preventivo de personas todavía no declaradas culpables. Esta medida solo puede justificarse convencionalmente como mecanismo excepcional de aseguramiento procesal y no como primera respuesta para atender al clamor de la seguridad ciudadana.

El peligro de reiteración delictiva y la preservación del orden público no pasan de ser simples respuestas autoritarias para adelantar la pena a las personas a quienes se imputan los delitos que causan mayor rechazo social, pero por la naturaleza amplia y subjetiva de su redacción, resultan aplicables a prácticamente cualquier otro supuesto. Ambas causales solo se encuentran restringidas por la ponderación subjetiva de riesgo que haga el juzgador sobre la persona imputada en el proceso penal y no admiten ni siquiera la proposición de pruebas para cuestionar su concurrencia, sometida casi totalmente a la íntima convicción del juez y no a parámetros objetivos. Más que auténticos peligros procesales, estas no van dirigidas resguardar los fines del proceso, sino a la colectividad frente a futuras e inciertas infracciones, por parte de los sujetos investigados.

Figuras como estas evidencian que los procesos penales, necesariamente necesitan pasar por el filtro de la Constitución Política y del *corpus iuris* de los derechos humanos. Esto para asegurar que se encuentre regulado con el propósito de proteger a los ciudadanos y no perfilarse como herramienta jurídica pensada para neutralizar a *enemigos públicos*, salvaguardar la libertad y justificarse en la necesidad de regular la actuación estatal legítima y equilibrada para reprimir las conductas delictivas sin desmedro por garantías tan elementales como la presunción de inocencia.

El artículo 312 del Código Procesal Penal brasileño adopta un criterio vago para la promulgación de la prisión preventiva, es decir, la garantía del orden público, el centro de la crítica. Lo que se ve es que el texto normativo traído a debate es de 1941 y sus cambios legislativos no fueron suficientes para eliminar su carácter autoritario y causa problemas tan graves como el hacinamiento carcelario.

Por otro lado, el peligro de reiteración o continuidad delictiva en Costa Rica previsto en el artículo 239 del CPP y expandido en el 239 bis, pese a ser una norma de vieja data, polémica y con gran apertura hacia la arbitrariedad se expandió en la última modificación legislativa que lo abordó, en lugar de suprimir o restringir objetivamente su aplicación.

Siguiendo los lineamientos del sistema interamericano de derechos humanos y reconociendo los problemas que produce el empleo indiscriminado de la prisión preventiva sobre los estados de derecho, lo conveniente es la derogación de ambas causales en sus ordenamientos jurídicos. Deberían mantenerse únicamente las causales de prisión preventiva que tutelan directamente los fines de la justicia penal en términos más democráticos, léase aquellas que pretenden impedir la evasión de la justicia y la obstaculización de las investigaciones penales, con una finalidad inconfundible de aseguramiento estrictamente procesal.

## Bibliografía

- Arcangelo Fedato, M. y Kazmierczak, L. F. (2021). Análise crítica da expressão garantia da ordem pública na prisão preventiva. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 35. <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/14>
- Asamblea legislativa de Costa Rica. (1973). Ley n.º 5377, Código de Procedimientos Penales y sus reformas. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1061&nValor3=1138&strTipoM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1061&nValor3=1138&strTipoM=TC)
- Asamblea legislativa de Costa Rica. (1996). Ley n.º 7594, Código Procesal Penal y sus reformas. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297)
- Bobbio, N. A. (2004). *Era dos Direitos*. Elsevier.
- Brasil, Constituição. (1937).
- Chinchilla Calderón, R. y García Aguilar, R. (2005). *En los Linderos del Ius Puniendi, Principios Constitucionales del Derecho Penal y Procesal Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). *Informe Sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas del 3 de julio del 2017*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>
- Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1969). [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Sentencia de fondo, reparaciones y costas del primero de febrero del 2006, para el caso López Álvarez Vs. Honduras. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *Caso Bayarri vs. Argentina*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf)
- Delmanto Junior, R. (2019). *Liberdade y prisão no processo penal-as modalidades de prisão provisória y seu prazo de duração*. Editora Saraiva.
- Favari, A. P. O. (s. f.). *Controle de convencionalidade no processo penal como condição de possibilidade para um maior diálogo com os direitos humanos* (Dissertação de Mestrado). Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-UNIJUÍ. <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/6264>
- Llobet Rodríguez, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*. 1º edición. Editora Jurídica Continental.
- Lopes, J. A. (2019). *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. Saraiva Educação.

- Patto, B. J. O. (2017). Código de processo penal brasileiro 75 anos depois: uma trajetória de autoritarismos, ineficiências, descasos e retrocessos. *Revista Pensamento Jurídico São Paulo*, 11(1). <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/91>
- Regis, P. L. y Santos, D. P. (2018). *Prisão Preventiva-A Contramão da Modernidade*. Grupo GEN.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (1992). Voto n.º 14381992 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-80399>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2020). *Voto n.º 20485-2020 de las nueve horas veinte minutos del veintitrés de octubre del dos mil veinte*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-999777>
- Ziffer, P. (2013). *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. (2.ª ed.). Editorial Ad-Hoc.

## Aproximación a las falacias de apelación a la ignorancia, a la autoridad y a la misericordia en el derecho penal

*Approach to the fallacies of appeal to ignorance, authority and pity in criminal law*

Frank Harbottle Quirós<sup>1</sup>

### **Resumen**

En este trabajo se conceptualizan las falacias y se procede con su estudio dentro de la disciplina del derecho. Se parte de la idea de que los operadores jurídicos pueden incurrir en ellas con mala intención o de forma involuntaria (debido a falta de conocimiento o por torpeza). Se brinda una aproximación a las falacias de apelación a la ignorancia, a la autoridad y a la misericordia dentro del campo del derecho penal, con el objetivo de que el lector las diferencie de los argumentos válidos.

### **Palabras clave:**

Falacias, autoridad, ignorancia, misericordia, derecho penal

### **Abstract**

In this work the fallacies are conceptualized, and their study is carried out within the discipline of law. It starts from the idea that legal operators can commit these with malicious intent or involuntarily (due to lack of knowledge or clumsiness). An approach is provided to the fallacies of appeal to ignorance, authority, and pity within the field of criminal law, with the aim that the reader differentiates them from valid arguments.

### **Keywords:**

*Fallacies, authority, ignorance, pity, criminal law*

---

1 Abogado y docente universitario. Doctorando en Derecho y Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: frankharbottle@gmail.com

## Introducción

En este artículo, a partir de una revisión bibliográfica, se presenta un marco conceptual sobre las falacias y su relación con la argumentación jurídica y la lógica informal. De seguido, se procede a caracterizar las falacias de apelación a la ignorancia, a la autoridad y a la misericordia, enmarcando su estudio dentro del campo del derecho penal, con el objetivo principal de aportar insumos para que el operador jurídico distinga cuándo se está ante este tipo de yerros o engaños que afectan la eficacia argumentativa de los alegatos que plantean las partes o de las decisiones jurisdiccionales y cuándo constituyen razonamientos o argumentos válidos. Por último, se plantean las conclusiones de la investigación.

## Conceptualización de las falacias

Según lo expone Mourullo (1998) los estudios lógicos referidos al Derecho apuntan a una triple dirección a) análisis lógico del lenguaje jurídico (semiótica jurídica); b) lógica de las normas (lógica deóntica) y c) lógica de la argumentación jurídica. Sin desconocer la importancia de la semiótica jurídica y de la lógica deóntica, las próximas líneas se dedican al análisis de la argumentación jurídica, cuyo estudio —en el ámbito mundial— se ha incrementado de forma significativa en las últimas décadas.

Se afirma que la lógica formal es la lógica de la demostración, en tanto la lógica informal es la de la argumentación (Atienza, 2013). Los argumentos son más o menos fuertes, más o menos pertinentes, más o menos convincentes (Perelman, 2007).

La lógica informal no solo estudia argumentos, sino también argumentaciones, identificándose como buena la que convence y deficiente la que puede ser rebatida fácilmente. Este tipo de lógica utiliza categorías más amplias y flexibles al buscar la estructura de la argumentación correspondiente (Camacho, 2002).

Por otro lado, en un argumento (o razonamiento) únicamente interesa la relación esquemática entre proposiciones o sus términos, reducida a una estructura abstracta, en la lógica informal se tienen que analizar otros aspectos que se utilizan al argumentar, que no se pueden reducir a esquemas abstractos, pero que aparecen cuando se argumenta a favor o en contra de una conclusión en el contexto de una disputa. La ironía, los gestos, las amenazas abiertas u ocultas, la ridiculización del adversario, la apelación a la lealtad o a la autoridad, las afirmaciones irrelevantes, son ejemplos de tácticas que se utilizan como apoyo a los argumentos y algunas veces como sustitución de razones (Camacho, 2002). Estas características vuelven a la lógica informal más susceptible de falacias, tema central de esta investigación.

De acuerdo con Peñalva (2020):

Dentro de la teoría general de la argumentación, una parte sustancial es ocupada por el estudio de las falacias argumentativas (la erística, de Schopenhauer), en tanto ellas son falencias, trampas o tretas que deben ser evitadas y denunciadas por la salubridad de los razonamientos y los discursos argumentativos. La teoría específica de las falacias aparece así como un subproducto de la teoría de la argumentación, que crece en línea con ella y con la que intercambia conceptos de manera de nutrirse mutuamente, sin perjuicio de que cada una tenga funciones propias y diferenciadas. Para decirlo de otra forma: la teoría de la argumentación se ocupa de evaluar, reconstruir e interpretar los argumentos, de manera de juzgar no solo su validez, sino también la posibilidad de que provoquen el convencimiento o la persuasión; la teoría de las falacias, en cambio, es su contracara ya que se encarga del análisis de los yerros en que se puede caer y de los engaños que fueran provocados, de si los mismos pueden afectar la validez o la eficacia argumentativa del discurso, o cómo, usados deslealmente, permitirían obtener el triunfo en un debate o una decorosa defensa de proposiciones insólitas (p. 707).

La falacia puede hacer referencia a errores de razonamiento cometidos de manera involuntaria, pero también puede implicar el uso de falsos argumentos, de una manera consciente. A criterio de Portillo (2018), la incorporación de falacias al discurso usualmente tiene un carácter accidental o inconsciente (desde el punto de vista del emisor) y busca ofrecer un razonamiento que valide y, fundamente, la postura defendida ante su interlocutor. No obstante, las falacias pueden utilizarse para crear situaciones absurdas y argüir razonamientos absurdos en una conversación.

Según lo expone Fuentes (2017), dos parámetros sociales que ejemplifican y pueden explicar la ocurrencia potencial de movimientos falaces son (1) acceso limitado y no recíproco a información que puede ser relevante para la resolución de una disputa; (2) intereses creados en el resultado de una disputa que distorsionan una actitud razonable por parte de los argumentadores para resolver la diferencia de opinión según los méritos.

Las falacias pueden estar que se relacionan con una *mala intención* o *mala fe* de la persona que trata de confundir al adversario, sin embargo, se puede incurrir en ellas de manera involuntaria, por apresuramiento, por torpeza o por falta de conocimiento. Los griegos, hablaban de *paralogismos* y de *sofismas*. Por los primeros se entiende un argumento erróneo o incorrecto, a veces propiciado por su confusión o semejanza con otras formas legítimas de inferencia o de argumentación; tiene el sentido neutro de un fallo ocasional o un error cometido de buena fe, bien por falta de competencia, o bien por falta de atención. Por los segundos, en cambio, debe entenderse una estratagema o argucia argumentativa hecha a sabiendas con la intención dolosa de probar algo frente a alguien, aunque a través de una prueba de suyo fallida; o de vencerle en la discusión, aunque se violen sus reglas; o de persuadirle, aunque sea la eficacia suasoria lo único que prime (Vega, 2003).

En la actualidad, es más común hablar de falacias. Charles L. Hamblin, en su obra *Falacias* publicada en 1970 las definió como argumentos inválidos que parecen válidos (Atienza, 2013). Hamblin rescató a las falacias de sus estigmas negativos, para proponer que estas son inevitables y propias del pensamiento cotidiano y del pensamiento informal (Haidar, 2018).

La falacia debe entenderse como un razonamiento incorrecto, dotado de fuerza persuasiva y apariencia de ser un buen razonamiento (Dehesa, 2010), es decir, un tipo de argumento que puede parecer correcto, pero que demuestra después de examinarlo que no lo es (Copi y Cohen, 2007). Las falacias son argumentos estructuralmente defectuosos o tramposos (García, 2012) son tipos de argumentos engañosos que pueden inducir a error, mediante la violación de una de las reglas para construir buenos argumentos (Weston, 2011).

El esfuerzo para evitar las falacias es constante y algunas de ellas están tan arraigadas en la forma de comprender la vida y de manejar el lenguaje, que son muy difíciles de excluir, pero está claro que estar conscientes de ellas y manejarlas adecuadamente puede ayudar a que clarifiquemos mejor el pensamiento y esto puede tener una incidencia valiosísima en el trabajo cotidiano de redacción de la sentencia. Otro problema que tienen las falacias es su alto grado de persuasión psicológica. Aunque desde el punto de vista lógico resulten evidentemente falsas o incorrectas ciertas afirmaciones, está claro que muchas veces suelen resultar sugerentes y hasta clarificadoras para muchas personas (Chirino, 2004).

El término *falacia* se ha venido a mover en dos planos, el plano proporcional de los asertos o proposiciones, donde significa una creencia u opinión falsa extendida y el plano argumentativo, donde significa el razonamiento o la argumentación fraudulenta, un argumento inválido o

incorrecto que suele pasar por bueno (Vega, 2003). En resumen, la característica general de toda argumentación falaz o engañosa es que aparenta que es válida y adecuada, cuando no lo es, porque violenta alguna regla argumentativa formal, material o pragmática (Harbottle y Lemus, 2019).

Campos como la publicidad son *tierra fértil* para las falacias. Sin embargo, en el derecho también es posible ubicarlas en los planteamientos o resoluciones (de forma escrita u oral) de los distintos operadores jurídicos. De seguido, se procede con el estudio de las falacias de apelación a la ignorancia, a la autoridad y a la misericordia en materia penal.

### **Falacia de apelación a la ignorancia**

Esta falacia se presenta cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente porque no se demuestra su falsedad o que es falsa porque no se demuestra su verdad. Es decir, este razonamiento equivocado acontece cuando un sujeto afirma algo que no prueba y, no obstante, exige a otros probar lo contrario. La imposibilidad de suministrar una prueba de la tesis contraria a la suya le sirve de base para sostener que lo que afirma es correcto (Arroyo y Rodríguez, 2002). Es decir, se produce una inversión ilegítima de la carga de la prueba argumentativa (García, 2014).

Esta falacia se relaciona con la carga de la prueba de una afirmación. El esquema general puede describirse de la siguiente forma:

- a)  $x$  afirma  $p$  (donde  $x$  es una persona y  $p$  una proposición).
- b)  $x$  no ofrece ninguna prueba para  $p$ .
- c)  $x$  exige que quienes no estén de acuerdo con  $p$  prueben la negación de  $p$ .
- d) debido a que no hay pruebas para la negación de  $p$ , entonces  $p$  es verdadera.

En el punto d) puede presentarse una variante, aunque se ofrezcan pruebas en contra de  $p$ , su proponente  $x$  no las acepta, sin dar razones para rechazarlas. La estrategia seguida en esta falacia es la siguiente, afirme algo y obligue a quien lo niega a probar lo contrario, es decir, si usted afirma algo, pruébelo, es su obligación, no la mía.

Esta falacia consiste en afirmar (erróneamente) que la ausencia de pruebas, evidencias o argumentos sólidos en contra de algo (una afirmación, punto de vista, etc.) es suficiente para acreditar la verdad de la afirmación no negada o no refutada. Por esto, este razonamiento recibe el nombre de argumento *ad ignorantiam* o argumento a partir de la ignorancia (de los

elementos o pruebas en contra). Toda afirmación, punto de vista, teoría, etc., precisa para su fundamentación o justificación de elementos que apoyen esta teoría, afirmación o punto de vista, sin que la ausencia de elementos en contra implique que esta es cierta (Zorrilla, 2009).

Fernández (2011) afirma que, a fin de cuentas, esta falacia no prueba nada porque lo *prueba* todo, según cómo se formule la cuestión, la ignorancia sobre un tema determinado pueda servir para mostrar, tanto la verdad como la falsedad de una misma proposición: “Nadie ha probado que las palabras del adivino sean falsas, por lo tanto, sus palabras son verdaderas. Nadie ha probado que las palabras del adivino sean verdaderas. Por tanto, sus palabras son falsas” (p. 72).

Hay un contexto especial en el cual la apelación a la ignorancia es común y apropiada, a saber, judicialmente, donde un acusado se considera inocente hasta que no se ha probado su culpabilidad. Adoptamos este principio porque reconocemos que el error de condenar a un inocente es más terrible que el de absolver al culpable y así la defensa en un caso penal puede reclamar legítimamente que, si el fiscal no ha probado la acusación más allá de toda duda razonable, el único veredicto posible es el de no culpabilidad (Copi y Cohen, 2007).

Bonorino (2010) explica ampliamente que en el ámbito judicial existe un principio básico que obliga a considerar inocente a un sujeto acusado de cometer un delito si no se puede probar su culpabilidad, por lo que en estos casos, el argumento parece ser muy similar a la falacia que se analiza, en el sentido de que como no hay pruebas suficientes para afirmar que una persona ha cometido un delito, entonces debe concluirse que eres inocente. No obstante, advierte, que en los casos en los que se aplica el principio o presunción de inocencia se debe hacer un análisis más cuidadoso antes de sostener que los jueces utilizan falacias cada vez que absuelven por falta de pruebas suficientes. Por lo anterior, estos típicos argumentos judiciales se pueden interpretar de dos maneras diferentes:

[I]

(P) No hay pruebas que permitan afirmar que el sujeto X ha cometido abusos a menores de edad en su rancho.

(C) Por lo tanto, el sujeto K no ha cometido abusos a menores de edad en su rancho.

[II]

(P) No hay pruebas que permitan afirmar que el sujeto X ha cometido abusos a menores de edad en su rancho.

(C) Por lo tanto, el sujeto X debe considerarse jurídicamente inocente de haber cometido abusos a menores de edad en su rancho.

Se debe tenerse presente que, si los argumentos judiciales que se formulan en aplicación del principio o presunción de inocencia se entienden de la primera forma, entonces se está en presencia de una clara falacia de apelación a la ignorancia. De la falta de pruebas para apoyar la verdad del enunciado que afirma que K cometió abusos a menores de edad no se puede inferir que no los haya cometido, esto es que el enunciado que afirma que K ha cometido abusos a menores de edad sea falso.

El segundo ejemplo no se puede considerar una falacia de apelación a la ignorancia, lo cual queda más claro cuando completamos la reconstrucción incorporando la premisa tácita, el principio procesal de inocencia:

(P) No hay pruebas que permitan afirmar que el sujeto X ha cometido abusos a menores de edad en su rancho.

(PT) Si no hay pruebas que permitan afirmar que el imputado ha cometido el delito de que se le acusa, entonces debe considerarse jurídicamente inocente.

(C) Por lo tanto, el sujeto X debe considerarse jurídicamente inocente de haber cometido abusos a menores de edad en su rancho.

La conexión semántica entre las premisas y la conclusión se hace visible en esta reconstrucción completa. A esto se debe que en sentido estricto no se esté en presencia de la estructura que caracteriza a la falacia de apelación a la ignorancia.

De lo anterior se colige que, en caso de que una persona sometida al proceso penal se le atribuye un abuso sexual, pero en juicio no se pudo demostrar en grado de certeza su responsabilidad penal (por ejemplo, por falta de pruebas), debe absolvérsele por dudas (principio *in dubio pro reo*). Sin embargo, en el plano de la realidad (no en el ámbito procesal) no puede afirmarse categóricamente que era verdad que abusó de la persona menor de edad ni que era mentira que lo hiciera.

En el derecho penal, la persona imputada, en virtud del principio de inocencia y el derecho de abstención, no está obligada a demostrar que es inocente, por lo que su silencio no implica presunción de culpabilidad. Por lo tanto, constituiría una falacia de apelación a la ignorancia por parte del órgano acusador, el solo argumento de que como el encausado no

tiene pruebas que lo descarten de la comisión del delito atribuido, asumir entonces que lo hizo y es culpable (Harbottle y Lemus, 2019).

La Constitución Política de Costa Rica, en el artículo 39 dispone:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la **necesaria demostración de culpabilidad** (la negrita no corresponde con el original).

Por otra parte, el numeral 9 del Código Procesal Penal de este mismo país establece:

El imputado debe considerarse **inocente** en todas las etapas del procedimiento, **mientras no se declare su culpabilidad** en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En **caso de duda** sobre las cuestiones, **se está a lo más favorable para el imputado** (la negrita no corresponde con el original).

En consecuencia, en el proceso penal, en virtud del principio de inocencia, si el ente acusador no demuestra la culpabilidad del sujeto activo debe concluirse que es inocente. El imputado goza de un estado de inocencia y corresponde al sistema penal demostrar su culpabilidad.

Como bien sugiere Atienza (2013), aunque mediante ese argumento se absuelve al acusado por imperativo constitucional y legal, esto no significa que se le absuelva porque con certeza no cometió el hecho punible acusado. Por ende, si no se prueba con certeza en el debate que el imputado cometió el delito atribuido, eso no significa necesariamente (en aplicación del *in dubio pro reo*) que aquel con certeza no lo cometió (se incurriría en una falacia *ad ignorantiam*), sino simplemente que por razones jurídicas procesales debe absolvérsele.

Como lo plantea Peñalva (2020), desde la humanización del derecho penal, con los grandes movimientos sociales y de derechos humanos en los países modernos entre las cláusulas de sus constituciones se consagra el principio de inocencia. Aunque desde la óptica de la lógica se mira como una falacia, para las sociedades actuales es una garantía o principio.

### Falacia de apelación a la autoridad

La falacia de apelación a la autoridad (*ad verecundiam*), se apoya no en razones, sino únicamente, en alguna autoridad exterior al argumento, invita a seguir y a fiarse del criterio de quien tiene autoridad (Dehesa, 2010). Esta falacia consiste en apelar a una autoridad que carece de valor por no ser concreta, competente, imparcial o estar tergiversada (García, 2000).

Camacho (2002), afirma que esta es una falacia muy corriente, con amplia aplicación en la publicidad, donde se ve a figuras famosas de los deportes, las artes e incluso la política proclamando las virtudes de toda clase de productos. Lo importante es que el personaje sea ampliamente conocido y admirado, lo demás se presenta por añadidura. El esquema general de la falacia es *x afirma que p y p es verdadero porque x es famoso*. Es decir, se busca el convencimiento a partir prestigio de la persona o su *pericia*.

Según lo expone Peñalva (2020), la falacia *ad verecundiam* remite a la invocación de una autoridad supuesta. Se presenta un escamoteo de la obligación de suministrar razones que avalen la tesis esgrimida (más allá de que tal tesis sea o no correcta) suplida por la autenticación que de esta se hace por parte de alguien que tiene cierta fama, reconocimiento o popularidad.

Consiste en que se apela a una autoridad en cuestiones que están fuera del ámbito de su especialidad. Sostiene maliciosamente la validez de una afirmación por la autoridad personal de quien la ha formulado. No se trata de quienes son autoridades en el campo especial de su competencia (especialistas). La falacia se produce cuando la autoridad rebasa los límites de su competencia (Battú, 2020).

Esta modalidad de falacia, a criterio de Arroyo y Rodríguez (2002), se presenta cuando se acepta una afirmación por el simple hecho de haber sido emitida por alguien destacado en un ámbito de conocimiento. Se pone de ejemplo el caso de un especialista en determinada materia que opina sobre un tema ajeno a su horizonte de conocimiento particular. Lo común en estos casos es que se concluya de la siguiente forma: *Como X sabe tanto, sabe de lo que habla, pues no se arriesgaría a comprometer su prestigio*.

La falacia *ad verecundiam* en cierto modo funciona en sentido inverso a la falacia *ad hominem*, pues mientras que en esta última se pretende probar la falsedad de una afirmación con base en la descalificación personal de quien la emite. En la falacia *ad verecundiam*, en cambio, se apela a la autoridad (o al sentimiento de respeto que la gente tiene hacia

ella) como argumento para defender la verdad de una proposición determinada (Fernández, 2011, p. 73).

No toda apelación a la autoridad conduce a un argumento falaz. El conocimiento sobre muchas áreas descansa sobre la confianza que merece las opiniones de ciertos expertos de los que hemos aprendido. La apelación a la autoridad es falaz cuando la persona cuya opinión se utiliza como única premisa no tiene credenciales legítimas de autoridad sobre la materia en la que se esté argumentando (Bonorino, 2010).

La falacia *ad verecundiam* ocurre cuando se hace una apelación a personas que no tienen credenciales legítimas de autoridad en la materia en discusión. Por lo anterior, en una discusión sobre moralidad una apelación a las opiniones de Darwin, autoridad indiscutible en Biología, es falaz, como la apelación a las opiniones de un gran artista, como Picasso, para elucidar un asunto económico. No obstante, se debe tener cuidado en determinar qué autoridad es razonable para dirimir un determinado asunto y cuál se debe rechazar. Por otro lado, Picasso no es un economista, su juicio puede tener cierto peso cuando se discute el valor económico de una obra de arte y el papel de la biología en las cuestiones morales puede hacer que, en algún momento, la autoridad de Darwin en esos asuntos sea pertinente. En ocasiones, es difícil saber si un determinado *experto*, reputado como autoridad en un campo es confiable. Ese juicio ha de hacerse cuidadosamente y es posible llegar a encontrarnos con que hemos confiado en forma errónea en la autoridad de alguien tomándolo como experto. Si la reputación del experto se mantiene íntegra, sin embargo, la elección no ha de considerarse una falacia. El error se presenta cuando se recurre a una autoridad ilegítima (Copi y Cohen, 2007) debe tenerse presente que el juicio de un *experto* no siempre ni necesariamente, es una prueba conclusiva.

En el derecho penal, la falacia de autoridad puede adquirir relevancia en el momento de la interpretación jurídica (según cómo se acuda a la doctrina y a la jurisprudencia) o en el plano fáctico, al analizarse la prueba (por ejemplo, según peso probatorio que se les otorgue a determinados dictámenes periciales). Los tribunales inferiores con frecuencia invocan las decisiones de tribunales superiores para apoyar sus fallos o incluso estos últimos reiteran sus propias resoluciones del pasado como fundamento de sus decisiones. La mención de citas doctrinarias o de precedentes jurisprudenciales (verbigracia, de resoluciones de casación) no necesariamente se traduce en este tipo de falacia, por lo que puede constituir una técnica adecuada de razonamiento, en la medida en que la referencia se logre vincular con la hipótesis debatida, es decir, se evidencie la pertinencia y utilidad de acudir a tales citas.

En Costa Rica, en materias como la penal, en la que los precedentes de la Sala de Casación Penal (Sala Tercera) son orientadores para el resto de los asuntos y vinculantes solo para el caso concreto, pueden ser de utilidad al examinarse un determinado proceso, sin embargo, no son de acatamiento obligatorio (*erga omnes*) como los pronunciamientos de la Sala Constitucional, conforme a lo que dispone el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por esto, sostener el carácter inconstitucional de una disposición citando en apoyo lo que la máxima autoridad sobre la materia afirma no constituye esta falacia.

Trasladándonos al campo de la valoración probatoria, cabe precisar que, aunque en la praxis judicial se afirma que el juez es *perito de peritos*, no puede dejarse de lado que en no pocas ocasiones los conflictos judiciales (entre ellos los penales) requieren el auxilio de expertos reconocidos (artículos 213 y 214 del Código Procesal Penal) con amplio conocimiento de la materia. En los procesos se incorporan pruebas técnicas en algunos casos con un mayor o menor grado de confiabilidad y validez, las cuales deben analizarse conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 184 del Código Procesal Penal) y bajo el principio de libertad probatoria (numeral 182 del Código Procesal Penal).

Coloma (2012), refiriéndose a los argumentos de autoridad (AA) explica:

Puede pensarse, entonces, que el carácter fuerte o débil de los AA en el contexto de la sana crítica depende del estatus que es reconocido a la disciplina proveedora de conocimientos. El caso de los conocimientos científicos es más difícil, ya que en algunas situaciones operarán como argumentos fuertes (más allá de que el legislador se remita o no al examen de ADN, difícilmente serán dejadas de lado sus conclusiones) y en otras, como débiles (esto ocurre en el caso de informes sociales, psicológicos, etc.) (p. 224).

El uso adecuado del argumento de autoridad exige ciertas condiciones y está sujeto a determinados límites, si estas no se respetan se incurre en la falacia de autoridad.

- 1) La persona a quien se apela debe ser una autoridad reconocida, de prestigio en el ámbito sobre el cual se está discutiendo.
- 2) El valor del argumento de autoridad depende exclusivamente de la calidad de las *razones* que esta autoridad utiliza para defender su punto de vista. Eso significa que, en el caso de que se ofrezcan mejores razones, estas desbancan a las de la autoridad, por mucho prestigio

y reconocimiento que esta tenga en su campo. Además, conviene no usar el argumento de autoridad como excusa para no ofrecer razones en apoyo o defensa de algo (Harbottle y Lemus, 2019). En conclusión, se está en presencia de una falacia de autoridad o argumento *ad verecundiam* cuando, o bien la autoridad a quien se apela no lo es en realidad o lo es en un ámbito distinto o cuando sus razones se superan claramente por otros argumentos (Martínez, 2009).

### **Falacia de apelación a la misericordia**

Battú (2020), señala que el argumento *ad misericordiam* (llamado a la piedad), consiste en apelar a la conmiseración, a inspirar lástima, para conseguir que se acepte una conclusión determinada. Este argumento abona manejos falaces para lograr un trato especial, procurando excitar la compasión del destinatario del discurso.

Esta falacia es aquella por la que se apela a la emotividad —y no a la racionalidad— para que una conclusión se acepte. Con ella se busca despertar la empatía, la afectividad, la piedad, etc. para lograr la adhesión a una tesis que se halla huérfana de razones que la respalden (Peñalva, 2020, p. 712).

La falacia de apelación a la misericordia afirma Chirino (2004), es una falacia frecuente cuando la persona se queda sin ningún otro recurso. La persona que utiliza esta falacia no demuestra su punto de vista, sino que se limita a suplicar compasión hacia su persona. El esquema de esta argumentación es: *x afirma que p y ofrece como prueba a favor de p una situación personal de x que genera compasión.*

La lástima es a veces una buena razón para ayudar, pero es poco apropiada cuando se ha presentado una evaluación objetiva (Weston, 2011) o en el ámbito legal, donde se espera que el juez resuelva el conflicto de manera imparcial, apegado al ordenamiento jurídico vigente, los hechos y las pruebas. En sede penal no es suficiente para el dictado de una sentencia absolutoria el imputado se arrepienta, pida disculpas y alegue situaciones penosas por las que pasó. Si es clara la culpabilidad del acusado en la comisión del delito, la defensa puede apelar a la situación difícil por la que pasaba el delincuente para provocar compasión en el tribunal, sin embargo, eventualmente puede lograr una pena menor, pero no conseguir la absolución.

Por ejemplo, en Costa Rica, el artículo 71 inciso g) del Código Penal contempla como un aspecto para tomar en cuenta para fijar la sanción el que la persona sentenciada sea mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y la manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando este haya influido en la comisión del hecho punible. Como complemento, el numeral 72 párrafo 2° del Código Penal establece que cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio puede disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal.

En realidad, la situación por la que pasa la persona acusada es independiente del hecho de que este, de acuerdo con los parámetros legales, cometa o no el delito. Las dificultades por las que atraviesa el individuo, en principio, no suponen que no cometiera el delito o que no le corresponda jurídicamente la sanción establecida por el tipo penal. Se reitera que la incidencia puede presentarse en lo que respecta a la escogencia del monto de la pena o del tipo de sanción (en caso de que el tipo penal disponga, verbigracia, que puede ser prisión o multa).

Para una mejor comprensión, resulta oportuno hacer referencia a los siguientes ejemplos expuestos por Bonorino (2010).

[I]

(P) El imputado es padre de tres hijos y único sostén del hogar, tuvo una terrible infancia y se encontraba sin empleo desde hace tres meses.

(C) El imputado no ha cometido el hurto del que se le acusa.

[II]

(P) El imputado es padre de tres hijos y único sostén del hogar, tuvo una terrible infancia y se encontraba sin empleo desde hace tres meses.

(C) El imputado debe castigarse con la pena mínima establecida por la ley para el delito del que se le acusa.

La estructura básica de este tipo de argumentos es:

(P) Quien emite la afirmación P (o aquel del que se habla en P) se encuentra en una penosa situación.

(C) P es verdadera (o falsa).

Para evaluar si se trata de un uso falaz, se debe reconstruir el argumento y evaluar la conexión que existe entre lo que se afirma en las premisas y la conclusión.

En el primer ejemplo [I] se está ante un uso falacioso, pues se pretende apoyar como conclusión que el sujeto digno de piedad ha realizado o dejado de hacer, ciertas acciones en el pasado. No es relevante para determinar si un hecho ha ocurrido —o si una acción constituye la comisión de un delito— la situación penosa en la que se encuentra quien hace la afirmación (o en la que se encontraba el sujeto sobre quien se la formula). No obstante, sí lo es [II] si con esto se pretende atenuar su responsabilidad a los efectos de graduar la pena que le debe ser impuesta.

### Conclusiones

En la teoría general de la argumentación, las falacias ocupan un lugar importante. Un razonamiento válido puede convencer al igual que una falacia si no se detecta (al estar dotada, en no pocas ocasiones, de fuerza persuasiva y apariencia de ser un buen razonamiento).

La falacia es contraria a las reglas de la argumentación. Puede deberse a errores de razonamiento cometidos de forma consciente o involuntaria. La falacia de apelación a la ignorancia es particularmente común ubicarla en el contexto judicial y de manera concreta, en el ámbito penal. La persona imputada, en virtud del principio o presunción de inocencia, no está obligada a demostrar que es inocente. Por lo tanto, constituiría una falacia de apelación a la ignorancia, el que se argumente que al no existir pruebas que descarten la comisión del delito atribuido entonces es culpable. A la vez, si no se prueba con certeza en el debate que el imputado cometió el delito atribuido, eso no significa necesariamente (en aplicación del *in dubio pro reo*) que aquel con certeza no lo cometió, sino simplemente que por razones jurídicas procesales debe absolvérsele.

En el derecho penal, la falacia *ad verecundiam* (apelación a la autoridad) puede adquirir relevancia en el momento en que se llevan a cabo interpretaciones jurídicas (según cómo se acuda a la doctrina y a la jurisprudencia) o en el plano fáctico, al analizarse la prueba (verbigracia, según peso probatorio que se les otorgue a determinados elementos probatorios). Se está en presencia de esta falacia cuando, o bien la autoridad a quien se apela no lo es (no tiene las credenciales legítimas) o lo es en un ámbito distinto o cuando sus razones claramente se superan con otros argumentos.

La falacia *ad misericordiam* también es posible encontrarla en la praxis penal. No es suficiente para el dictado de una sentencia absolutoria el que la persona imputada se arrepienta, pida disculpas y alegue situaciones penosas por las que pasó. Si es clara la culpabilidad del acusado en la comisión del delito, la defensa puede apelar a la situación difícil por la que pasaba esta persona para provocar compasión en el tribunal y quizás lograr la imposición de una pena menor, pero no para una sentencia absolutoria (salvo que, según el caso, excepcionalmente tuviese alguna incidencia en alguno de los niveles de la teoría del delito, lo cual debe argumentarse).

## Referencias

- Arroyo Gutiérrez, J. M. y Rodríguez Campos, A. (2002). *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*. Editorial Jurídica Continental.
- Atiienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Editorial Trotta.
- Battú, N. (2020). *Falacias y manejos falaces con impacto jurídico: ideas para detectarlos y neutralizarlos*. Ediciones Universidad Nacional del Litoral.
- Bonorino Ramírez, P. R. (2010). ¿Qué es una falacia? En P. R. Bonorino (Ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*. Bubok.
- Camacho Naranjo, L. (2002). *Introducción a la lógica*. Libro Universitario Regional.
- Chirino Sánchez, A. (2004). Las Falacias. En *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia.
- Coloma Correa, R. (2012). La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica. *Revista de Derecho Valdivia*, 25(2), 207-228. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n2/art09.pdf>
- Copi, I. y Cohen, C. (2007). *Introducción a la lógica*. Limusa.
- Dehesa Dávila, G. (2010). *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Fernández Ruiz, G. (2011). *Argumentación y Lenguaje Jurídico*. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de la Nación. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Fuentes Bravo, C. y Santibáñez Yáñez, C. (2017). Las falacias en las teorías contemporáneas de la argumentación. *Logos*, 27(1), 62-72. [https://revistas.userena.cl/index.php/logos/article/view/827/pdf\\_55](https://revistas.userena.cl/index.php/logos/article/view/827/pdf_55)
- García Damborenea, R. (2000). *Uso de la Razón*. Diccionario de Falacias. Biblioteca Nueva.
- García Restrepo, L. (2014). *Elementos de Lógica para el derecho*. Editorial Temis.
- Haidar, J. (2018). Las falacias de la posverdad: desde la complejidad y la transdisciplinariedad. *Revista Oxímora*, 13, 1-16. <https://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/22330/23901>
- Harbottle Quirós, F. y Lemus Víquez, F. (2019). *Falacias*. Una aproximación teórico-práctica en el Derecho. Investigaciones Jurídicas S. A.
- Martínez Zorrilla, D. (2009). *Una breve introducción a la argumentación*. FUOC.
- Mourullo Rodríguez, G. (1998). *Aplicación Judicial del derecho y la Lógica de la argumentación jurídica*. Cívitas.
- Peñalva, G. (2020). El falaz problema de las falacias y el derecho. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 17(50), 699-725. <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/9747>
- Perelman, C. (2007). Lógica Formal y Lógica Informal. *Praxis Filosófica*, 25, 139-144.
- Portillo Fernández, J. (2018). El uso de falacias en la comunicación absurda. *Logos*. 28(2), 443-458. <https://dx.doi.org/10.15443/rl2832>
- Vega Reñón, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Montesinos.
- Weston, A. (2011). *Las claves de la argumentación*. Editorial Planeta.

## La prescripción y la caducidad en el proceso contencioso administrativo

*Prescription and expiration in the contentious-administrative process*

Dr. Erick Solano Coto<sup>1</sup>,  
Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología

### Resumen

El inciso k) del artículo 66 del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley n.º 8508, ha incluido, dentro de la lista de defensas previas oponibles al contestar la demanda o contrademanda, tanto la prescripción como la caducidad del derecho, siempre y cuando *sean evidentes y manifiestas*. Esto implica que, en caso de no tener esas condiciones pueden invocarse, no ya como una defensa previa, sino para el análisis de fondo.

Pese a la regulación que hacen los artículos 39 y 41 de ese Código, los efectos jurídicos de ambas pueden asemejarse, por lo que es factible que exista confusión respecto a cuándo se debe aplicar una u otra figura dentro del proceso judicial contencioso administrativo, esto para garantizar un acceso a la justicia con estricto apego al ordenamiento jurídico. A esto se debe que los criterios jurisprudenciales, tanto del Tribunal Contencioso Administrativo como de la Sala Primera, sirvan para definir y entender cuál es la aplicación de cada una, a partir de las valoraciones que hacen en los conflictos que se someten a su conocimiento, como órganos judiciales con capacidad y competencia para esto.

### Palabras clave:

Caducidad, prescripción, contencioso administrativo

### Abstract

Paragraph k) of article 66 of the Contentious-Administrative Procedure Act n.º 8508, has included, within the list of previous defenses that can be enforced when answering the

1 Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Jefe de Cátedra de Derecho Procesal y Profesor de Grado y Posgrado de la Escuela de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT). Este trabajo se ejecuta a partir de los ensayos jurídicos elaborados por los estudiantes de Derecho Procesal Administrativo del tercer cuatrimestre del año 2021: Kelly Araya Aragón, Jared Calderón Mora, Génesis Garro Murillo, Juan Manuel Lozano Arce, Catalina Retana Mora y Pablo Zúñiga Rodríguez.

claim -or counterclaim-, both the prescription and the expiration of the right, as long as they “are evident and manifest”; which means that, if they do not have these conditions, they could be invoked, not as a prior defense, but as a substantive argument.

Despite the regulation made by articles 39 and 41 of that Act, the legal effects may be similar, so it is possible that there is confusion regarding when one or another figure should be applied within the contentious-administrative judicial process, to guarantee an access to justice with strict adherence to the legal system. Hence, the case-law criteria, both of the Contentious Administrative Court and of the First Chamber, serve to define and understand what the correct application is of one and the other, based on the evaluations they make in the conflicts that are submitted to their knowledge as judicial bodies with the capacity and competence to do so.

### **Keywords:**

Expiration, prescription, administrative litigation.

## **7. Introducción**

Tanto la prescripción como la caducidad permiten finalizar, de manera anticipada, los procesos judiciales, siempre y cuando su admisibilidad y su declaratoria resulten procedentes, después de haber sido analizadas y valoradas por las personas juzgadoras. Sin embargo, ambas figuras suelen llevar a confusión cuando se aplican y pese a ciertas similitudes, no son idénticas, pues atienden a una naturaleza y a unos efectos diferentes. A esto se debe que surjan las interrogantes: ¿Cuándo aplica una y cuándo la otra? y ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de su invocación y declaratoria?

Cabe indicar que el Código Procesal Contencioso Administrativo incorpora tanto la caducidad como la prescripción a través de su artículo 66, inciso k), incluidas dentro de la lista de defensas previas que puede oponer la parte procesal que contesta la demanda —o contrademanda— en un proceso contencioso administrativo o civil de hacienda, además, el Código, a partir de la redacción de los vigentes artículos 39 y 41, fija los plazos que rigen para cada una de estas figuras. A lo anterior se debe añadir la caducidad procesal, como remedio para garantizar agilidad en el proceso, a la luz de lo que estatuye el artículo 112 *bis*.

Por consiguiente, resulta de la mayor importancia analizar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo, considerando algunas de las resoluciones que ha dictado durante el último quinquenio (2016-2021), en las que ha abordado tanto la caducidad como la prescripción. Esto sin dejar de lado el criterio que también ha emitido la Sala Primera, a efectos de lograr un estudio actualizado y útil entre las ciencias jurídicas, con énfasis en la sede contencioso-administrativa.

## 8. Definición de caducidad y prescripción

Según se define el Diccionario Jurídico (Fernández Martínez, 2003), la caducidad:

Surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización.

A mayor abundancia, el citado Diccionario determina que la caducidad, en contraposición a la prescripción: “Es **apreciable de oficio** y solamente opera en los casos taxativamente determinados por la Ley” (lo resaltado se suple). Esto esboza una de principales características, reconocida unánimemente por la doctrina, como es la posibilidad de declararla, de manera oficiosa, por parte de la autoridad judicial, en este caso particular bajo análisis, sin defecto que pueda corresponder a una administrativa (Pérez Vargas, 1991).

Por otra parte, el Código Procesal Contencioso Administrativo, en el artículo 39, regula la caducidad, de manera taxativa, en lo que concierne a la posibilidad de proceder con la interposición de una demanda de naturaleza contencioso-administrativa:

### ARTÍCULO 39.-

- 1) El plazo máximo para incoar el proceso será de un año, el cual se contará:
  - a) Cuando el acto impugnado deba notificarse, desde el día siguiente al de la notificación.

- b) En el caso de que el acto deba comunicarse mediante publicación, desde el día siguiente a la única o última publicación.
  - c) En los supuestos de actuaciones materiales, a partir del día siguiente a la cesación de sus efectos.
  - d) En los supuestos de silencio positivo, cuando quien lo impugne sea un tercero, desde el día siguiente a aquel en que se ejecute el respectivo acto en su contra.
  - e) En el supuesto del proceso de lesividad, a partir del día siguiente a la firmeza del acto que la declara.
- 2) La nulidad declarada en el proceso incoado, dentro del plazo establecido en el presente artículo, tendrá efectos retroactivos. La misma regla se aplicará para el caso del proceso de lesividad interpuesto dentro del año previsto en el artículo 34 de este Código.

De su redacción se colige que existe un plazo *fatalísimo* de un año, en el que necesariamente la parte interesada debe accionar, ejerciendo ese derecho. Caso contrario, ante la pasividad o inanición, habiéndose cumplido el plazo indicado, la consecuencia automática y objetiva es la pérdida de esa facultad de ejercer el derecho de accionar.

Lo anterior, sin olvidar que también existe en el Código Procesal Contencioso Administrativo, a partir de una reforma del año 2019, la caducidad procesal, aplicable a los casos en los que la parte actora ha faltado al impulso del proceso por una situación que es de su entera responsabilidad, como se colige -en lo conducente- del artículo 112 *bis*:

**Artículo 112 bis - Caducidad.** La caducidad del proceso sucederá cuando por culpa del actor no se haya procurado su curso por un término superior a los seis meses y no haya recaído sentencia de primera instancia en el asunto, y podrá ser dictada de oficio, a solicitud de parte o a petición de cualquier persona que tenga interés legítimo. Una vez gestionada la caducidad, se dará audiencia a la contraparte por un plazo de tres días hábiles improrrogables.

En este caso, el efecto deriva del descuido y despreocupación que ofrece, durante más de un semestre, quien debe mostrar mayor interés en el buen desarrollo, agilidad y continuidad del proceso, pues quién si no es la parte actora la que busca que el proceso siga su curso hasta

lograr el dictado de la sentencia, preferiblemente a su favor. Por esto, el legislador ordinario ha optado, vía reforma al texto originario del Código, la incorporación de la caducidad procesal; modificación que no solo se hace para mantener a la parte actora con pleno interés y compromiso hacia el proceso y su buen curso, con lealtad y buena fe procesal, sino también a efectos de archivar oportunamente aquellos expedientes con caducidad.

Respecto a la prescripción, González (2019) recuerda que hay dos tipos, la adquisitiva y la liberatoria o negativa. Esta **última** es la que concierne al objeto bajo análisis, por lo que se trata de la vertiente de la institución jurídica que, en común con la caducidad, con el transcurso del tiempo termina por consolidar situaciones y extingue toda posibilidad de ejercer el derecho. Ha de remitirse al artículo 41 del Código Procesal Contencioso Administrativo para ubicar su regulación, tanto para asuntos civiles de hacienda como de **índole** tributaria, conservando en ambos casos la naturaleza negativa de la figura:

**ARTÍCULO 41.-** El plazo máximo para incoar el proceso será el mismo que disponga el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo que se discute en los siguientes supuestos:

- 1) En materia civil de Hacienda.
- 2) En materia tributaria, incluso el proceso de lesividad.

Indefectiblemente, en el caso del artículo 41, el legislador ordinario ha optado por estatuir de manera expresa que se trata de un plazo de prescripción, aunque no lo abarca explícitamente, remitiendo para esto a las normas en las que se regulan, de manera sustantiva, los derechos de fondo que se terminan reflejando y traduciendo en obligaciones dinerarias. Ante las definiciones, tanto doctrinarias como normativas, que constan en los párrafos precedentes es importante que atienda el objetivo de la presente investigación acudir a los criterios emitidos por el Tribunal Contencioso Administrativo y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia para identificar cuál ha sido el análisis esgrimido por estos **órganos** judiciales. Esto a efectos de admitir o rechazar, según corresponda, la invocación de la caducidad o prescripción como argumento de defensa de las partes en el proceso.

### **3. Análisis jurisprudencial de la caducidad y la prescripción**

Concerniente a la caducidad procesal, el Tribunal Contencioso Administrativo, en su sentencia n.º 17-2021, afirma que se trata de: “Una sanción por inactividad procesal por seis meses, debido a la desidia o inercial del actor y no por factores que le son ajenos. Se

**fundamenta en los principios de economía procesal, tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, seguridad jurídica y el derecho a la paz social”** (lo resaltado no obedece a su versión original, se suple) y que, a la vez, sustenta en el criterio de la Sala Constitucional.

En efecto, el Tribunal garante de la Norma Fundamental ha indicado, por medio de su voto n.º 7604-09, que la caducidad procesal:

**Constituye un remedio procesal apegado a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad por tratarse de medio año, plazo que una vez transcurrido se sanciona por constituir inactividad culpable de la parte que falta al deber legal de proseguir el juicio. Esta figura responde a los principios de economía procesal y seguridad jurídica; y al interés del Estado de liberar a sus propios órganos de las obligaciones derivadas de la existencia de la relación procesal. Así las cosas, la caducidad constituye también en el proceso contencioso administrativo una figura válida de rango legal que busca resguardar la seguridad jurídica.**

A la vez, por medio de la sentencia n.º 15662019, el Tribunal Contencioso Administrativo advierte que la naturaleza de la caducidad no consiste en finalizar los procesos, pues este es más bien su efecto, como se desprende de esa resolución:

El Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA) **establece el impulso procesal de oficio como regla**, por lo que, en la jurisdicción contencioso-administrativa, **la caducidad no se contempló como un modo de finalización del proceso**. Con esa visión, la normativa otorga a la persona juzgadora poderes suficientes para impulsar el proceso en procura de alcanzar la resolución final y así, se ejerza un control efectivo del ejercicio de la función administrativa garantizando el respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, según lo disponen los artículos 49 de la Constitución Política y 1, 36 y 82 CPCA. No obstante, a pesar de lo anterior, **en el proceso existen aún ciertos actos donde el impulso del proceso sigue sometido a la voluntad de las partes intervinientes**. Como resulta de eso, existen situaciones donde las partes omiten indefinidamente una determinada actuación procesal que es carga exclusiva de ella, sin que el tribunal pueda impulsar el proceso de oficio

o sustituirle. **Retardando en consecuencia, la solución del conflicto, circunstancia que se traduce no sólo en una violación a la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva, sino incluso desde una perspectiva económica, en mayores costos para las partes y la Administración Pública, derivados de mantener detenido innecesariamente el sistema jurisdiccional (los resaltados se suplen).**

Con esto se confirma que la caducidad procesal no es un fin que busca convertirse en una solución alterna para dar por finalizado de manera anticipada el proceso, sino que, para garantizar seguridad jurídica, impone un plazo objetivo para la ejecución de una acción, con la consecuente afectación de perder definitivamente la posibilidad de ejercerla, una vez que se ha constatado el cumplimiento del periodo fijado por la norma legal.

Respecto a la importancia que reviste allende de las partes procesales, el Tribunal Contencioso Administrativo también ha ponderado el interés público que se debe satisfacer, como consta en su sentencia n.º 551-2018:

La caducidad opera entonces, como un hecho derivado de la inactividad de la parte interesada y tiene como fin evitar que el proceso se mantenga inactivo y se prolongue en tal estado de manera excesiva o indefinida. Por ende busca **otorgar seguridad jurídica tanto a las otras partes, como a la colectividad misma, y proteger con dicha certeza el interés público (lo resaltado se suple).**

Por otra parte, en lo que atañe a la caducidad como defensa previa interpuesta por la parte demandada, cabe remitir a lo manifestado en la resolución de la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo n.º 149-2016-VI, que se refiere en los siguientes términos:

Es posible concluir que **este proceso fue interpuesto en tiempo, esto es, dentro del plazo anual de caducidad** establecido en la normativa que rige la materia. Y ello es así, por cuanto, la data de aquella decisión lo fue el veinte de setiembre del dos mil doce, y la interposición de esta acción lo fue el diecinueve de setiembre del dos mil trece **-hecho probado 34.) -**, es decir, **ni siquiera sobrepasó aquel plazo. Consecuentemente, procede el rechazo de la defensa previa privilegiada opuesta.** Se procede entonces con el análisis de fondo del asunto planteado (los resaltados se suplen).

En una clara demostración de que se debe tener por efectivamente acreditado, de manera inequívoca, el cumplimiento del plazo de un año que fija el artículo 39 del Código. Esto a efectos de admitir la caducidad como causal para dar por finalizado anticipadamente el proceso, por el transcurso del tiempo sin que la parte interesada hubiese actuado oportunamente, tal cual viene predeterminado por la normativa aplicable.

Nótese que la caducidad como instrumento jurídico se circunscribe a un criterio objetivo, la falta de ejercicio de un derecho dentro del término preestablecido. Esa conducta que establece la norma jurídica es la que se debe cumplir para impedir que se configure la caducidad y proceda su declaratoria, extinguiéndose fatalmente el derecho.

En lo que concierne a la prescripción, cabe indicar que es un instrumento jurídico más noble si se compara con la caducidad, porque eventualmente —una vez confirmado el cumplimiento del plazo— puede causar afectación a un derecho preexistente. Esto en contraposición a la caducidad, que opera sobre un derecho que surge y puede hacerse efectivo y eficaz si se ejerce dentro del plazo perentorio, como lo afirma la Sala Primera en la sentencia n.º 97-2004:

**La prescripción afecta a derechos que han nacido con vida, en principio ilimitada, y sólo por su inactividad durante un plazo, generalmente prolongado, pueden quedar extinguidos. La caducidad por su parte, afecta a derechos que la ley o la voluntad de particulares concede con vida ya limitada de antemano para su ejercicio, por lo que se extinguirán fatalmente cuando haya transcurrido el plazo (los resaltados se suplen).**

Trascendental resulta el criterio esbozado por la Sala Primera en su sentencia n.º 934-2018, manteniendo uniformidad en su tesis previa, al indicar en lo conducente:

**En síntesis, en los procesos denominados civiles de hacienda, no hay caducidad de acción sino prescripción de derechos, dado que en estas causas, se ejercen pretensiones de carácter económico, como es el caso de los procesos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, naturaleza que ostenta el presente asunto. La prescripción es una institución jurídica de regulación legal, en virtud de la cual, se adquieren o se extinguen derechos, por haberse agotado un tiempo fijado por la ley. La caducidad, por su parte, es una figura mediante la cual,**

**ante la existencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde el poder jurídico de entablar la acción correspondiente (lo resaltado es suplido).**

Obsérvese la clara diferenciación que ensaya la Sala Primera, en cuanto a la prescripción y la caducidad, al afirmar que a raíz de la primera se pueden extinguir o adquirir derechos, consecuencia del paso del tiempo, ergo, primero se ostenta el derecho y por el cumplimiento de un plazo definido previamente se pierde o adquiere. En contraparte, en el caso de la caducidad, el derecho surge, de manera sobrevenida, a una situación que le antecede y en una ventana de tiempo se debe ejercer, so pena de perderse, de manera irreversible. Esto, no como una transgresión arbitraria y deliberada para perjudicar al derechohabiente que no actúa a tiempo, sino para resguardar la seguridad jurídica en atención al interés público.

Finalmente, cabe invocar lo que ha expuesto la Sala Primera en su sentencia n.º 215-2019, que resume de manera acertada ambas figuras jurídicas:

Recuérdese, la prescripción extintiva, como reiteradamente ha sostenido este órgano decisor, también denominada negativa o liberatoria, es una institución **creada para tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas. El ejercicio oportuno de las acciones y los derechos, podría decirse, está asistido de un interés social.** Por tal motivo, la postergación indefinida acarrea duda y zozobra en los individuos y amenaza la estabilidad patrimonial. El instituto de mérito propende, precisamente, a eliminar las situaciones de incerteza, producidas por el transcurso del tiempo, en las relaciones jurídicas (el resaltado se suple).

#### **4. Conclusiones**

A partir de las consideraciones realizadas con base en las resoluciones judiciales, tanto del Tribunal Contencioso Administrativo como de la Sala Primera e incluso de la Sala Constitucional, quedan esclarecidas fehacientemente las semejanzas entre la prescripción y la caducidad, plazo establecido legalmente con efecto extintivo (para el presente análisis es el que concierne), en apego al principio de legalidad y la posibilidad de invocarlos al exponer los argumentos de defensa. Esto como una forma de terminación anticipada del proceso judicial, en caso de que se logre constatar indubitadamente el cumplimiento del plazo.

En idéntico sentido, quedan claras las diferencias que inician con la posibilidad de que la declaratoria de caducidad se puede llevar a cabo, de manera oficiosa o a petición de parte, mientras que la prescripción está reservada para invocarse **únicamente** por la parte. Esto aunado a que en el caso de la caducidad el derecho surge para un periodo específico en el que necesariamente ha de ser ejercido para preservarlo, en tanto que en el caso de la prescripción el derecho existe y solo por el transcurso del tiempo puede implicar el efecto extintivo que impedirá seguir disfrutándolo.

Según lo anterior, los criterios jurisprudenciales se muestran unívocos e incontrovertidos, lo que facilita la comprensión teórica y práctica de ambos instrumentos jurídicos. Queda de manifiesto que su incorporación al proceso judicial contencioso administrativo tiene por finalidad, más que *castigar* a la parte cumplir con el interés público de garantizar total certeza y seguridad jurídica, propia de un Estado de derecho con pleno acceso a la justicia.

## 5. Referencias

Fernández Martínez, J. M. (2003). *Diccionario Jurídico* (4.<sup>a</sup> Ed.). Editorial Thomson-Aranzadi.

González, P. (2019). *Prescripción y Caducidad: diferencias. Plazos. Cuadro explicativo.*

ILP Abogados. <https://www.ilpabogados.com/prescripcion-y-caducidad-diferencias-cuadro-explicativo/>

Pérez Vargas, V. (1991). *Derecho Privado* (2.<sup>a</sup> Ed.). Litografía e Imprenta LIL, S. A.

Sala Constitucional. (2009). Resolución n.º 7604-09.

Sala Primera. (2004). *Resolución n.º 97-2004.*

Sala Primera. (2018). *Resolución n.º 934-2018.*

Sala Primera. (2019). *Resolución n.º 215-2019.*

Tribunal Contencioso Administrativo. (2016). *Resolución. n.º 149-2016-VI.*

Tribunal Contencioso Administrativo. (2018). *Resolución n.º 551-2018.*

Tribunal Contencioso Administrativo. (2019). *Resolución n.º 15662019.*

Tribunal Contencioso Administrativo. (2021). *Resolución n.º 17-2021.*

## La delegabilidad de proyectos de ley de mayoría calificada en comisiones legislativas plenas

*The delegability of qualified majority bills in full legislative committees*

Luis Paulino Mora Lizano  
Profesor universitario

### **Resumen**

El presente artículo trata de la viabilidad jurídica de modificar, directamente por parte de una comisión legislativa plena, un texto que ponga en entredicho la delegabilidad de una propuesta, por requerirse de una mayoría calificada para su aprobación. Lo anterior toma en cuenta que, de conformidad con el artículo 52 inciso 1) del Reglamento de la Asamblea Legislativa (RAL), estos órganos están compuestos únicamente por 19 diputaciones. Para esto, se analiza el desarrollo histórico del funcionamiento parlamentario a través de comisiones y, en particular, de aquellas con competencia para adoptar leyes.

### **Palabras clave**

Derecho parlamentario, comisiones legislativas y delegación.

### **Abstract**

The subject of this article is to decide about the legal viability of modifying, directly by a committee with legislative powers, a bill that questions its delegability, as a qualified majority is required for its approval. The latter considering that, in accordance with article 52, subsection 1), of the Regulations of the Legislative Assembly (RAL), these bodies have only nineteen members. To do this, the historical development of the parliamentary functioning through committees is analyzed, especially of those that are able to approve acts.

### **Keywords**

Parliamentary Law, legislative committees, delegation.

### **Sobre las comisiones parlamentarias<sup>1</sup>**

Se puede afirmar con Elia (citado en Recoder de Casso *et al.*, 2001), que como el funcionamiento del parlamento en asamblea caracterizó la dinámica del constitucionalismo clásico, el parlamento en comisión es el prevalente de los regímenes democráticos contemporáneos.

Estos órganos constituidos por regla general por un número reducido de miembros nacen originalmente con la función de instrucción o preparación de las actividades posteriores del pleno, sobre todo la legislativa, con el fin de hacer estas fases previas más versátiles, expeditas, útiles y funcionales.

Lo anterior sobre todo por razones prácticas, pues garantizar la participación de la totalidad los miembros de un órgano tan numeroso como el plenario, al mismo tiempo que la eficiencia y agilidad en la toma de las decisiones preparatorias constituye prácticamente una paradoja. De esta manera, es probable que ya para el siglo XIV existieran en Inglaterra comisiones especiales o *select committees* en la Cámara de los Comunes, pero solo se dispone de datos precisos de su funcionamiento a partir del siglo XVI.

Las comisiones permanentes o *standing committees*, sin embargo, nacen como tales en los EE. UU. en 1800, propiciadas por un sistema presidencialista que favorecía la diferenciación entre los poderes ejecutivo y legislativo, cuestión que no era del todo clara en los regímenes parlamentarios europeos. Esta es la razón por la cual en ese sistema han tenido un gran desarrollo y preponderancia, a tal grado que se puede afirmar junto con Burdeau (1974), que en el régimen estadounidense la ley es, casi siempre, lo que las comisiones quieren que sea.

Lo anterior incluso teniendo en cuenta que la Asamblea Nacional francesa de 1789 había establecido órganos de esta naturaleza, ya que estos se prohibieron rápidamente con la Constitución del Directorio del año III. No reaparecerían, a excepción de un breve intervalo ocurrido entre 1807 y 1814, sino hasta el establecimiento de las reformas reglamentarias de 1902, las cuales posteriormente serían retomadas por la Constitución de la V República, aunque con una configuración menos preponderante.

Esto se explica en el hecho de que, en los sistemas parlamentarios, la existencia de comisiones permanentes se consideró en sus inicios como una duplicidad con relación a las instancias administrativas y ejecutivas que se encargan de los mismos temas, cuando no una abierta e indeseable intromisión.

<sup>1</sup> En general con relación a este punto cfr. Alonso de Antonio *et al.* (2000) y Recoder de Casso *et al.* (2001).

Sin embargo, debido al auge de las fracciones que vinieron a sustituir en buena medida la representación individual de los parlamentarios, así como la creciente actividad estatal, las comisiones poco a poco aumentaron su relevancia. En efecto, mientras el sistema representativo tuvo características individuales, el fraccionamiento del parlamento no fue posible. Sin embargo, cuando las bancadas se convirtieron en los sujetos de la actividad legislativa, la división del trabajo y la especialización fueron las consecuencias inevitables.

Definitivamente, un diputado no estaba en capacidad de estar presente en todas las comisiones, pero las bancadas consideradas colectivamente, al menos las más determinantes, sí podían estarlo. Por esto, junto con la mayor preponderancia de estos órganos es frecuente encontrar la norma del mantenimiento de la proporcionalidad de la representación en su seno<sup>2</sup>.

Es así como en Inglaterra las comisiones permanentes no aparecieron, sino hasta 1822 y en forma anecdótica, motivadas más por el empeño de Gladstone por superar el obstruccionismo irlandés que en determinaciones teóricas. Antes de esa fecha, la instrucción de los proyectos se hacía en comisiones especiales o a cargo de la propia cámara actuando como comisión general, sea en calidad de Committee of the Whole House, en cuyo seno los proyectos podían debatirse con mayor flexibilidad que en las reuniones plenarias.

La configuración actual de las comisiones inglesas viene dada en buena medida por la propuesta de 1878 de Sir Thomas Erskine May, según la cual estos órganos están capacitados para llevar a cabo deliberaciones sobre proyectos de ley, pero en el marco de las líneas básicas que hayan sido fijadas por el pleno. Por otra parte, en Alemania, el procedimiento legislativo diseñado en la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 contemplaba con claridad la existencia de comisiones, aunque existen otros antecedentes quizás no tan claros de estos órganos. Asimismo, en Italia las comisiones permanentes tuvieron su origen en 1920, durante la experiencia prefascista, lo que coincidió con el nacimiento de los grupos parlamentarios.

En cuanto a España, el Reglamento Interior de las Cortes Constituyentes de 24 de noviembre de 1810 hablaba de comisiones particulares de carácter fijo y comisiones especiales. Estas fueron reguladas después en la Constitución gaditana, que les encomendaba el análisis previo

---

2 Ver en este sentido lo establecido en los artículos 52 inciso 1), 55 inciso 1), 67 párrafo segundo y 88 inciso 3) RAL.

de los proyectos de ley que, por la gravedad del asunto tratado así lo requiriesen, a juicio de las Cortes<sup>3</sup>.

Por otra parte, el Reglamento del Congreso de los Diputados de 14 de febrero de 1838, hacía referencia por primera vez, en el artículo 85, a seis comisiones de carácter permanente, a saber, actas electorales, presupuestos, examen de cuentas, peticiones, gobierno interior y corrección de estilo. Sin embargo, el Reglamento de 1847 marca un predominio de las comisiones especiales, que se corrigió posteriormente a favor de las permanentes por el Reglamento Interior de la Cortes Constituyentes de 5 de agosto de 1873, aunque durante la Restauración estas se suprimieron hasta la reforma reglamentaria de 24 de mayo de 1918.

Posteriormente, el Reglamento de 1934 y los sucesivos mantendrían las comisiones permanentes, aunque con la posibilidad de nombrar especiales.

### **Sobre la evolución histórica de las comisiones con potestad legislativa<sup>4</sup>.**

Como se ha visto, la práctica y la doctrina fueron pacíficas en aceptar el desdoblamiento del parlamento en comisiones, siempre que se entendiera la naturaleza preparatoria de su función, recayendo en el pleno la decisión final. Sin embargo, durante la época del fascismo italiano este paradigma se modifica, otorgándole a estos órganos también la facultad de aprobar normas con rango legal, específicamente mediante la Ley de 19 de enero de 1939, núm. 139, de los Fascios y las Corporaciones.

Los objetivos eran muy claros, por un lado, crear una máquina de producción legislativa eficiente, que permitiera acelerar la construcción jurídica necesaria para la consolidación del régimen fascista y, por otro, sustraerla del ojo de la opinión pública, debido a que las exigencias de publicidad para las comisiones en esta época eran prácticamente nulas. Debido a la difícil justificación dogmática del nuevo instituto o al menos su naturaleza revolucionaria con relación a lo que se había entendido era el papel de las comisiones legislativas hasta el momento, así como la deslegitimación del régimen que lo había implantado, no es de extrañar que esta figura no hubiese tenido repercusión en otros ordenamientos jurídicos.

3 El artículo 134 de la Constitución de la Monarquía Española de 1812, establecía lo siguiente: "*Artículo 134./ Admitido á discusión, si la gravedad del asunto requiriese a juicio de las Cortes, que pase previamente á una Comisión, se ejecutará así.*"

4 En general con relación a este punto cfr. Hernández Valle (2003, pp. 337 y ss.), Muñoz Quesada (1994), Recorder de Casso y otra (2001, pp. 1279 y ss.), Rubio Llorente (1997, pp. 263 y ss.), y Ruiz Robledo (1995, pp. 73 y ss.).

Solo la España franquista, afín al régimen fascista, receptó la nueva institución a través del artículo 12 de la Ley de Cortes de 1942. Por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de los Diputados de 1971 establecía que podían aprobarse en comisión aquellos proyectos que no tuvieran especial relieve de orden general, aunque advertía la validez de utilizar este mismo procedimiento para el trámite de proyectos de ley que revistieran de particular urgencia.

No obstante, las constituciones democráticas italiana de 1947<sup>5</sup> y española de 1978<sup>6</sup> dieron continuidad al instituto, recogiendo en sus regulaciones. Posteriormente, varios estatutos

5 Artículo 72 de la Constitución italiana: “Artículo 72/ (...) El Reglamento establecerá procedimientos abreviados para las propuestas de ley que se declaren urgentes. Podrá asimismo disponer en qué casos y de qué forma procede trasladar el examen y la aprobación de las propuestas de ley a unas Comisiones, incluso las permanentes, compuestas de tal modo que reflejen las proporciones de los grupos parlamentarios. También en estos supuestos, mientras no haya recaído aprobación definitiva, la propuesta de ley será reenviada al Pleno de la Cámara si el Gobierno o una décima parte de los componentes de la Cámara o una quinta parte de la Comisión reclaman que sea discutida y votada por la Cámara misma o bien que sea sometida a la aprobación final de ésta únicamente con declaraciones de voto. El Reglamento especificará la forma de publicidad de los trabajos de las Comisiones./ Se adoptará siempre el procedimiento normal de examen y aprobación directa por el Pleno para las propuestas de ley en materia constitucional y electoral y para las de delegación legislativa, de autorización para ratificar tratados internacionales, de aprobación de presupuestos y cuentas de ingresos y gastos.”

6 Artículo 75 de la Constitución española: “ARTÍCULO 75/ (...) 2. Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación./ 3. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y los Presupuestos Generales del Estado.” Adicionalmente, la Sección Quinta del Capítulo III del Título V del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, establece lo siguiente: “SECCIÓN QUINTA/ De la competencia legislativa plena de las Comisiones/ 148. 1. El acuerdo del Pleno por el que se delega la competencia legislativa plena en las Comisiones, se presumirá para todos los proyectos y proposiciones de Ley que sean constitucionalmente delegables, excluyéndose de la delegación el debate y votación de totalidad o de toma en consideración, y sin menoscabo de lo previsto en el artículo siguiente./ 2. El procedimiento aplicable para la tramitación de estos proyectos y proposiciones de ley será el legislativo común, excluido el trámite de deliberación y votación final en el Pleno./ 149. 1. El Pleno de la Cámara podrá recabar para sí la deliberación y votación final de los proyectos y proposiciones de ley a que se refiere el artículo anterior, en virtud de acuerdo adoptado en la sesión plenaria en que se proceda al debate de totalidad, conforme al artículo 112 de este Reglamento, o a la toma en consideración de proposiciones de ley. En los demás casos y antes de iniciarse el debate en Comisión, el Pleno podrá avocar la aprobación final, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces. La propuesta de avocación se someterá a votación sin debate previo./ 2. Las Comisiones carecerán de competencia para conocer con plenitud legislativa de los proyectos o proposiciones de ley que hubieren sido vetados o enmendados por el Senado, siempre que el veto o las enmiendas hubieren sido aprobados por el Pleno de dicha Cámara.” Asimismo, la Sección Segunda del Capítulo II del Título IV del texto refundido del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994, reza de la siguiente manera: “SECCIÓN SEGUNDA/ De la delegación de la competencia legislativa en las Comisiones/ 130. 1. El Senado, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, de un Grupo parlamentario o de veinticinco Senadores, podrá acordar que un proyecto o proposición de ley sean aprobados por la Comisión legislativa correspondiente, sin requerirse deliberación ulterior en el Pleno. Dicha propuesta deberá ser presentada dentro de los diez días siguientes a la publicación del texto./ 2. El Pleno de la Cámara, en la misma forma, podrá decidir en cualquier momento la observancia del procedimiento ordinario./ 131. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si se presentase alguna propuesta de veto y fuese aprobada en Comisión, para su ratificación o rechazo deberá ser convocado el Pleno del Senado./ 132. La Comisión competente, a partir de la recepción del texto legislativo, dispondrá del período que reste hasta completar el plazo a que se refiere el artículo 106, para deliberar y votar sobre el mismo.”

autonómicos españoles lo han adoptado expresamente<sup>7</sup> y otros tantos reglamentos parlamentarios de esta naturaleza lo regulan, pese al silencio de las normas estatutarias al respecto<sup>8</sup>.

De la experiencia ibérica es que Costa Rica se nutre para introducir la figura en su sistema, a través de la Reforma Constitucional n.º 7347 de 1 de julio de 1993, la cual modificó el artículo 124 de la Constitución Política (CPol). La intención era encontrar un mecanismo que agilizará el procedimiento legislativo, ya desde entonces tenido por ineficiente e incapaz de responder de forma versátil a las necesidades nacionales. No se compartía el deseo de excluir sus discusiones de la publicidad que deben tener los actos parlamentarios, como en la época fascista, aunque es un hecho que las comisiones legislativas plenas reciben una menor atención mediática, ciudadana e incluso de las mismas diputaciones y otras personas vinculadas con su funcionamiento, salvo excepciones.

Por otra parte, la inclusión de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense vino, si se quiere, a paliar la contradicción histórica que existía entre las disposiciones reglamentarias, en las que se le da una gran importancia al trabajo de las comisiones legislativas en el proceso de formación de la ley y las constitucionales, prácticamente omisas al respecto. Esto en contradicción con la práctica usual del derecho comparado, según se ha podido poner de relieve líneas atrás.

Antes de este cambio, las únicas referencias del texto fundamental a las comisiones parlamentarias tenían que ver con las investigadoras<sup>9</sup> y con aquellas destinadas a dictaminar

7 De conformidad con Ruiz Robledo (1995, p. 76), se trata de los estatutos de Cataluña, Andalucía, Valencia y Baleares.

8 De conformidad con Ruiz Robledo (1995, p. 76), en estas circunstancias estarían los reglamentos de los parlamentos vasco de 13 de febrero de 1983 (artículo 116), gallego de 14 de julio de 1983 (artículos 132 y 133), murciano de 22 de junio de 1988 (artículo 102), castellano-manchego de 21 de mayo de 1985 (artículos 164 y 165), canario de 20 de mayo de 1991 (artículos 135 y 136), navarro de 12 de junio de 1985 (artículos 154 y 155), extremeño de 7 de setiembre de 1983 (artículo 128) y madrileño de 18 de febrero de 1984 (artículos 125 y 126).

9 “ARTÍCULO 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...) 23) Nombrar Comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente. Las Comisiones tendrán libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla...”

y preparar los proyectos de reformas constitucionales<sup>10</sup>. Fuera de estos casos, no se hacía ninguna mención de la posible existencia de comisiones permanentes o de un eventual papel de estos órganos en el proceso de formación de la ley.

### **Sobre la delegación legislativa en comisiones en el caso costarricense**

Hasta este momento se ha estructurado un marco referencial que pretende explicar el origen del instituto estudiado y su forma de introducción al sistema costarricense. Sin embargo, para resolver el problema que se planteó es necesario determinar los alcances de la figura por medio de la cual las comisiones plenas adquieren la función legislativa en el medio, sea la delegación, según ha sido recogida en el ordenamiento jurídico costarricense.

De más está decir que los parámetros de un instituto, incluso con base en el mismo marco teórico, pueden variar según la forma en la que finalmente se positivizan. Por ejemplo, en Italia, un sector de la doctrina interpreta que el artículo 72 de la Constitución trasalpina únicamente realiza un reparto competencial entre el pleno y las comisiones, lo que no implicaría la existencia de una delegación o subordinación alguna de estas a aquel.

En efecto, esta norma únicamente establece que el Reglamento parlamentario puede disponer los casos y la forma para trasladar el examen y aprobación de las propuestas de ley a las comisiones, pero no determina que este traspaso deba hacerse mediante un acto consentido del plenario. La norma reglamentaria bien puede asignar la competencia legislativa plena de las comisiones por materia, o bien por decisión de la Presidencia, de conformidad con como se regula actualmente<sup>11</sup>.

No es el pleno quien puede avocar el conocimiento, sino que este se transfiere automáticamente, sin necesidad de resolución por parte de la cámara, únicamente con la petición del gobierno, de un décimo de los miembros del plenario o de un quinto de los de la comisión. Volviendo al caso costarricense, Hernández Valle (2003) ha señalado lo siguiente sobre la figura a través de la cual las comisiones con potestad legislativa plena adquieren la función legislativa en el medio, sea la delegación:

10 *“ARTÍCULO 195.- La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:/ (...) 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles; (Reforma Constitucional N° 6053 de 15 de junio de 1977)/ (...) 5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo...”*

11 Ver en este sentido el artículo 92 del Reglamento de la Cámara de Diputados italiano, el cual al menos permite que el pleno pueda objetar la decisión del Presidente. No obstante lo anterior, el artículo 35 del Reglamento del Senado no concede esta posibilidad.

Nos parece que el propio Constituyente resolvió correctamente el tema de la naturaleza jurídica de la institución en comentario, al calificarla de delegación, más propiamente en términos parlamentarios, de procedimiento delegado.

En efecto, en la delegación el órgano delegado no ejerce ninguna competencia propia, sino la que le pertenece a otro órgano. Es decir, en la delegación se transfiere el ejercicio, pero no la titularidad de la competencia. Por ello, en la delegación interorgánica, como es justamente el caso de la delegación de la potestad legislativa del Plenario a favor de las Comisiones, los actos del órgano delegado dictados en su calidad de tal se imputan al órgano delegante, cuya libre capacidad se expresa en una doble vertiente: la falta de capacidad -en este caso de la Comisión- para asumir la competencia de oficio, y la habilitación del órgano delegante -en este caso el Plenario- para avocar la delegación (pp. 341-342).

Como se ve, de conformidad con la figura de la delegación, las funciones que realizan las comisiones plenas sea el conocimiento de proyectos de ley en su fase decisoria y su votación final, derivan directamente del acto delegatorio, sin cuya validez no es posible actuación alguna. Para tener una delegación por válida, deben cumplirse los siguientes requisitos, derivables de las disposiciones de los artículos 124 CPol y 160 RAL:

- a) Que el objeto sobre el cual recae sea delegable, sea que se trate de proyectos de ley dictaminados o dispensados de trámites que se encuentren en la Agenda Parlamentaria del Plenario, que no hayan sido aprobados en primer debate y que no se refieran a la creación o modificación de impuestos nacionales, a la convocatoria a una Asamblea Constituyente, a reformas parciales de la Constitución, a la aprobación de tratados internacionales, a la decisión sobre la enajenación o la aplicación a usos públicos de bienes propios de la Nación, a la aprobación de empréstitos o convenios similares relacionados con el crédito público, o a la materia electoral, presupuestaria, monetaria, crediticia, de pesos y medidas, o que hayan sido consideradas indelegables en virtud de jurisprudencia constitucional.
- b) Que el procedimiento para su delegación sea el previsto constitucional y reglamentariamente, esto es que la moción delegatoria indique a cuál comisión plena se asignan los proyectos; que haya sido aprobada por dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa, y que haya sido

presentada por los jefes de fracción que juntos representen a treinta y ocho diputados o más, por al menos la mitad de los jefes de fracción, o por diez o más diputados de dos o más fracciones.

No es entonces jurídicamente posible presentar una moción de fondo en el trámite de comisión plena, con el fin de eliminar aquellos aspectos que hacen indelegable un proyecto, porque la votación no es la única función que ejerce la comisión plena de forma delegada, sino incluso el propio conocimiento del proyecto en su fase decisoria. Por lo anterior, para eliminar estos aspectos, la comisión tendría que conocer el proyecto que paradójicamente no puede estar conociendo por ser materia indelegable.

El vicio en este caso es de naturaleza sustancial, no solo por estar previsto expresamente en la Constitución, sino porque en el fondo la delegación supone una limitante en cuanto a la posibilidad de participación de los diputados en la conformación, discusión y aprobación de un proyecto de ley. Por lo tanto, su aplicación indebida conllevaría necesariamente la afectación de aquellos que no sean miembros de la comisión.

Este criterio lo comparte Muñoz Quesada (1994), según puede verse de la siguiente cita:

Si el aspecto indelegable del proyecto, objeto de conocimiento de las Comisiones Legislativas Plenas, no es esencial sino accesorio podría subsanarse el vicio de aprobarse el proyecto y se prescinde de él en Comisión, mediante moción de fondo para mantener lo fundamental del asunto y así podría subsanarse el vicio y aprobarse el proyecto. Esta tesis es discutible: la moción de delegación presentaba un vicio sustancial y el Plenario la aprobó (p. 59).

La consecuencia jurídica de tramitar en comisión plena un proyecto delegado indebidamente es la nulidad de lo actuado en esta sede a partir del propio acto delegatorio, por carecer el órgano de competencia para conocer del asunto.

Así lo determinó la representante del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, con respecto al trámite del proyecto de ley de Declaración del 21 de Marzo como Día Nacional del Síndrome de Down, expediente 18.407. En esa ocasión, durante la Sesión Ordinaria n.º 14 del 23 de octubre de 2013 de la Comisión Plena Segunda, quedó establecido lo siguiente:

**11. Expediente 18.407. DECLARACIÓN DEL 21 DE MARZO COMO DÍA NACIONAL DEL SÍNDROME DE DOWN.**/ Este proyecto según criterio del Informe de Servicios Técnicos, no era delegable, en aras de no introducirle vicios de procedimiento, le solicito criterio a doña Cristina Ramírez sobre este expediente./ Doña Cristina, tiene usted el uso de la palabra./ **Señora Cristina Ramírez Chavarría:**/ Buenas tardes./ El expediente n.º 18.407 desde su origen presenta un artículo que está dentro de las restricciones del numeral 124 de la Constitución Política, el que impone que cuando el proyecto trata materia de impuestos, en este caso una exoneración, la propuesta no es delegable para el conocimiento de una comisión con potestad legislativa plena. Ese contenido del proyecto se mantiene en el texto que fue dictaminado./ Consecuentemente no opera la delegación en esta Comisión, la Comisión Plena no tiene competencia para su conocimiento, porque habría una infracción respecto del artículo 124 constitucional./ Gracias.

En términos similares se ha manifestado la Sala Constitucional, por ejemplo, en su sentencia n.º 2000-08746 de las catorce horas con cuarenta y nueve minutos del cuatro de octubre de dos mil:

Debe entenderse entonces, que la modificación del destino de los impuestos es una modificación del tributo en los términos del artículo 124 párrafo tercero de la Constitución Política, por lo que no puede ser delegada para su conocimiento y aprobación a una Comisión Legislativa Plena. Ello obliga a decretar la inconstitucionalidad del procedimiento parlamentario seguido en este caso, declaratoria cuya eficacia principia en el acuerdo de delegación tomado en sesión n.º 52 del veintidós de agosto del año dos mil y se hace extensiva a todos sus actos subsecuentes, incluyendo —desde luego— la aprobación del proyecto de ley en primer debate.

En igual sentido puede verse la sentencia de la Sala Constitucional n.º 05958-98 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho. De igual manera, la resolución de este tribunal n.º 2008-002896 de las ocho horas y treinta y cuatro minutos del veintinueve de febrero del dos mil ocho, señaló claramente que:

“Un vicio en el acto de delegación acarrearía la nulidad de todo lo actuado, y en consecuencia, sería innecesario entrar a valorar los demás aspectos”.

Por otro lado, la práctica parlamentaria tampoco avala que se modifique el texto de una propuesta indelegable, con el fin de seguir conociéndola en comisión plena. De hecho, no se encontraron antecedentes en este sentido.

Lo usual, por el contrario, es que habiéndose encontrado una anomalía de esta naturaleza se presente ante el Plenario una moción de avocación<sup>12</sup>, con el fin de que se corrijan los procedimientos suspendiéndose el trámite del proyecto en la comisión plena mientras esta se conoce<sup>13</sup>. Al respecto, Ramírez Altamirano (2008) señala:

Puede ocurrir algunos problemas en relación con la delegación de proyectos de ley, cuya solución no está prevista en el Reglamento, como sería el caso de que, por inadvertencia, se delegue un proyecto que por su naturaleza no puede ser delegado, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política. En la práctica, cuando esto ha ocurrido y el error se advierte en el trámite de

12 Con relación a la moción de avocación, el artículo 175 RAL señala lo siguiente: “*ARTÍCULO 175.- Trámite/ 1- Cualquier diputado o diputada podrá proponer al Plenario una moción para que éste avoque el conocimiento de un proyecto que esté en trámite en una Comisión Legislativa Plena. No procede la avocación respecto de proyectos cuya votación, en segundo debate, estuviere firme ni de proyectos archivados./ Sólo procederá el conocimiento y votación en el Plenario de una única moción de avocación por proyecto. No obstante, esta restricción no aplica cuando la moción de avocación esté firmada por dos o más Jefes o Jefas de fracción que, juntos, representen por lo menos a 38 diputados y diputadas, o bien, llevar la firma de al menos 20 diputados y diputadas de dos o más fracciones./ Tampoco aplicará esta restricción, cuando exista un vicio manifiesto o un hecho o condición sobreviniente que biciera el proyecto indelegable. En estos casos, la moción de avocación deberá ser enviada al plenario por moción de orden aprobada por la Comisión con Potestad Legislativa Plena que se encuentre tramitando el asunto./ 2- La presentación de la moción no suspenderá ningún trámite en la Comisión, salvo el de su votación definitiva./ 3- Estas mociones se conocerán en el Capítulo de Régimen Interno en la sesión de Plenario y deberán ser votadas en forma definitiva en la sesión ordinaria inmediata siguiente a la fecha de su presentación. Los y las proponentes de cada moción podrán hacer uso de la palabra en favor de su iniciativa, basta por un plazo, que individualmente o en conjunto, no exceda de 5 minutos. Otros diputados podrán referirse, individualmente o en conjunto, en contra de la moción por un plazo que no exceda de 5 minutos. Sin más trámite, las mociones se someterán a votación./ 4- Para el conocimiento de estas mociones y de sus revisiones, se dispondrá de un plazo máximo de veinte minutos, en cada sesión plenaria”.*

13 Ver en este sentido la resolución de la Presidencia de la Comisión Plena Segunda con respecto al trámite del Proyecto de Ley de Declaración del 21 de Marzo como Día Nacional del Síndrome de Down, expediente 18.407. En esa ocasión, durante la Sesión Ordinaria de ese órgano N° 14 del 23 de octubre de 2013, la Presidencia señaló lo siguiente: “*Presidente:/ Conociendo ya el criterio de Servicios Técnicos y ante la improcedencia de dar trámite a este proyecto en este órgano se suspende su conocimiento”.*

Comisión, ésta se ha declarado incompetente y, por medio de su Presidente o de cualquier otro de sus miembros, se presenta una moción de avocación en el Plenario (p. 230).

Sin embargo, el trámite de la avocación pareciera estar establecido como un control político más que jurídico, en el sentido de permitirle al pleno contrastar los asuntos tramitados por las comisiones plenas, a instancias incluso de un único diputado, con el fin de abrir un espacio de participación a las minorías. No obstante, en los casos de proyectos indelegables la Asamblea no tiene alternativa, pues la necesidad de que el proyecto sea conocido de nuevo por el Plenario deriva directamente de la propia Constitución y no de la voluntad del parlamento.

Pareciera que lo más acertado en estos casos es que la presidencia de la comisión plena, en uso de sus atribuciones de dirección del debate<sup>14</sup>, declare la incompetencia del órgano para tramitar el proyecto y remita sin más trámite el asunto de nuevo al Plenario, o bien que aquella sea la que lo haga a través de la aprobación de una moción de orden. Este pareciera ser el criterio de Hernández Valle (2000), según se desprende de la siguiente cita:

En la praxis pueden ocurrir problemas con la delegación de proyectos de ley que no están solucionados por el Reglamento Interno. Verbigracia, que se delegue un proyecto que por mandato constitucional sea indelegable. En tal hipótesis la Comisión respectiva tiene que declararse incompetente y remitir el asunto al Plenario (p. 290).

### **Sobre las materias indelegables y las mayorías calificadas**

Si se analiza con detalle, no todo asunto que deba regularse mediante legislación con votación calificada puede identificarse con alguna de las materias excluidas de delegación, de conformidad con el ordinal 124 párrafo tercero CPol. Véase por ejemplo, lo señalado en los artículos 24 párrafo quinto, 45 párrafo segundo, 46 párrafo cuarto, 105 párrafo cuarto, 123 párrafo cuarto, 127, 167, 168 párrafo tercero, 172 párrafo segundo y 189 inciso 3) CPol.

14 Con relación a las facultades de dirección del debate de la presidencia de las comisiones plenas señala lo siguiente el artículo 56 RAL: "*ARTÍCULO 56.- Presidente/ Son atribuciones y deberes de los Presidentes de las Comisiones Legislativas Plenas: a) Dirigir, coordinar y supervisar el debate*".

Cuando la Sala Constitucional resolvió, mediante sentencia n.º 1084-93 de las catorce horas treinta y nueve minutos del tres de marzo de mil novecientos noventa y tres, la consulta preceptiva de la Reforma Constitucional n.º 7347, que habilitaría la posibilidad de creación de las comisiones plenas hizo la siguiente recomendación no vinculante, por estar referida al fondo de la iniciativa:

4.-De la delegación se excluyen varias materias que se enuncian taxativamente; en este sentido, a los casos previstos en el proyecto conviene que se agreguen otros, en armonía con otras disposiciones constitucionales. Tales casos son: a) los proyectos de ley cuya aprobación requiere de mayoría calificada, como serían, por ejemplo, los que imponen a la propiedad privada limitaciones de interés social; y, b) aquéllos para cuyo trámite y aprobación se exige, por mandato constitucional o legal, la consulta a órganos o entidades públicas. En todos estos casos, algunos de los cuales ya están individualmente recogidos en el texto normativo del proyecto, la armonía con las disposiciones constitucionales (que, como en el caso de las votaciones reforzadas, si no se respeta podría degenerar fácilmente en vicios de inconstitucionalidad en casos concretos), o la significación de la materia (cuya tangibilidad, no obstante ser posible, la Constitución ha querido proteger mediante el mecanismo de la consulta obligatoria), aconsejan que la lista de asuntos reservados al pleno legislativo se adicione.

No obstante, la Asamblea Legislativa no acogió estas sugerencias. es evidente el contraste de algunas materias que ocupan mayoría calificada que sí están reguladas expresamente, como lo relacionado con los incisos 4) párrafo segundo y 15) párrafo segundo del artículo 121 CPol, con las convocatorias a Asamblea Constituyente y con las reformas parciales de la Constitución.

Por otra parte, es interesante observar cómo la Sala hace estas advertencias sin conocerse todavía la configuración definitiva de las comisiones plenas. Perfectamente, con solo permitir que las diputaciones pudieran formar parte de dos de estos órganos, se hubiera estado en capacidad de crear tres de ellos con 38 personas integrantes, lo que hubiese posibilitado alcanzar el quórum de aprobación de la mayoría de las decisiones legislativas que requieren mayoría calificada.

Además, la propia Constitución y el Reglamento de la Asamblea Legislativa permiten el funcionamiento de órganos legislativos que eventualmente no pueden configurar el quórum de aprobación necesario para adoptar ciertas decisiones de su competencia<sup>15</sup>.

Por otro lado, el hecho de que eventualmente alguna decisión sobre un proyecto delegable requiriera mayoría calificada no necesariamente se traduce en el derecho comparado en una imposibilidad de delegación. Por ejemplo, en aplicación del artículo 90 inciso 2) de la Constitución española<sup>16</sup>, el Senado de ese país puede vetar un proyecto o proposición de ley por mayoría absoluta. Sin embargo, este requisito de votación calificada no impide que se permita la delegación. Simplemente, de conformidad con el artículo 131 del Reglamento de ese órgano<sup>17</sup>, si una comisión aprobase una propuesta de veto, se entiende que esta decisión debe ratificarse por el pleno.

Una solución similar pudo haber sido introducida perfectamente por el Reglamento de la Asamblea Legislativa para estos casos. Por lo anterior, en principio nada impediría entender estas cuestiones como delegables, con el fin de que justamente la comisión pueda conocerlas e introducir los cambios necesarios para aprobarlas en su seno, o bien decidir que el asunto continúe su trámite en el Plenario posteriormente mediante la avocación.

En ese tanto, una cosa serían las materias excluidas de ser delegadas y otra muy distinta la imposibilidad de las comisiones plenas, en su configuración actual, para conformar el quórum de aprobación. Imagínese, por ejemplo, un proyecto objetado por la Corte Suprema de Justicia, que gracias a la versatilidad del trabajo en comisión pueda ponerse a punto para superar los reparos de ese poder de la República.

No obstante, la Sala Constitucional, en jurisprudencia vinculante *erga omnes* y, por lo tanto, de acatamiento obligatorio incluso para la Asamblea Legislativa, ha entendido ampliadas las causales de indelegabilidad. Sobre este particular, la sentencia n.º 2000-08746 señala lo siguiente:

15 Cfr. en este sentido, verbigracia, los artículos 7 y 117 CPol, así como 73 párrafo segundo, 74 párrafo segundo y 76 RAL.

16 “90. (...) / 2. El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo o se pronuncia sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple (18 ter)”.

17 “131. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si se presentase alguna propuesta de veto y fuese aprobada en Comisión, para su ratificación o rechazo deberá ser convocado el Pleno del Senado”.

Además de las materias taxativamente estipuladas en la Constitución, en las cuales está vedada la delegación de proyectos de ley, pueden surgir otras hipótesis en las que tampoco es posible, que se deriven de la interpretación armónica de otros principios y normas constitucionales. Debe tenerse claro que las Comisiones son, por así decirlo, delegados de un delegado, valga decir, aquellos órganos en los que se delega una potestad delegada. La Constitución lo dice así:/ La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa (artículo 105);/ y/ La Asamblea Legislativa puede delegar, en comisiones permanentes, el conocimiento y la aprobación de proyectos de ley (artículo 124 párrafo segundo)./ En consecuencia, debe interpretarse que, tratándose del procedimiento constitucional de formación de las leyes -regulado en Costa Rica en los artículos 124 de la Constitución Política y 113 y siguientes del Reglamento de la Asamblea Legislativa- la autorización constitucional para delegar proyectos de ley para su conocimiento y aprobación por Comisiones Legislativas Plenas debe ser interpretada, en caso de duda, en forma restrictiva.

Es así como este tribunal ha definido que los proyectos de ley de consulta obligatoria solo serían delegables cuando no exista una oposición al que haga necesaria una mayoría calificada para su aprobación. Al respecto señala la sentencia n.º 05958-98 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho:

Es dable precisar aún más las condiciones dentro de las cuales no se puede trasladar un proyecto de ley a una de las comisiones legislativas plenas. En efecto, los asuntos que preceptivamente requieren de una consulta a la Corte Suprema de Justicia son aquellos que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, donde el término funcionamiento alude no sólo a los aspectos de régimen interno administrativo de los despachos judiciales, sino también a las cuestiones procesales que rigen la sustanciación de los diversos asuntos sometidos a esos estrados. [...] Es claro entonces que, respecto de esta clase de iniciativas legislativas, una delegación como la que se viene comentando no sería posible más que en aquellos casos en que, oída la opinión de la Corte, ésta resulte incondicionalmente favorable al proyecto de ley. Entiéndase incondicionalmente en el sentido de que el dictamen positivo

no quede sujeto a que en la legislación que se propone deban efectuarse ajustes de cualquier índole; hipótesis que -obviamente- excluye también a aquellos casos en los que el criterio de la Corte Suprema de Justicia sea desfavorable al proyecto.

De igual manera, se estableció en general que los proyectos que requieren mayoría calificada para su aprobación son indelegables, independientemente de que estén regulados en el párrafo tercero del artículo 124 CPol o no. Así se desprende del criterio de la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2005-16962 de las ocho horas y cincuenta y uno minutos del nueve de diciembre del dos mil cinco, ratificado por la resolución n.º 2011-04778 de las catorce horas treinta y un minutos del trece de abril de dos mil once, que en lo que interesa señala:

Es claro entonces que aquellos proyectos para los que la Ley Fundamental exija mayorías calificadas o mayoría absoluta no podrán ser delegadas en las comisiones con potestad legislativa plena, pues en tales instancias nunca se podría alcanzar la cantidad de votos necesaria para aprobar dichas iniciativas. Por el contrario, en todos los casos que caben dentro de la regla general (mayoría relativa) y que no se encuentren dentro de los supuestos de no delegabilidad previstos en el artículo 124 constitucional, pueden ser objeto de delegación para que una comisión de las indicadas, discuta y vote la iniciativa en cada uno de los debates que deba superar.

Al ser estos criterios vinculantes, corresponde a la Asamblea Legislativa su acatamiento con relación a cualquier iniciativa.

## **Conclusiones**

De conformidad con lo expuesto, se llega a las siguientes conclusiones:

- a) Existe un criterio jurisprudencial vinculante de la Sala Constitucional, aunque a juicio de este estudio erróneo, que determina la indelegabilidad de las iniciativas que deban aprobarse por mayoría calificada, independientemente de que estén o no reguladas en las materias del 124 párrafo tercero CPol.
- b) Al no ser delegables, las comisiones legislativas plenas son incompetentes para conocer de estas propuestas y, en ese tanto, para introducirles enmiendas de cualquier tipo.

- c) De conformidad con la práctica parlamentaria, lo que corresponde en estos casos es solicitar la avocación y suspender su conocimiento en comisión hasta que aquella sea resuelta por el Plenario.

Sin embargo, la Presidencia de la comisión, en uso de sus facultades de dirección del debate, o bien el propio órgano mediante moción de orden, pueden declarar su incompetencia, con el fin de que se devuelva el asunto al pleno para su tramitación.

## **Bibliografía**

- Alonso de Antonio, J. *et al.* (2000). *Derecho Parlamentario*. J. M. Bosch Editor.
- Burdeau. (1974). *Traité de Science Politique*. LGDJ.
- Hernández Valle, R. (2000). *Derecho Parlamentario Costarricense*. Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Hernández Valle, R. (2003). *Las Comisiones Legislativas Plenas*. La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Muñoz Quesada, H. (1994). *Las Comisiones Legislativas Plenas*. Cicap.
- Ramírez Altamirano, M. (2008). *Manual de Procedimientos Legislativos*. Editorial Juricentro.
- Recoder de Casso, E. *et al.* (2001). *Artículo 75. Comentarios a la Constitución*. Civitas.
- Rubio Llorente, F. (1997). *La Forma del Poder*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Robledo, A. (1995). La Delegación Legislativa en las Comisiones Parlamentarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, 73.

## El abuso de la personalidad jurídica como presupuesto de aplicación del levantamiento del velo social<sup>1</sup>

*The abuse of legal personality as a presupposition for the application of the lifting of the social veil*

José Ricardo Aguilar Garita, Adriana Arguedas Zelaya, Jared Daniel Calderón Mora, Yarot Solís Durán, Génesis Gabriela Garro Murillo, Derek Fabián Medina Víquez, Isaac Víquez García.

Profesor: Guillermo Rojas Guzmán

### Resumen

El abuso de la persona jurídica se produce cuando existe una desviación del accionar de esta entidad de derecho con respecto al propósito para el cual se creó. Existen múltiples formas de abusar de la capacidad jurídica de las sociedades comerciales, estos abusos constituyen un riesgo para el funcionamiento social y comercial, por lo tanto, es necesario un mecanismo de levantamiento del velo social para garantizar la responsabilidad contractual y extracontractual en materia civil y mercantil. Sin embargo, al ser una medida que despliega efectos jurídicos muy significativos, puede constituir una amenaza para la funcionalidad de las sociedades comerciales. En el presente trabajo se analiza el abuso de la personalidad jurídica como presupuesto necesario para la aplicación del mecanismo del levantamiento del velo societario.

### Palabras clave:

Levantamiento del velo social, persona jurídica, capacidad jurídica, sociedades comerciales, abuso de personalidad jurídica.

### Abstract

The abuse of the legal corporation occurs when there is a deviation of the actions of the legal entity with respect to the purpose for which it was created. There are multiple ways

1 El presente trabajo fue realizado por estudiantes de bachillerato de la Escuela de Derecho de ULACIT, bajo la dirección académica del profesor M. Sc. Guillermo Rojas Guzmán, jefe de la Cátedra de Derecho Privado y docente de la Escuela de Derecho de ULACIT.

of abusing the legal capacity of corporations. Such abuses constitute a risk for social and commercial functioning, therefore, a mechanism for veil piercing is necessary to guarantee contractual and extra-contractual liability in civil and commercial matters, however, being a measure that displays very significant legal effects, it can become a threat to the functionality of corporations. In this paper, the abuse of legal personality will be analyzed as a necessary presupposition for the application of the mechanism of veil piercing.

**Keywords:**

Veil piercing, legal person, legal capacity, commercial companies, abuse of legal personality.

**I. Introducción**

Tradicionalmente, cuando mencionamos el término derecho penal y, en específico, la consumación de un crimen, tendemos a imaginar la típica escena de un sujeto encapuchado que entra en una tienda a llevar a cabo un asalto. Sin embargo, si decimos que una empresa cometió un delito es un poco más difícil, ya que es posible que la imaginación cree una escena en la que un oficial de policía le coloca las esposas a un edificio, lo cual incluso parecerá bizarro.

A través del tiempo, este paradigma se ha vuelto uno de los puntos más débiles de la sociedad costarricense, ya que este simple ejercicio de imaginación demuestra cómo incluso en la sociedad no existe una cultura de responsabilidad para las personas jurídicas. Esto las convierte en un punto manipulable del ordenamiento a través del cual los miembros que las conforman pueden abusar de ellas para llevar a cabo prácticas comerciales espurias e incluso la consumación de delitos.

Para desarrollar la idea anterior es importante señalar que se considera persona jurídica a aquel complejo organizado de personas y bienes, preordenado a un fin lícito, socialmente relevante al que el ordenamiento jurídico le atribuye personalidad jurídica propia (Basile y Falza, 2014). Es decir, son sujetos de derecho, diferentes y autónomos de las personas que las componen y que poseen autonomía patrimonial. Por otra parte, al referirnos a este tipo de personas como sujetos de derecho, nos referimos al hecho de que los mismos poseen capacidad jurídica, la cual se traduce en la capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos y que puede experimentar modificaciones y limitaciones según el tipo de persona jurídica (Brenes, 1998).

Como establecimos anteriormente, las personas jurídicas poseen la capacidad para obligarse y obtener derechos, pero también es importante estudiar si este tipo de personas poseen

capacidad de culpabilidad. La imputabilidad corresponde al conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico (Muñoz-Conde y García-Arán, 2010).

Desde un punto de vista tradicional no es posible el procesamiento penal de una persona jurídica, sin embargo, a través de una serie de transformaciones en la percepción y necesidades de la sociedad, esta posición cambió. La Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos es un claro ejemplo de esto, a través de la cual en el artículo 11, se establece una serie de penas que van desde multas hasta la disolución de la persona jurídica misma (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019).

Después de establecer que las personas jurídicas poseen capacidad jurídica y capacidad de culpabilidad, es posible establecer la posibilidad de que los sujetos que las conforman puedan abusar de ellas, al entender este abuso como:

Todas aquellas prácticas mediante las cuales dicha institución en cualquiera de las figuras en las que se representa, así como las prerrogativas que se asocian con su atribución [...] son utilizadas de forma tal, que se generen resultados que, excedan, contravengan o menoscaben los fines para los que fueron concebidos (Salgado-García y Villalta-Flores-Estrada, 2003, s. p.).

Lo descrito nos expone el hecho de que, al gozar de autonomía de las personas que las conforman, la persona jurídica puede utilizarse para consumación de prácticas comerciales inadecuadas o incluso tipificadas en el plano penal, sin generar una responsabilidad para las personas físicas que las conforman. De acuerdo con Obando (citado por Rojas-Ramírez, 2014), existe una serie de elementos necesarios para acreditar el abuso de la personalidad jurídica, los cuales son:

A) La antijuricidad se traduce en falta de transparencia en el tráfico jurídico, tanto en el sujeto como en el patrimonio, escondiendo una realidad distinta, un sujeto distinto con el propósito de engañar escudándose en la nueva forma jurídica creada. B) La imputabilidad nace desde el momento que existe intencionalidad, ya que el abuso de personificación no puede ser cometido por mera culpa o negligencia. C) El daño se traduce en la creación de una

lesión para el tráfico jurídico y para terceros, que en principio no tienen el deber de soportar (s. p.).

Por otra parte, el abuso descrito puede manifestarse de múltiples maneras, lo cual representa una gigantesca problemática social, debido a que permite la consumación de actividades que violentan las buenas costumbres de la sociedad. Según Acedo (2013), algunas formas en las que puede presentarse la actividad que se mencionó pueden ser:

La creación de una sociedad como mecanismo de evasión fiscal a favor de los accionistas; la provocación de un siniestro por el socio de la sociedad asegurada que se verá favorecido con la indemnización correspondiente; la creación de una sociedad anónima para eludir el pacto de no competencia entre socios de una sociedad diversa; la transmisión de la totalidad de los bienes del deudor común a una sociedad anónima que ya estaba creada o que se creó para ese fin, con el objetivo de provocar la propia insolvencia, transmitiendo a la sociedad la totalidad de los activos del socio, disminuyendo así la garantía patrimonial general; los casos de creación de “compañías ficticias para disminuir las cargas fiscales, en caso de tarifas progresivas” o de “compañías-fantasmas para la inmigración de extranjeros”, o bien para obtener créditos en condiciones ventajosas que se estiman difíciles de pagar a su vencimiento (s. p.).

La problemática que representa esta situación radica esencialmente en la limitación de responsabilidad, debido a que esta permite a los sujetos que conforman la persona jurídica llevar a cabo actos de la índole de los mencionados a través de la persona jurídica sin tener que tomar responsabilidad por estas prácticas. De acuerdo con Anzola-Gil *et al.* (2010):

Esta limitación de responsabilidad dio pie a que se hubiera acudido a la figura societaria de manera artificial o simulada con el fin de escudarse en ese efecto y manejar los imponderables derivados de las actividades mercantiles, de suyo inciertas (s. p.).

La práctica del levantamiento del velo de la persona jurídica exhorta a:

Prescindir de ese ente como un centro diferenciado de imputación, y atribuir las consecuencias de ciertos hechos y actos directamente a los reales titulares,

sean individuos o personas colectivas. El orden jurídico “penetra” así, corriendo el velo de esa vestimenta jurídica que es la sociedad, para atribuir directamente a los intereses reales que operan dentro de ella, las consecuencias jurídicas de ciertos hechos o actos (Villegas, 1997, s. p.).

El levantamiento del velo social puede ser muy efectivo para combatir las prácticas mencionadas, por ejemplo, en la práctica comercial, la composición de varias personas jurídicas compuestas por los mismos sujetos puede ser un método para dividir el patrimonio de una empresa, de manera que este es la garantía universal ante cualquier obligación. Al dividirlo se reduce el riesgo de tener que responder con este ante una situación de responsabilidad contractual o extracontractual.

Otra situación en la cual se puede abusar de la figura de la persona jurídica es la de un negocio de transportistas de mercancías, en el cual sus accionistas conforman una persona jurídica para registrar los inmuebles, otra para registrar los camiones y otra para contratar el personal y celebrar contratos con los clientes. De esta manera, la última persona jurídica que se mencionó paga las primeras por la renta del inmueble y de las unidades de transporte, lo que reduce el patrimonio de la compañía, la cual es la única demandable ante una futura disputa laboral o mercantil. De esta forma, se protege de una manera inadecuada el patrimonio de las personas que conforman las tres personas jurídicas.

En este ejemplo, las tres empresas, al estar conformadas por los mismos sujetos, se pueden considerar una sola empresa y, por ende, deben responder solidariamente por las obligaciones y penalizaciones que pueda recibir la tercera persona jurídica. No obstante, este vacío en la legislación costarricense permite que este hecho hipotético tan apremiante pueda ser una realidad. En el ejemplo dado esta realidad puede afectar a acreedores, trabajadores e incluso a afectados por la compañía que en caso de recibir una condenatoria a su favor es posible que no reciban el resarcimiento adecuado debido a la protección inadecuada del patrimonio.

Por ende, es absolutamente necesario profundizar todavía más en el concepto de abuso de la persona jurídica, para delimitar qué tipo de prácticas pueden llevarse a cabo en la sociedad. A la vez, analizar la eficacia que puede tener el aplicar la práctica del levantamiento del velo social para combatir estas patologías sociales que amenazan desde las buenas prácticas mercantiles hasta el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

## II. Aplicación práctica

La teoría del levantamiento del velo societario ha sido interpretada por distintos tratadistas del tema, por ende, algunos lo consideran como una doctrina y otros como una teoría. Indiferentemente de su denominación, esta técnica se utiliza para que el juez pueda prescindir de la formalidad jurídica que se les ha dado a las sociedades mercantiles, para indagar en su interior los bienes y las personas que subyacen detrás de esta personalidad para evitar fraudes y abusos a la ley.

El velo social se entiende como el remedio instrumental específico contra el abuso de la personalidad jurídica. Al respecto, Rojas (2014) indica que los jueces levantan el velo:

Entendiendo esto como el acto de prescindir de la apariencia registral de las personas jurídicas, correrles el velo e investigar la verdad real de las situaciones jurídicas ocurridas entre los sujetos para acreditar otro tipo de patologías, a las que les será aplicados los efectos finales que correspondan (p. 54).

Dobson (citado en Alvarado, 2010), lo define como:

Un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán omitir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada (p. 61).

De acuerdo con lo anterior, es posible ver que el levantamiento del velo societario tiene como objetivo evitar el fraude e impedir que, a través de un mecanismo formalmente correcto, se produzca un resultado materialmente contrario a la ley. Por lo tanto, nos permite profundizar en el seno de la persona jurídica para desvelar cualquier posible fraude que haya podido llevar a cabo desde su estructura.

La institución se concede para todos aquellos entes a los cuales la ley les concede el beneficio de personalidad jurídica. Por ejemplo, fundaciones, corporaciones, cooperativas, sociedades

comerciales, civiles y las empresas unipersonales conocidas como la sociedad compuesta por un solo socio.

En resumen, lo que se pretende alcanzar en términos generales es que cuando la personalidad jurídica se utilice de forma fraudulenta, se procederá a hacer la separación patrimonial que busca entre la persona jurídica y sus socios. De acuerdo con Ánzola *et al.* (2010):

Mediante una desestimación de la personalidad jurídica en el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o de asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular (s. p.).

Sin embargo, de acuerdo con Rojas (2014), la teoría del levantamiento es:

Principalmente judicial, y no existe una única regla para solicitar este procedimiento, ya que su acústica es tan amplia en criterios y elementos, que se ha determinado que la valoración de los elementos relevantes para el proceso en concreto debe de establecerse ahí, caso por caso (p. 109).

Además, resulta necesario destacar algunos de los artículos, tanto del Código Civil como de Comercio, entre los cuales se pueden aludir dentro del marco de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario. El artículo 2 del Código de Comercio (1964) señala:

Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.

Los tribunales de justicia han optado por resolver la figura de la aplicación principalmente utilizando como base los principios generales del derecho y se ha valido de la utilización sistemática de artículos establecidos en el Código Civil. Asimismo, como indican Salgado y Villalta (citados en Avendaño, 2015), pese a no existir un cuerpo legal que regule, de forma

general, el tema en ciertas ramas y específicas del derecho, entre las cuales se incluye la materia tributaria, la teoría es válidamente aplicable, pese a que en códigos y leyes no se haga una alusión expresa en esta.

Por otro lado, en el Código Civil existen ciertas disposiciones normativas que, al analizarlas en la práctica, dan forma a la aplicación de la teoría. Por ejemplo, los artículos 9, 10 y 11, los cuales añaden lo siguiente:

ARTÍCULO 9.- La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

ARTÍCULO 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

ARTÍCULO 11.- La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ellas cuando la ley expresamente lo permita.

Algunos ejemplos en los cuales se recurre a solicitar el levantamiento del velo societario son los casos de bienes gananciales. Esto ocurre cuando una persona se cobija de una figura lícita como la de la sociedad para ocultar bienes, pero que los bienes no pertenecen a la sociedad, sino al cónyuge que desea ocultarlos. En este punto, para evitar que se dé un abuso del derecho se debe no solo demandar al cónyuge, sino también a aquella sociedad y solicitar que se dé el levantamiento del velo.

Sin embargo, esto no significa que desaparecerá la sociedad o que el juez procederá a anular su constitución, es solo una utilización para casos concretos. Esto quiere decir que, para el caso en específico, ya sea familia u otro, simplemente se procede a decretar la realidad de los bienes. En el caso anterior, en el que los bienes son de origen ganancial, pero la sociedad no cesará, seguirán existiendo para todos los otros efectos.

Desde la perspectiva del aparato legislativo costarricense, la legislación es plenamente omisa desde el punto de vista de la aplicación del levantamiento del velo. Lo anterior se debe a que no existe ninguna ley, ni general ni especial, que se refiera explícitamente a la doctrina en un proceso determinado. Aunque en algunas materias se puede inferir, no es algo concreto.

A pesar de que el planteamiento de la teoría de la doctrina del levantamiento del velo ha sido aceptado por los tribunales costarricenses, todavía se presentan corrientes bastante formalistas que consideran que, ante la ausencia de norma positiva específica, la adopción de la doctrina es plenamente imposible. Por lo tanto, de esta forma existen dos tendencias contradictorias en el tráfico jurídico costarricense que se explican a continuación (Rojas, 2014).

La corriente más formalista propone no aceptar la aplicación del levantamiento del velo ante la inexistencia de la referida norma específica, sin embargo, este argumento difícilmente se encuentra explícito en una sentencia. El único caso encontrado en el que se explica esta tesis es de la Sala Primera, en un importante voto salvado de los magistrados Zeledón y Solís.

En ese análisis, los mencionados juzgadores exponen que el levantamiento del velo dentro del *Common Law* estadounidense es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad, como promotora de la jurisprudencia en un sistema que tiene carácter predominantemente jurisprudencial; confrontada con su alcance en el ordenamiento jurídico en el que la equidad es solo una herramienta judicial de aplicación residual.

Como se indicó, la legislación promulgada es omisa sobre el tema, pero es pertinente señalar que han existido opiniones jurídicas para dotar de legalidad la figura del levantamiento societario. Eso lo evidencia Montoya (2013), al solicitar a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos la inclusión de un artículo 20 bis al Código de Comercio que incorpore expresamente la figura “Con la finalidad de evitar fraudes y abusos que muchas veces se cometen mediante el uso abusivo de la personalidad jurídica”. Lo anterior entendiendo la personalidad jurídica como la posibilidad de representación y actuación independiente de las personas que la conforman.

Montoya (2013) señala una problemática en torno a la actuación independiente que tienen las personas jurídicas, ya que esta se ha empleado para cometer abusos en contraste con una realidad jurídica en la que no hay una norma expresa que regule el uso abusivo de la personalidad jurídica, solo hay normas que no regulan específicamente el tópico y deben

ser sujetas de interpretación del juez para subsanar vicios. Montoya (2013) explicando el problema añade que los abusos a la personalidad jurídica se dan cuando se utiliza como una pantalla para ocultar o disimular intereses que quieren ser abstraídos de las regulaciones normales que el ordenamiento jurídico dicta para esto. De esta forma, se utiliza a la persona jurídica para satisfacer intereses particulares e ilícitos. Por lo tanto, el abuso de la personalidad jurídica se presenta cuando al utilizar a la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar una obligación contractual o de perjudicar a terceros.

En contrapunto al problema, Montoya (2013) en el dictamen OJ-069-2013, indica que la figura del levantamiento del velo societario se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.

En conclusión, el levantamiento del velo societario permite dejar al descubierto los socios de una sociedad mercantil para que estos puedan responder a las obligaciones y deberes que se adquirieron mediante el abuso de la personalidad jurídica. De esta manera, a los tribunales les sería posible:

Prescindir de la forma externa de la persona jurídica y alcanzar a las personas que se encuentra detrás de ella, con la finalidad de corregir los abusos que se producen evitando que se cometan ilegalidades y se consigan resultados injustos o perjudiciales, contrarios al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, no es basta la jurisprudencia existente relacionada con el levantamiento del velo societario. Sin embargo, es relevante traer a colación la sentencia n.º 00353 de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia en 2014, porque como se citó al inicio de este escrito, la regulación de la figura es mediante la jurisprudencia de tribunales de justicia, por medio algunas sentencias, especialmente en derecho laboral y de familia.

En este caso, la sentencia declara parcialmente con lugar un proceso ordinario de fraude de simulación. La actora adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de

los bienes, tanto muebles como inmuebles, acciones, valores mercantiles y otros, que se han declarado como gananciales y que previamente se determinaron. Además, conforme al artículo 57 del Código de Familia, la actora conserva: “El derecho a recibir alimentos por parte del accionado” y este último, a la vez, pierde ese derecho por no necesitarlo o requerirlo, tal y como lo dispone el inciso 2 del artículo 173 del mismo cuerpo legal citado (Sala II de la Corte Suprema de Justicia).

### **III. Concepto de abuso de la personalidad jurídica**

Cuando utilizamos el término persona, naturalmente lo vinculamos a las personas físicas, es decir, al término de seres humanos, incluso, esta es la definición propia de la palabra: “Individuo de la especie humana” (RAE, s. f.). No obstante, en la doctrina del derecho, del término persona se debe entender lo siguiente:

Con el nombre de personas se designa todo ser capaz de derechos y obligaciones. Distingue dos clases de personas: físicas y morales. Las primeras se llaman asimismo “naturales” y la segunda se designan frecuentemente además, con el calificativo de “jurídicas”, a causa de ser entidades que no asumen los atributos de la personalidad sino por el reconocimiento o autoridad que la ley le otorga, tales como los municipios, sociedades mercantiles, las instituciones de beneficencia y demás corporativas, que no surgen a la vida del derecho sino cuando haya un precepto legal que autorice su existencia y señale las condiciones en que pueden desenvolver sus actividades (Brenes-Córdoba, 1974, s. p.).

Ampliando lo anterior, desde una perspectiva doctrinal, con respecto a la persona jurídica y, específicamente de la figura, es posible afirmar que es el resultado de un sustrato material, que puede ser un conjunto de personas o bienes organizados unitariamente de acuerdo con las condiciones legales y de la calificación normativa de tal sustrato, es decir, la atribución de personalidad jurídica. Tal es el sentido en que debe entenderse la disposición por la cual: “La existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley” (Pérez-Vargas, 1994, s. p.).

De esta manera, es prudente afirmar que, al igual que las personas físicas, las personas jurídicas poseen capacidad jurídica, entendiendo esta como: “La aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones que tiene toda persona durante su existencia de modo absoluto” (Pérez-Vargas, 1994, s. p.). Al respecto, Lacruz (1979) indica lo siguiente:

La capacidad de la persona jurídica para obligarse se extiende no sólo al resarcimiento de las infracciones cometidas en el curso incumplimiento de sus deudas, sino también a los daños causados por delito cuasidelito, pues si bien un ente moral en nuestro derecho positivo no puede delinquir, si es pecuniariamente responsable, como si fuera el causante, de cualquier daño causado por sus órganos y representantes actuando en calidad de tales (s. p.).

Como ya lo establecimos, las personas jurídicas son sujetos morales, con personalidad jurídica independiente de aquellos sujetos que la componen y que posee capacidad jurídica propia. De acuerdo con Ambrosio-Leonielli (2004): “Cuando una persona natural decide constituir una sociedad para esconderse tras el manto corporativo, y de esa forma escapar de sus acreedores personales, estaríamos en presencia de un abuso del derecho si se dan los presupuestos necesarios” (s. p.).

Característicamente, el abuso de la persona jurídica es posible gracias al carácter instrumental que tiene su atribución, como medio técnico que el derecho ofrece para el logro de finalidades lícitas que los individuos por sí solos no pueden conseguir. Este instrumento técnico puede producir un uso indebido, un mal uso o abuso de este (Zeros-Levis, 2000).

Por otra parte, para que se presente la figura del abuso de la persona jurídica es necesaria la presencia de ciertos requisitos. Primero, se necesita de la existencia de un derecho, en segunda instancia es necesario que este derecho sea relativo y no absoluto y, por último, se necesita que el ejercicio sea abusivo, delimitando el carácter abusivo desde el punto de vista del principio de la buena fe y de los límites del objeto mediante el cual el derecho mencionado fue conferido a su titular (Abeliuk-Manasevich, 2000).

#### **IV. Vertientes del levantamiento**

En primera instancia, antes de evaluar y recurrir a la figura del derecho comparado para conocer la legislación vigente en otros ordenamientos jurídicos, es necesario dar un vistazo a nivel introspectivo de algunos elementos doctrinales y normativos del marco jurídico costarricense. Entre ellos, se pueden mencionar algunos artículos auxiliares provenientes del carácter supletorio del Código Civil; incisos en materia penal que pueden ser bases de interpretación para la imputación penal de un acto de abuso de la personalidad jurídica y, sobre todo, la misma doctrina y experiencia jurisprudencial de casos examinados por los entes judiciales (Montoya, 2013).

Por ejemplo, remontándose unos años atrás con el intento de tipificar de manera expresa la figura del levantamiento del velo social, se presentó un proyecto de ley por parte del diputado José María Villalta denominado *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica, adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley n.º 3284 del 30 de abril de 1964 y sus reformas*. Este proyecto postulaba lo siguiente:

Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de las sociedades reguladas en este Código, cuando estas sean utilizadas en fraude de ley, como un mero recurso para violar la ley y el orden público o para frustrar derechos de terceros. En tales casos, las actuaciones y obligaciones de la sociedad se imputarán directamente a sus socios o controlantes quienes serán solidariamente responsables con esta (Expediente Legislativo n.º 18213, 2011, p. 9).

Lo anterior puede considerarse una de las tantas herramientas para combatir el abuso de la personalidad jurídica e implementar la teoría del levantamiento del velo social. Sin embargo, salvo esta iniciativa mediante el proyecto de ley que no se aprobó, el ordenamiento jurídico costarricense cuenta con pocas alternativas de derecho positivo o fuentes formales para combatir aquellos hechos ilícitos que se deriven del abuso de la personalidad jurídica. Entre ellos, se debe mencionar en primera instancia al Código Civil de Costa Rica, el cual, debido a su carácter supletorio y de cercanía con el propio derecho comercial, se pueden interpretar los siguientes artículos para beneficio de la teoría del levantamiento del velo social.

Por ejemplo, el numeral 20 indica que:

Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (Código Civil, 1887, art. 20).

Adicionalmente, los artículos 21 y 22 del Código Civil también plantean ciertos indicios para dar un leve sustento a la teoría del levantamiento del velo social: “Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe” (Código Civil, 1887, Art. 21). La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de este.

Todo acto u omisión en un contrato, que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepasa manifiestamente

los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso (Código Civil, 1887, Art. 22).

Por otro lado, si se analizan las herramientas o normativas disponibles en el área del derecho penal ante el abuso de la personalidad jurídica, el artículo 24 del Código de Comercio dispone que se prohíbe usar una razón social o nombre si la sociedad no está constituida debidamente en el mismo código. Para estos casos en que se infrinja se impondrán penas establecidas en los artículos 216 y 217 del Código Penal (Código de Comercio, 1964, Art. 24).

En cuanto a lo expuesto en el Código Penal, se puede interpretar que la materia concerniente a las estafas y simulaciones es otro elemento que quedaría a criterio del propio juez para abordar el supuesto de un abuso de la personalidad jurídica (Código Penal, 1970, Art. 216).

Asimismo, en ramas como la del derecho tributario, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios Ley n.º 4755, en el artículo 8 dispone un supuesto que puede evitar el uso abusivo de la personalidad jurídica en: “Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se debe aplicar prescindiendo de tales formas” (Código Tributario, 1971, Art. 8).

En síntesis, se parte del hecho de que, en el ordenamiento jurídico costarricense, no existe una norma expresa que restrinja y mucho menos que imponga una pena en concreto al uso abusivo de la personalidad jurídica, salvo los artículos citados que pueden utilizarse como jurisprudencia y cierto resguardo para la determinación final de un juez, esto, ante un caso que implique el abuso de la personalidad jurídica, de forma ilícita o contraria a derecho. Seguidamente, a manera de comparación objetiva y para la proactividad para resguardar la actividad mercantil del abuso de la personalidad jurídica es importante destacar algunos ejemplos notables dentro de la normativa internacional de otras latitudes. Esta experiencia puede resultar enriquecedora y de aprendizaje para su futura aplicación en el territorio nacional.

Internacionalmente, la teoría del levantamiento del velo corporativo se desarrolló en los Estados Unidos con el fuerte carácter jurisprudencial y doctrinal sobre la materia. Sin embargo, es hasta 1958 con la aplicación en Alemania en donde se considera sumamente influyente

para los países Latinoamericanos con la publicación de Rolf Serick titulada *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Esta obra plantea los puntos iniciales o bases para el desarrollo teórico del levantamiento del velo corporativo y expone el desarrollo de la doctrina en varios lugares (Rojas, 2014).

No obstante, todavía existen ciertas discusiones doctrinales que ponen en duda en cuáles casos procedería el levantamiento del velo corporativo y en cuáles no. Esto, debido especialmente a la diferencia que existe entre el *Common Law* con enfoque jurisprudencial y los demás ordenamientos de corte romanista que se basan en sistemas o principios como el de la teoría del derecho, la buena fe y el fraude de ley. Adicionalmente, Serick y Dobson (citados por Rojas, 2014), exponen lo siguiente sobre la generalización del levantamiento del velo corporativo en los casos que no sea necesario: “Traería inevitablemente la desnaturalización de la responsabilidad limitada que sería un resultado disvalioso. Por ello, para poder aplicar efectivamente la doctrina del levantamiento del velo, es necesario que se haga un planteamiento serio y estructurado” (p. 61).

De la misma manera, Serick (citado por Rojas, 2014), indica lo siguiente sobre los casos en los que se debe aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo:

Los ámbitos de aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica son el fraude de ley, fraude o violación al contrato, daño fraudulento en perjuicio de tercero, y algunos casos del contexto de las relaciones entre una sociedad matriz y su filial (p. 62).

Seguidamente, existe otra vertiente que considera el levantamiento del velo corporativo como todo un instrumento jurídico con su propia identidad frente a los abusos realizados por la personalidad jurídica. Esta vertiente considera a la teoría con sus propias características y con relación directa a doctrinas presentes en el derecho civil (Rojas, 2014). Ante esta vertiente, algunos autores como Salgado y Villalta (citados en Rojas, 2014) también realizan una clasificación interna en subjetivas, objetivas y mixtas, a lo cual, se añade lo siguiente:

Las subjetivas se caracterizan por exigir la concurrencia del dolo en el abuso de la persona jurídica, para causar el fraude, burlar la ley o lesionar los derechos de terceros [...]. La tendencia objetiva se enfoca en las circunstancias y condiciones en que se dio el abuso de la personalidad jurídica y sus resultados

en general contrarios al ordenamiento. Es decir, estas teorías no consideran importante la intención del sujeto (pp. 64-65).

Por el contrario, existe una postura opositora que plantea argumentos alegando una ilegalidad e inconstitucionalidad al romper el equilibrio logrado en el derecho societario existente; además de afectar la libertad de comercio y tráfico de capitales en la protección de empresas. Ante esta posición se agrega lo siguiente:

El levantamiento del velo podría representar vulneración a claros derechos constitucionales, tales como la privacidad, la libertad económica, la propiedad y la no discriminación arbitraria, entre otros. En efecto, en nuestros sistemas de derecho civil latinoamericano, todavía especialmente en gran medida en el derecho patrimonial, son ampliamente respetuosos de la ley del contrato, que es la asimilada metafóricamente a la ley en cuanto a su fuerza obligatoria. Torcer la voluntad declarada de las partes afectaría la seguridad jurídica y dañaría considerablemente derechos adquiridos. Otro derecho fundamental en peligro por una aplicación imprecisa e indiscriminada de la teoría del levantamiento del velo es el derecho constitucional de asociación, y el de consiguiente derecho a la personalidad jurídica (Figuroa, 2011, citado por Rojas, 2014, p. 66).

Finalmente, si se da un vistazo a algunas excepciones existentes a la tendencia de la no formulación expresa de normativa para regular el uso abusivo de la personalidad jurídica, se encuentran los siguientes numerales en la normativa internacional, los cuales pueden ayudar en gran manera para esclarecer el panorama que puede ser confuso o ambiguo ante ciertas circunstancias particulares del uso de la personalidad jurídica. Para esto, se puede recurrir a lo ya expuesto por Villalta (2011) en su anterior proyecto de ley titulado *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica, adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley n.º 3284 del 30 de abril de 1964 y sus reformas*, al analizar lo siguiente:

En América Latina, son excepciones a esta regla argentina (Ley de Sociedades Comerciales, n.º 19.550, artículo 54) y Uruguay (Ley de Sociedades Comerciales, n.º 16.060, artículos 189 y 190) que sí cuentan con un importante desarrollo legislativo sobre la materia. En otras naciones la legislación contempla, con

sus variantes, algunos casos específicos de levantamiento velo, como, por ejemplo, en sociedades de un solo socio (España, Inglaterra, Italia), de grupos de sociedades (Alemania, Portugal), o en materias como la tributaria, la defensa del consumidor e incluso la ambiental (pp. 4-5).

## V. Presupuestos necesarios

Las personas jurídicas pueden ser investigadas, juzgadas y condenadas, por medio de procedimientos penales. Según el principio de *numerus clausus* hay responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando esté especificado en el Código Penal, cuentan con penas de imposición obligatoria y de imposición facultativa.

Las personas jurídicas tienen doble vía de imputación, se les puede imputar responsabilidad penal por un delito por dos vías distintas. La responsabilidad de la persona jurídica es acumulativa a la de la persona física que haya cometido el delito. El procedimiento en el que se sustancia la responsabilidad de la persona jurídica es el mismo en el que se juzga a la persona física. Debe ejercerse una actuación preventiva para el caso de las personas jurídicas y se puede considerar el indulto cuando haya cumplido las tareas de supervisión, vigilancia y control y cuenten con vías de imputación de responsabilidad (De la Mata, Gómez y Nieto, 2018).

La aplicación del levantamiento del velo en materia de derecho mercantil se relaciona íntimamente con el concepto de grupo de sociedades. Es así como es necesario explicar de forma breve qué se entiende por grupo de sociedades (López, 2017). Ante el incumplimiento, dolo, patologías y actividades jurídicas incorrectas, el ordenamiento jurídico reacciona contra cada una de aquellas anormalidades negociales con remedios procesales y materiales específicos (Rojas, 2014).

Sin embargo, como bien sabemos, existe una serie de presupuestos para que se dé así el levantamiento del velo social. Al dejar a un lado los paradigmas y teorías sobre la persona jurídica es posible encontrar que se fragmentan en dos aristas importantes. Los presupuestos subjetivos son aquellos que involucran directamente a los sujetos, son los que se llevan a cabo en nombre propio o ajeno y los presupuestos objetivos son los que involucran cosas o conductas, son los antecedentes lógicos y jurídicos del negocio, que constituyen requisitos de validez o de eficacia (Almudí, 2017). Tanto los sujetos como el objeto deben ser idóneos para determinar si es necesario el levantamiento.

Debemos entender que este proceso es la última opción debido a que se busca solucionar de formas alternas, ante la gran necesidad se debe intervenir por medio de lo mencionado. Algunas de las situaciones en las que esto se presenta son:

Actuación ilícita o fraudulenta. Todas aquellas acciones en contra de lo que la ley establece o actividad de fraude por medio de la persona jurídica o sociedad:

Asimismo, se establece que, en esos supuestos (uso de las sociedades en fraude de ley, como mero recurso para violar la ley o el orden público o para frustrar derechos de terceros), las actuaciones y obligaciones de la sociedad se imputarán directamente a sus socios o controlantes, los cuales serán solidariamente responsables con ésta (Asamblea Legislativa, 2014, s. p.).

Situación de control sobre la sociedad, como el dominio incorrecto, control absoluto, un solo socio con patrimonio, el mal ejercicio de la potestad jurídica. El abuso del derecho como patología se entiende como el ejercicio, por parte de su titular, de las facultades o pretensiones que integran el contenido de un derecho subjetivo, fuera de los límites normales que la ley establece, en contra del objeto y los fines por los cuales se creó (Rojas, 2014).

La mala fe. Argüello (2019), cita el voto n.º 60 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia del 30 de mayo de 1995:

En el Derecho Romano la buena fe se la encuentra en el sentido objetivo en materia contractual (*contractus bonae fidei*). Es la norma jurídica de contenido moral con valor integrativo e interpretativo para las relaciones jurídicas. Responde a la idea genérica y abstracta de lealtad. En sentido subjetivo o psicológico en materia de posesión y usucapión (*bonae fidei possessio*) refiere a sujetos determinados. Equivale a la ausencia de malicia o dolo.

Confusión de esferas patrimoniales. “El «respeto» a las reglas de la persona jurídica exige a los individuos que actúan con efectos sobre el patrimonio social, a mantener claramente separadas su esfera individual de su esfera societaria” (Alfaro, 2015, s. p.). Cuando existe este problema en el patrimonio de la persona jurídica y el de la persona física como una confusión de las esferas llega a conferir la potestad de solicitar el levantamiento del velo social. Se debe entender la sociedad como un ente externo a los procesos que pueda tener

el representante. Asimismo, responde a la persona jurídica ante las obligaciones contraídas que son de carácter propio únicamente.

Nuestra regulación normativa sigue evolucionando y adaptándose a las circunstancias sociales, desde el ámbito constitucional hasta lo que se conoce como las responsabilidades penales de los ciudadanos. Actualmente, afrontamos una serie de preguntas e interrogatorios en lo que respecta a las personas jurídicas y cuáles son las pautas que se deben marcar para establecer sus límites. Lo anterior se debe a que es un tema tan novedoso y diferente en la jurisdicción y se observa que aun genera controversia en la sociedad, el desconocimiento de principios nuevos o una complejidad para el sistema procesal al no saber ejecutar los posibles actos delictivos que estas cometan. La persona jurídica no puede ser acusada de la misma forma que una persona física, por esto, se busca limitar su alcance y prevenir consecuencias.

## **VI. Principios orientadores del proceso penal que autorizan el levantamiento del velo**

El levantamiento del velo social en materia penal no se circunscribe únicamente a la criminalidad realizada por medio de entes colectivos o en la actividad societaria o corporativa. El uso indebido de vehículos corporativos también puede suceder en cualquier etapa del *iter criminis* e incluso antes o después de su agotamiento y, sin embargo, estar vinculados de alguna forma con la actividad delictiva (Damha, 2016).

Además, se puso en evidencia que el abuso de las entidades corporativas, en lo que respecta a acciones e investigaciones criminales, entorpece el proceso en varios sentidos, sea en la determinación de los hechos, la imputación de ellos, en la obtención de prueba y sobre todo en cuanto a la recuperación de activos para el resarcimiento de la víctima. Lo anterior mediante los vehículos corporativos que son aptos para disfrazar una amplia gama de hechos, elementos y eventos, entre ellos, los verdaderos socios, los mecanismos de toma de decisión y con esto la identidad del verdadero orquestador del delito, los verdaderos propósitos de negocios o cuentas, fuentes de ingresos, financiamientos anónimos, etc.

De esto se concluye que la aplicación del levantamiento del velo social (como acto investigativo) y la desestimación de la personalidad jurídica (la ineficacia de la separación sociedad-socios) son herramientas que no deben dejarse de lado en las investigaciones penales. Asimismo, que su aplicación no se circunscribe únicamente a los grandes delitos económicos o empresariales o el lavado de activos y financiamiento de terrorismo, sino que pueden ser herramientas útiles en investigaciones penales de casi cualquier delito, pues en todos ellos existen consecuencias económicas en las que los responsables pueden tratar de eludir su cumplimiento mediante el abuso de estructuras corporativas (Damha, 2016).

### ***La búsqueda de la verdad real***

El proceso penal se aboca a la constatación de los hechos y circunstancias acusados, como sus características de modo, tiempo y lugar. Lo anterior con el fin de asignarle a una consecuencia jurídica, es decir, la aplicación de una o varias normas a esa situación fáctica, bajo el principio de su legitimación *ius puniendi*, acaparado por el Estado (Damha, 2016).

El principio de la búsqueda de la verdad real se puede observar en la normativa penal y procesal. Por ejemplo, el artículo 180 del Código Procesal Penal establece el deber de objetividad del Ministerio Público y los tribunales, quienes, afirma la norma tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación. Además, el artículo 183 insiste en el punto al declarar que la prueba para admitirse debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y debe ser útil para descubrir la verdad.

Por otra parte, Soler (citado por Damha, 2016) sostiene que, en el proceso penal, la meta del juez es el descubrimiento de la verdad real. Por este motivo, no está limitado a conocer solamente las pruebas que las partes aporten a la causa, por lo que puede adoptar todo tipo de iniciativas útiles para alcanzar aquel propósito.

De esta forma, goza de potestades generales y características en estudio de casos de formas y estructuras societarias, con el fin de encontrar la *verdad* que se busca para atribuir delitos, resarcir bienes e imponer responsabilidades civiles a los culpables.

### ***El principio de libertad probatoria***

La única forma o vía de establecer esa verdad material o real de un hecho ilícito es mediante el elenco probatorio. En este aspecto debe puntualizar que el principio que rige en la búsqueda de la verdad real o material es la libertad de la prueba, esto es que cualquier medio probatorio lícito es válido para acreditar hechos o circunstancias dentro del proceso penal (Damha, 2016).

La ley define *libertad probatoria* en el artículo 182 procesal. Este artículo expresa que pueden probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley.

Las pruebas que se catalogan como ilícitas en el medio probatorio son la información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, así como información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. La excepción es que estas pruebas sean para favorecer al imputado, por lo que se aceptan para la resolución del caso, de no ser así es ilícito utilizarlas (Damha, 2016). Adicionalmente, el numeral 234 del Código Penal establece otros medios de prueba.

### *La subjetividad de la responsabilidad penal*

La responsabilidad es subjetiva, deriva de las consecuencias de los propios actos u omisiones, es decir, que no se puede hacer responsable a los sujetos por acciones de terceros. El delito es un hecho típico, antijurídico y culpable. La conducta típica contiene tres elementos, a saber, objetivos, normativos y subjetivos, los cuales deben cumplirse todos para que jurídicamente se constate la existencia de un delito y pueda atribuírsele a alguien.

Asimismo, el autor del delito debe tener dos atribuciones para poder llamarse autor del delito, la primera *ser capaz de comprender* y la segunda *querer* que con sus actos u omisiones se cometa un hecho ilícito (Damha, 2016).

La práctica usual en Costa Rica es que se tenga como imputados a los administradores formales —inscritos en la sección mercantil del Registro Público— de las sociedades que se utilizan para cometer delitos o por actividades cometidas por las sociedades que constituyan una violación al orden jurídico-penal (Damha, 2016).

Es muy complejo identificar bien al autor, ya que en Costa Rica existen muchas sociedades y cada una tiene diferentes grados de responsabilidad entre los socios partícipes. En algunos casos, por mencionar una problemática, se presenta cuando a propósito de esta responsabilidad personal subjetiva es imposible atribuir una acción al administrador, pues quien lo cometió fue el o los accionistas o peor todavía el caso que este debe cargar con las consecuencias de las decisiones de la Asamblea de Accionistas. Lo anterior provoca que se cree la limitación o el mayor problema que es la exclusión de bienes o patrimonios de las partes cuando se tenga que responder civilmente por los daños causados por los fraudes o abusos de la ley.

***El mandato de restablecer las cosas al estado que tenían antes del hecho***

En materia penal los jueces deben, en la medida de lo materialmente posible, restablecer las cosas al estado que tenían con anterioridad del hecho delictivo. Esto pueden hacerlo de forma provisional, mientras todavía no se haya resuelto el fondo del asunto y también de manera definitiva, mediante sentencia. La norma que lo ordena corresponde a los siguientes artículos del Código Procesal Penal (Damha, 2016):

ARTÍCULO 7. Solución del conflicto y restablecimiento de los derechos de la víctima

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima.

ARTÍCULO 140. Facultad especial En cualquier estado de la causa y a solicitud del ofendido, el tribunal puede ordenar, como medida provisional, el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo.

En el Código Penal también se puede apreciar, en el artículo 103 en el título VII, las consecuencias civiles del hecho punible y los efectos que se comprenden:

Artículo 103, Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará:

- 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor;
- 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y
- 3) El comiso.

En otros términos, el reclamo de los daños y perjuicios provenientes del delito debe hacerse por medio de la acción civil resarcitoria, porque así lo condiciona la normativa procesal. Sin embargo, esa misma condición no existe cuando se trata de la restitución del objeto material del delito, ya que la restitución no es una forma de indemnización en sentido estricto, se

sostiene que es una obligación del juez penal, quien debe incluso actuar de oficio para la restitución del objeto material, independiente de la acción civil (Damha, 2016).

## VII. Análisis de casos prácticos

Cuando nos referimos al término abuso de la persona jurídica nos referimos al uso de la persona jurídica o moral para un fin diferente para el cual se concibió. En la legislación y sociedad costarricense el propósito primario de las personas jurídicas o morales, que se presentan en forma de sociedades mercantiles, es el desarrollo y promoción del comercio. Por lo tanto, estas figuras suelen gozar de ciertos beneficios para implementar su desarrollo, lo cual las hace susceptibles de ser objetos de abusos de derecho. Como lo describen Salgo y Villalta (2003), la noción del abuso de la persona jurídica comprende:

Todas aquellas prácticas mediante las cuales dicha institución en cualquiera de las figuras en las que se presenta, así como las prerrogativas que se asocian con su atribución (en especial el privilegio de la limitación de la responsabilidad), son utilizadas de forma tal, que se generen resultados que, excedan, contravengan, o menoscaben los fines para los que fueron concebidas, derivando en perjuicios para los derechos de terceras personas, o burlando la ley o los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (s. p.).

De estas concepciones se debe rescatar el hecho de que el desviar el uso de las personas jurídicas del propósito para el cual se crearon y todavía más cuando esta desviación se genera con una intención contraria a derecho es el inicio del abuso de la persona jurídica. Lo anterior ya que a través de esta desviación se goza de las facultades que el legislador les brinda a las personas morales sin cumplir con el propósito que estos le asignaron.

Por ende, resulta completamente válido e intrigante comparar la situación del abuso de la figura de la persona jurídica o moral con la deplorable situación del reclutamiento de niños por parte de las organizaciones criminales. En esta lamentable situación grupos armados dedicados a actividades delictivas reclutan y entrenan menores de edad para llevar a cabo múltiples tareas tipificadas en los ordenamientos penales que abarcan desde la fabricación y transporte de narcóticos hasta realizar asesinatos de personas de interés para estas organizaciones (Acosta, 2021).

La similitud entre ambas situaciones surge a partir del hecho de que en ambas un cierto grupo de individuos utiliza personas con ciertas características y capacidades para llevar a

cabo acciones contrarias a derecho. De estas situaciones los primeros obtienen un beneficio personal, pero no toman a nombre propio la responsabilidad resultante de estos.

En el caso de las personas menores de edad, el hecho de ser inimputables suele ser la cualidad por la cual se consideran una opción para ser ejecutores de estas actividades, además de la poca credibilidad o fragilidad que puede tener su testimonio. En el caso de las personas jurídicas o morales, las cualidades que son el motivo para llevar a cabo un uso desviado de las mismas suelen ser primero la separación del patrimonio de aquellos que las conforman y del patrimonio social, ya que esto es el nivel de responsabilidad contractual y extracontractual de aquellos que se ocultan detrás del manto social.

Adicionalmente, es posible mencionar los beneficios tributarios, ya que, por lo general, las personas jurídicas poseen montos exentos de tributación más altos. Debido a que su propósito es el desarrollo comercial es concebible y lógico que realicen un manejo mayor de capital.

El artículo 981 del Código de Civil expresa: “Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1887, s. p.). Esto se conoce en derecho comercial como el principio del patrimonio como garantía general de las deudas. Por lo tanto, es posible analizar cómo las personas jurídicas o morales funcionan como una herramienta para desafiar este principio, el cual tiene como medio asegurar el cumplimiento de la responsabilidad contractual y extracontractual de las obligaciones. Por ende, este tipo de abuso, además de ser una amenaza para el bienestar comercial de la social, también es una amenaza para los derechos de los acreedores.

En el supuesto anterior existen diferentes niveles para este tipo de abuso, por un lado, es posible encontrar la persona física que oculta sus bienes inmuebles detrás de una persona jurídica con el objetivo de exceptuarlos de responder como garantía ante cualquier obligación futura que contraiga, ya sea a través de contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito. Por otro lado, es posible encontrar la empresa que divide en facturación entre múltiples personas jurídicas o morales con el objetivo de no sobrepasar el monto mínimo para el pago de impuestos de renta.

De esta manera, al dividir sus contrataciones entre diferentes personalidades, pese a que el consumidor asume que pacta con una misma compañía, en un eventual caso de

incumplimiento únicamente puede arremeter contra el patrimonio de la personalidad jurídica con la que oficialmente pactó, aún si el patrimonio real sea mucho mayor. Además, es posible analizar la amenaza que esta práctica simboliza para la responsabilidad contractual en el ámbito laboral, ya que, si un empleado es contratado por cierta jurídica, solo puede exigirle a este el pago de sus obligaciones como patrono, lo cual es una amenaza directa a sus derechos.

Por ende, es razonable y argumentable denominar amenaza mayor al buen desarrollo del comercio la práctica de la separación patrimonial mal intencionada. Esta azota contra los principios generales del comercio, de manera amplia y descarada y pese a ser inidentificable no es castigable en el ordenamiento jurídico actual. Como lo indica el Tribunal de Familia a través de su resolución número 00505-2007 del día 11 de abril del 2007:

En el mundo moderno, se recurre a determinadas conformaciones societarias complejas, para facilitar el desarrollo empresarial o una mejor explotación de los mercados, lo cual es lícito; más, en no pocos casos, se les utiliza para evadir responsabilidades, en cuyo caso la práctica deviene ilícita. En estos casos, se presentan agrupaciones de sociedades, formal y aparentemente distintas e independientes entre sí y en la realidad responden a una unidad empresarial, a la cual se le ha dado tal apariencia con el fin de defraudar acreedores, evadir el pago de impuestos y otras cargas fiscales (s. p.).

Con base en el problema analizado es coherente afirmar que es necesaria la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario como una medida para contrarrestar los diferentes abusos de derecho, en los cuales se hace un uso mal intencionado de instrumentos y figuras jurídicas intencionadas y orientadas al bien y desarrollo social por parte del legislador. Además, debe entenderse que su aplicación debe ser excepcional y justificada para que este no violente el ordenamiento jurídico mismo.

Con respecto a esto, el Tribunal Segundo Civil Sección I, en la resolución número 00414-2014, se pronuncia de la siguiente manera:

Sin duda, la doctrina del levantamiento del velo societario debe ser utilizada por todo juzgador, de manera excepcional, únicamente en favor de terceros, no de los socios y siempre y cuando no se haya empleado la misma, en abuso de derecho o bien, con un fin defraudatorio de esos terceros (s. p.).

En relación con lo anterior, de manera adicional, existe la posibilidad de integración de grupos empresariales conformados por varias empresas. Como es común tanto en el derecho y como en el comercio internacional, esta práctica es habitual en grupos mercantiles de capital basto que se dedican o invierten en diferentes sectores económicos, lo cual es completamente de acuerdo con derecho y a las costumbres y principios comerciales. Sin embargo, esta situación es diferente cuando existe en la constitución del grupo un fin fraudulento o contrario a derecho. Con respecto a esto, el Tribunal Segundo Civil Sección I en la resolución número 00390-2014 indica lo siguiente:

Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico y del derecho comercial moderno, el hecho de que varias empresas se integren en un grupo económico regido por una dirección común o que establezcan relaciones de colaboración entre ellas es, en principio, irrelevante, en el tanto, cuando de atribuir responsabilidad civil se trata, hay que estarse a las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas o sociedades que integren el grupo. Lo anterior implica, que, con independencia de la existencia o inexistencia de un grupo, cada empresa responde autónomamente de sus obligaciones. Claro está, que esta regla se quiebra, cuando se logra acreditar el uso, fraudulento, abusivo o doloso de la personalidad jurídica, a fin de evadir responsabilidades jurídicas, supuesto en los que sí es posible proceder a “rasgar el velo” societario y declarar la comunicación de las responsabilidades de las empresas del grupo (s. p.).

Es una verdadera limitación para el juzgador no contar con las herramientas necesarias para cumplir su deber y buscar el equilibrio social. En materia civil esta limitación abre una ventana de limitaciones que posiciona a las autoridades judiciales en un estado de ineficacia, ya que se limita la habilidad del juzgador para desempeñar sus funciones pese al reconocimiento que pueda hacer el mismo a los abusos que atentan contra el orden social y comercial.

Una situación distinta sucede con los organismos judiciales homólogos de otros países en los cuales existe un establecimiento legislativo de la teoría del levantamiento del velo social. Este brinda a sus juzgadores una importante herramienta para evitar el abuso de las personas jurídicas o morales.

Un caso de referencia en la jurisprudencia norteamericana es el popular caso de *Walkovszky v Carlton*, tramitado por la División de Apelaciones de la Corte Suprema del Estado de Nueva York, segundo departamento en el año 1965. En este caso en particular, el demandante de apellido *Walkovszky* fue atropellado violentamente por un vehículo tipo taxi propiedad del demandado *Seon Cap Corporation*. Sin embargo, existía una particularidad, uno de los demandados de apellido *Carlton* figuraba como accionista en diez corporaciones incluida la descrita, en las cuales existían solo dos vehículos de transporte público tipo taxi registrados por cada corporación. No obstante, todas las operaciones de estos vehículos eran operadas como una única entidad, unidad y empresa, lo que comprendía desde su financiamiento, abastecimiento, reparación, contratación de empleados y almacenamiento de los vehículos, por lo tanto, pese a la división registral se trataba de una sola compañía.

Esta división patrimonial atentaba directamente contra los derechos al resarcimiento del ofendido, ya que en un inicio no existía capital suficiente en la empresa propietaria oficial del taxi para cubrirlo. Por este motivo, una vez presentada la apelación se le concedió al demandante exigir la responsabilidad conjunta de todas las corporaciones descritas para el pago de tal resarcimiento, ya que se determinó conformaban una sola organización (Corte Suprema de Justicia del Estado de Nueva York, 1965).

De manera comparativa, la situación anterior, *data* acerca de lo que se conoce en el ordenamiento jurídico como el principio general de responsabilidad extracontractual, el cual se encuentra plasmado, de manera positivista, en el artículo 1045 y siguientes del Código Civil. Este artículo afirma que: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1887, s. p.).

Si el precedente estudiado hubiese ocurrido dentro de la jurisdicción, el desenvolvimiento y la resolución hubieran sido muy distintos, aunque hubiese tenido éxito la responsabilidad del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima en el incidente. No obstante, el patrimonio que respondería por esta responsabilidad extracontractual sería más limitado.

Como ya lo hemos mencionado, no existe un reconocimiento dentro de la legislación costarricense a la teoría del levantamiento del velo societario. Existen múltiples y amplios análisis de diferentes instancias que mencionan y reconocen la existencia de los requisitos mínimos para su aplicación, no obstante, al no tener esta fuerza de ley no poseen la capacidad de desplegar los efectos legales del mecanismo.

Por lo tanto, si este incidente hubiese ocurrido en San José y no en Nueva York, únicamente hubiera respondido a nivel civil el patrimonio de la sociedad que oficialmente figuraba como propietaria registral del vehículo. Esto se considera una práctica malintencionada para defraudar a posibles víctimas de incidentes que se puedan presentar durante el servicio y limitar la responsabilidad extracontractual del negocio.

Del mismo modo, así como representa el abuso de la persona jurídica o moral un peligro para la responsabilidad extracontractual lo puede presentar para la responsabilidad contractual. Un caso que ejemplifica perfectamente esta problemática se presentó en el Reino Unido, conocido como *Jones v. Lipman* y tramitado por el Tribunal Superior de Justicia (1962). En este caso un comprador de apellido Jones acordó la compra de una propiedad por un determinado precio con un vendedor de apellido Lipman. Después de esto, este último se arrepintió y procedió a crear una empresa con el único propósito de transferir la titularidad propietaria del inmueble para eludir la obligación pactada con Jones. Una vez elevada esta circunstancia al Tribunal Superior de Justicia se falló a favor de Jones, reconociendo que esta compañía era exclusivamente una máscara para evitar el cumplimiento de una obligación, por lo que se procedió al levantamiento del velo social.

En el marco jurisprudencial costarricense existen varias situaciones que se pueden encontrar a través de las cuales se puede conceptualizar un abuso de la personalidad jurídica. En la resolución número 00353-2014 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se tramita una apelación de un fallo del Tribunal de Familia a un trámite de divorcio. En esta apelación la parte actora demandó a su excónyuge, un empresario agrícola y, conjuntamente, a siete sociedades anónimas de las cuales este era accionista mayoritario y apoderado generalísimo, acusándolo de fraude de simulación de traspaso de bienes, ya que el mismo a través del tiempo habría registrado bienes, tanto muebles como inmuebles personales a nombre de las sociedades anónimas. Por lo tanto, no eran disputables por medio del proceso de divorcio, limitando el derecho de la parte actora al reparto adecuado de los bienes al finiquitar el vínculo matrimonial.

Por otro lado, aunque la parte actora se hizo acreedora del 50 % de las acciones que poseía la parte accionada, esto no le garantiza el goce real de estos bienes, ya que siguen siendo propiedad de las sociedades anónimas y, por ende, no puede utilizarlos ni disponer de los mismos de acuerdo con sus deseos. A pesar de que tiene derecho a los rendimientos de estas sociedades, el problema radica en que algunas son fachadas para ocultar estos bienes y no generan ganancias, por lo que no tiene goce alguno de estos bienes, ya sea de manera directa o indirecta.

Otra situación similar a la anterior en la cual es posible identificar un potencial caso de abuso de la personalidad jurídica es en la expuesta en la resolución 00181-2015 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. En esta resolución se disputan bienes generados durante el matrimonio, los cuales se encontraban en sociedades anónimas, así como las ganancias de un negocio de venta de vehículos propiedad del accionado a través de una sociedad anónima. En este caso, al no poder demostrarse que la conformación de estas sociedades se produce dentro del matrimonio, se genera un problema, ya que contribuye con que los bienes personales queden exentos de responsabilidades matrimoniales.

En materia laboral, un caso en el cual se pueden apreciar los presupuestos del abuso de la personalidad jurídica se encuentra en la resolución número 00637 - 2015 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. En este caso un ex empleado de una sociedad anónima demanda a la misma y a otra sociedad mercantil por el pago de sus derechos laborales.

A pesar de que solo la primera sociedad era formalmente su patrono, ambas sociedades mercantiles conformaban un solo ente y se administraban como uno solo, similar al caso de *Walkovszky v Carlton*. Por este motivo, ambas debían responder solidariamente por la deuda existente con su antiguo empleado y el capital y patrimonio de ambas debía responder por la misma. Por ende, la Sala falló a favor del ex empleado de seguridad y lo determinó de este modo.

Es importante entender que en este caso no se aplicó un levantamiento del velo social para reconocer a las diferentes sociedades mercantiles como una sola, sino que se estableció una relación laboral con ambas sociedades de manera conjunta. Por lo tanto, ambas debieron responder por el contrato laboral previamente existente.

A través del análisis de estos casos es posible afirmar que las maneras de abusar de las personas jurídicas o morales son múltiples e ilimitadas y que las repercusiones que estos abusos pueden tener en el equilibrio social y comercial pueden ser sumamente extensos. Por consiguiente, es lógico afirmar que existe una necesidad de formalizar la metodología del levantamiento del velo social o corporativo a partir del presupuesto del abuso de las personas jurídicas. De esta forma, se puede dotar al juzgador con las herramientas necesarias para llevar a cabo un control efectivo del cumplimiento de las partes en materia civil y comercial.

A pesar de la innegable necesidad de la formalización del mecanismo, también existe un peligro en la misma. Esto se debe a que, de no darle el legislador el carácter de aplicación

excepcional a este mecanismo, delimitando presupuestos específicos para su ejecución y brindándole un uso de última medida, puede poner en riesgo la separación patrimonial entre las personas jurídicas y aquellos que las conforman cuando esta se encuentra direccionada de acuerdo con derecho y en cumplimiento del propósito de la figura de la persona jurídica o moral. Lo anterior puede tener un impacto negativo en la función y el papel que cumplen este tipo de personas en el desarrollo social y comercial.

### VIII. Conclusiones

1. La persona jurídica al poseer capacidad jurídica, entendida como la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, es un ente independiente de aquellos que la conforman. Esta independencia o autonomía se otorga a las figuras morales por parte del legislador costarricense para que estas funcionen como desarrolladores del comercio, por lo tanto, su actividad y uso debe estar orientado a la producción comercial. Particularmente, se encuentra en esta figura una separación del patrimonio personal de aquellos que la conforman y de la persona jurídica misma. Esto se debe a que se busca que las obligaciones de una no afecten el patrimonio del otro, ya que como se estableció con anterioridad, el patrimonio es la garantía general del cumplimiento de toda obligación.
2. El abuso de la persona jurídica o moral se ocasiona cuando la actividad o uso de esta se desvía del propósito para el cual fue concebido este tipo de personas. Debido a su capacidad jurídica y su capacidad de actuar, la persona puede representar un medio muy atractivo para llevar a cabo acciones contrarias a derecho.
3. Existen múltiples maneras de abusar de una persona jurídica. A pequeña escala, se puede utilizar como una cortina de humo para ocultar bienes de personas físicas, lo cual ocasiona una disminución de responsabilidad extracontractual por la cual estos bienes puedan responder. Del mismo modo, existe la posibilidad de separar capitales de una empresa a través de varias de ellas, lo que puede ocasionar una defraudación de la Hacienda Pública, ya que se busca que cada sociedad no sobrepase el límite excepto para el impuesto de renta. Como se puede observar existe una infinidad de maneras y circunstancias a través de las cuales se puede abusar de una persona jurídica o moral.
4. Los tipos de abuso mencionados representan una amenaza desmesurada para el funcionamiento de la sociedad y el desarrollo del comercio, ya que violentan las normas de convivencia establecidas para todos los que coexisten en una determinada sociedad.

Además, en el ámbito comercial, arremeten contra los principios comerciales más básicos, como el principio de la buena fe.

5. El funcionamiento de la convivencia social y del desarrollo del comercio es imperativo para la preservación de la sociedad misma y para garantizar el bienestar de los individuos que habitan en esta. Por este motivo, estas prácticas absolutamente contrarias a derecho requieren de medidas oportunas para erradicarse y evitar que desplieguen efectos negativos en la sociedad.
6. Existe la necesidad de introducir al ordenamiento positivo normativo un mecanismo que permita rasgar ese velo social o corporativo. En este punto puede desempeñar un papel importante la implementación de la teoría del velo societario como una medida para atacar estas prácticas espurias que buscan estafar los principios que rigen y regulan a la sociedad.
7. Esta práctica puede permitir la responsabilidad solidaria de varias personas jurídicas cuando se determine que todas estas conforman un mismo ente empresarial separado o compartimentado con el objetivo de reducir la posible responsabilidad contractual y extracontractual que puede experimentar este ente comercial en una eventual disputa civil. De esta manera, permite responsabilizar a aquellos integrantes de personas morales que las conformen o utilicen como un medio para llevar a cabo actuaciones espurias y contrarias al ordenamiento jurídico.
8. No obstante, es importante aclarar que pueden existir múltiples sociedades conformadas por individuos en común cuando esto se lleva a cabo con un fin lícito y bien intencionado al propósito de la figura jurídica. Por ejemplo, las corporaciones como Mega y Amazon, las cuales poseen un portafolio de múltiples empresas o personas jurídicas de las cuales figuran como integrantes, pero cada una responde a una actividad comercial diferente incluso al encontrarse en la misma rama de negocios. Al igual que las personas físicas gozan de la llamada presunción de inocencia, las personas jurídicas y sus propósitos se deben presumir como lícitos, por lo que, a menos que ocurra un evento que ponga en duda su actuación, como un proceso civil o penal en su contra, no se debe cuestionar la integridad de la persona moral.
9. Por ende, si el legislador faculta al juzgador con la herramienta de la metodología de la teoría del levantamiento del velo societario, primero los parámetros o requisitos para

su aplicación deben versar en el abuso de la persona jurídica y, de esta manera, debe ser concebida con un carácter de uso exclusivo para casos establecidos previamente que justifiquen una acción tan severa. Por lo tanto, hablamos de la necesidad de una proporcionalidad entre el abuso de la persona jurídica y la medida aplicable, podríamos hablar de una metodología escalonada, a través de la cual los efectos que desplieguen sobre las sociedades comerciales sean los necesarios para garantizar el funcionamiento social y comercial. De lo contrario, la presencia de esta figura en el ordenamiento jurídico puede construir un riesgo adicional y no un beneficio para la sociedad y el comercio.

## Referencias

- Abeliuk-Manasevich, R. (2000). *Las obligaciones*. Ediar Editores Ltda.
- Acedo-Quesada, O. R. (2013). *Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima (o acerca del levantamiento del velo corporativo)*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Acosta, J. L. (2021). *Grupos armados convierten a niños reclutados a la fuerza en Colombia en “máquinas de guerra”*. Duque. <https://www.reuters.com/article/colombia-de-rechos-ni-os-idLTAKBN2AC1Z8>
- Alfaro, J. (2015). *Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (y ii)*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/lecciones-personalidad-juridica-y-levantamiento-del-velo-y-ii>
- Almudí, J. (2017) *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*. Universidad complutense de Madrid <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40907/1/T38291.pdf>
- Ambrosio-Leonelli, P. (2004). *Abuso de la personalidad jurídica*. Universidad Católica de Temuco.

- Anzola-Gil, M.; Arrubla-Paucar, J. A.; Calderón-Gutiérrez, A. E.; Calderón-Villegas, J. J.; Cárdenas-Mejía, J. P.; Castillo-Mayorga, F.; Castro-Cuenca, C. G.; Díaz-Ramírez, E.; Forigua-Rojas, J.; Fadrique-Méndez, C.; Gaitán-Martínez, J. A.; Gaitán-Rozo, A.; Gil-Echeverry, J. H.; Holguín-Mora, T.; Jaramillo-Jassir, I. D.; León-Robayo, E. I.; López-Castro, Y.; Mesa-Zuleta, M. L.; Reyes-Villamizar, F.; Rincón-Cárdenas, E.; Santamaría-Ariza, E.; Secondo-Varela, E. P.; y Venegas-Franco, A. (2010). *Levantamiento del Velo Corporativo: Panorama y perspectivas el caso colombiano*. Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/levantamiento-del-velo-corporativo.pdf>
- Argüello, L. (2019) Buena fe y doctrina de los actos propios: origen, premisas elementales y abordaje jurisprudencial. *Revista Ius Doctrina*. file:///C:/Users/geneg/Downloads/36798- Texto%20del%20art%C3%ADculo-128270-1-10-20190629.pdf
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1887). *Código civil*. <https://docs.google.com/document/d/1wWsODHSjxN1AsdymTqHkYLNfFLDDCmhb3xrRQd56niA/edit>.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1887). *Ley n.º 63. Código Civil*. [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)
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1964). *Código de comercio*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTip M=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTip M=TC)
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1964). *Ley n.º 3284. Código de comercio*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239)

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1970). *Ley n.º 4573. Código Penal*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027)
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1971). *Ley n.º 4755. Código Tributario*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param2=3&nValor1=1&nValor2=6530&nValor3=89974&nValor4=NO&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=3&nValor1=1&nValor2=6530&nValor3=89974&nValor4=NO&strTipM=TC)
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2014, 26 de agosto) *Opinión Jurídica: Expediente N.º 18.213*. <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/18213%20dic.pdf>
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2019). *Ley de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos. Ley No. 9699*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=TC)
- Avendaño, L. y Sánchez, B. (2015). *La responsabilidad del accionista (coutista) en materia fiscal de acuerdo con el posible ingreso a Costa Rica a la OCDE*. Universidad de Costa Rica. Tesis para optar el grado de Licenciatura en Derecho. <https://docplayer.es/69843364-Universidad-de-costa-rica-facultad-de-derecho.html>.
- Basile, M. y Falzea, A. (2015). *Persona giuridica*. En Umberto, B (Ed.), *Enciclopedia Del Diritto*.
- Brenes, A. (1998). *Tratado de las obligaciones* (7.ª ed.). Editorial Juricentro.
- Brenes-Córdoba. (1974). *Tratado de personas*. Editorial Costa Rica.
- Calduch-Cervera, R. (s. f.). *Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales*. Universidad Complutense de Madrid. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55163/2Metodos.pdf>

- Damha, C. (2016). *El levantamiento del velo corporativo en delitos ejecutados a través de la implementación de estructuras societarias complejas*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Trabajo final de graduación. [https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/carolina\\_damha\\_najja\\_r\\_tesis\\_completa\\_167.pdf](https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/carolina_damha_najja_r_tesis_completa_167.pdf).
- De la Mata, N.; Gómez, J. y Nieto, A. (2018) *Derecho penal económico*. Editorial Dykinson file:///C:/Users/geneg/Downloads/derecho\_penal\_economico\_2018%20(1).pdf
- División de Apelaciones de la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Segundo Departamento. (1965). *Caso 24A.D.2d. Walkovszky v. Carlton*. [https://nycourts.gov/reporter/archives/walkovszky\\_carlton.htm](https://nycourts.gov/reporter/archives/walkovszky_carlton.htm)
- Herrera, E. (1998). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Editorial Astrea.
- Lacruz, J. L. (1979). *Manual de derecho civil*. Librería Bosch.
- López, L. (2017) *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40907/1/T38291.pdf>
- Montoya, L. (2013). *Sobre el proyecto: levantamiento del velo de la personalidad jurídica, adición de un artículo 20 bis al código de comercio Ley n.º 3284 del 30 de abril y sus reformas*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=17786&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=17786&strTipM=T)
- Mora, C. (s. f.) *Advierten sobre plan para levantar el velo societario*. <https://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/323970/advierten-sobre-plan-para-levantar-el-velo-societario>
- Morocho, I. (2021). *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica: utilidad y aplicación al caso civil*. Universidad de Piura, tesis para optar título de abogado. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4794/DER\\_2101.pdf?sequence=](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4794/DER_2101.pdf?sequence=)
- Muñoz-Conde, F. y García-Arán, M. (2010). *Derecho penal Parte General*. (8.ª ed.). Tirant lo Blanch.

- Pérez-Vargas, V. (1994). *Derecho privado* (3.<sup>a</sup> ed.). Litografía e imprenta LIL. S. A.
- Real Academia Española. (s. f.). *Definición persona*. <https://dle.rae.es/persona>
- Rojas, V. (2014). *El levantamiento del velo social: análisis doctrinal y propuesta para Costa Rica*. Universidad de Costa Rica, Trabajo final de graduación. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-levantamiento-del-velo-social-analisis-doctrinal-y-propuesta-para-Costa-Rica.pdf>
- Sala II de la Corte Suprema de Justicia. (2014). *Sentencia n.º 00353. Exp: 09-000692-0338-FA. Proceso Ordinario de Divorcio*. <https://vlex.co.cr/vid/540794098>
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2014). *Resolución n.º 00353-2014*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-603590>
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2015). *Resolución n.º 00181-2015*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0005-837161>
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2015). *Resolución n.º 00637-2015*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-642741>
- Salgado-García, C. E. y Villalta-Flores-Estrada, J. M. (2003). *La aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social en Materia Laboral como un mecanismo para garantizar el cumplimiento de los Derechos de los Trabajadores*. [Tesis de grado]. Universidad de Costa Rica.
- Salgado-García, C. E. y Villalta-Flores-Estrada, J. M. (2003). *La Aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Social en Materia Laboral como un Mecanismo para Garantizar el Cumplimiento de los Derechos de los Trabajadores*. [Tesis de Licenciatura]. Universidad de Costa Rica.
- Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia. (2007). *Resolución n.º 00505-2007*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-373282>

- Tribunal Segundo Civil Sección I de la Corte Suprema de Justicia. (2014). *Resolución n.º 00414-2014*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-623424>
- Tribunal Segundo Civil Sección I de la Corte Suprema de Justicia. (2014). *Resolución n.º 00390-2014*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-627375>
- Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido. (1962). *Caso: 1 W.L.R 832. Jones v. Lipman*. <https://www.lawteacher.net/cases/jones-v-lipman-1962.php>
- Villalta, J. (2011). *Expediente n.º 18213. Proyecto de Ley: Levantamiento del velo de la personalidad jurídica, adición de un artículo 20 bis al Código de Comercio, Ley n.º 3284 del 3 de abril de 1964 y sus reformas*. [http://www.asamblea.go.cr/Centro\\_de\\_informacion/Consultas\\_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx).
- Villegas, C. G. (1997). *Sociedades comerciales*. Rubinzal-Culzoni.
- Zerpa-Levis, I. (2000). El abuso de la persona jurídica en la sociedad anónima. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. <http://www.zur2.com/fcjp/116/zerpa.htm>

## 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/>

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 editor de la revista, Lic. Osvaldo Madrigal Méndez, correo electrónico [omadrigalm194@ulacit.ed.cr](mailto:omadrigalm194@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 1° de diciembre previo. La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de setiembre debe presentarse antes del 1° 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.

## 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:

- MA. Luana Valeria Nieto Méndez, decana de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de ULACIT.
- Lic. Osvaldo Madrigal Méndez, profesor-investigador de la Escuela de Derecho de ULACIT; director-editor de la Revista Derecho en Sociedad.

### **Revisión filológica**

Daniel González Monge

# 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