

DERECHO EN SOCIEDAD

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

VOLUMEN 17. NO. 1. MARZO 2023
PUBLICACIÓN SEMESTRAL. ISSN 2215-2490



DERECHO EN SOCIEDAD

REVISTA ELECTRÓNICA DE LA ESCUELA DE DERECHO DE ULACIT
VOLUMEN 17. No. 1. MARZO 2023. PUBLICACIÓN SEMESTRAL ISSN. 2215-2490

Directora

MA. Luana Valeria Nieto Méndez

Editor en jefe

Lic. Vicente Calatayud Ponce de León

Filóloga

Licda. María Fernanda Sanabria Coto

Asociación Costarricense de Filólogos.

Carné nro. 225

Colypro. Código 75402

Diseñador Gráfico

Carlos Eduardo Fonseca Hidalgo

1. EDITORIAL

Por Vicente Calatayud Ponce de León, Editor en jefe.

2. DOCTRINA

El papel de los criterios ASG (Ambientales, Sociales y de Gobernanza) dentro del arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión

Brandon Rojas Picado

Página 1

El impacto de las nuevas tecnologías y su injerencia en la trata de personas

Ericka Paola Martínez Siles

Página 35

Los aspectos jurídicos de la propiedad intelectual en la era digital

Laura Sofía Rey Sánchez

Página 72

Programas de compliance y su relevancia para la empresa privada, a la luz de la Ley n.º 9699 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Marianella Solís Benavides

Página 95

Influencers: un análisis del fenómeno social a partir del Derecho de Consumo y la Protección de Datos Personales

Mauricio J. Garro Guillen

María Vanessa Zamora González

Página 123

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.

EDITORIAL

Por: Lic. Vicente Calatayud Ponce de León. Editor, editor en jefe

[...] no puede admitirse que el Abogado sea únicamente la persona que con el título de Licenciado o Doctor en Derecho se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses y las causas de los litigantes, sino que es el consejero de las familias, el juzgador de los derechos controvertidos cuando los interesados lo desean, el investigador de las ciencias históricas, jurídicas y filosóficas, cuando éstas fueran necesarias para defender los derechos que se le encomiendan, el apóstol de la ciencia jurídica que dirige la humanidad y hace a ésta desfilarse a través de los siglos». (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de España del 22 de enero de 1930).

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/abogado/abogado.htm>

De nuevo, nos complacemos en presentar una edición más de la revista *Derecho en Sociedad*, en este momento el volumen 17, número 1, correspondiente al mes de marzo del año 2023, y en esta ocasión creo conveniente recordar las palabras que en el año 2011 escribió su primer director, don Norberto E. Garay Boza en el número inicial de la revista, allá por el mes de julio del año 2011, donde se decía lo siguiente: «La Revista Derecho en Sociedad de la Facultad de Derecho, de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología genera y difunde, en un espacio académico y virtual, conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes relacionadas con todas las áreas del saber, de forma libre, crítica y propositiva. A su incidencia nacional e internacional en el ámbito de la academia, de la profesión, de la sociedad y de las instituciones, se une el compromiso con una visión humanista, socio-constructivista y de apertura intelectual, que promueve el fortalecimiento de las capacidades cognitivas superiores, la capacidad crítica, la solución de problemas de relevancia actual, la toma de decisiones, la interacción social y la inserción de los saberes empleados en contextos complejos y reales. La Revista, de publicación semestral, se dirige a los sectores académicos y profesionales en Derecho y ciencias afines».

Han transcurrido prácticamente 12 años desde que fueron escritas las anteriores palabras y sin querer incurrir en autoelogios innecesarios, se puede afirmar que los objetivos pretendidos en aquel momento se han cumplido. La revista, en todo ese tiempo, no ha dejado de publicar un solo número de aquellos a los que se comprometió, y su acervo documental son, ni más, ni menos, 130 trabajos publicados, producto no solo de docentes de nuestra institución, sino también de estudiantes, egresados

y profesionales ajenos a aquella. Pero, lo dicho, supone un dato cuantitativo, al se debe añadir la calidad de los trabajos publicados, cuya responsabilidad corresponde al consejo editorial. No debe perder de vista que son muchos más los artículos recibidos, lo que acredita el impacto de la revista, aunque no recibieran el visto bueno para ser publicados.

La labor no ha sido sencilla en un mundo en el que, por unas u otras causas, la investigación –actividad indispensable como una de las prioridades de la estructura académica y como herramienta imprescindible para la formación universitaria– no parece atraer a demasiadas personas, lo cual es excusa para continuar trabajando en esta apasionante labor.

Son cinco los artículos que, en este momento, publicamos, de los cuales cuatro de ellos corresponden a estudiantes a punto de terminar su carrera y que han supuesto su trabajo final de graduación. Los temas, de indudable actualidad, tratan cuestiones relativas a arbitraje comercial internacional, nuevas tecnologías y trata de blancas, propiedad intelectual en la era digital y programas de *compliance*.

Finalmente, publicamos un cuidadoso trabajo de dos destacados docentes de ULACIT dedicado a un tema candente y polémico, cual es el estudio del fenómeno de los *Influencers*, en relación con el consumo y la protección de datos personal.

Ahora, únicamente nos queda esperar el juicio de los lectores, siempre con el íntimo deseo de que su sentencia se corresponda con las expectativas que nos hemos creado.

Como siempre, muchas gracias a todas y todos.

El papel de los criterios ASG (Ambientales, Sociales y de Gobernanza) dentro del arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión

The role of criteria ESG (Environmental, Social and Governance) within international commercial arbitration and investment arbitration

Brandon Rojas Picado¹

Resumen

Los criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza son un grupo de reglas a seguir en el sector empresarial y de inversión en general. Básicamente, los criterios ASG han trazado la ruta por la cual las compañías desarrollan sus modelos de negocio y prácticas comerciales, velando por el cumplimiento de compromisos internacionales en cuanto a la protección del ambiente y a la regulación de emisiones de carbono se refiere; lo que genera el cambio de pautas corporativas que ocasionan disputas por someter a arbitraje comercial internacional. De igual manera, los criterios ASG, aportan elementos protagónicos en disputas de arbitraje de inversión entre un Estado y un inversionista que alega cambios a las condiciones de su inversión producto de nuevas políticas ambientales y la introducción de agendas de sostenibilidad, que perjudican sus operaciones tradicionales, amparadas bajo un Tratado o Acuerdo de Protección a las Inversiones.

Palabras clave

Criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza, arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversión, disputas e inversionista.

Abstract

The Environmental, Social and Governance criteria are a group of rules to be followed in general by the business and investment sector. Basically, the ESG criteria have outlined the path by which companies develop their business models and commercial practices, ensuring compliance with international commitments regarding the environmental protection and the regulation of carbon emissions; which generates the change of corporate guidelines

¹ Estudiante candidato al grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, ULACIT.

that cause disputes to be submitted to international commercial arbitration. Similarly, the ESG criteria provide key elements in investment arbitration disputes between a State and an investor that pleads changes to the conditions of their investment because of new environmental policies and the introduction of sustainability agendas, which harm their traditional operations, protected under a Treaty or Investment Protection Agreement.

Keywords

Environmental, Social and Governance criteria, international commercial arbitration, investment arbitration, disputes, and investor.

Introducción

Los estándares contemporáneos de sostenibilidad han generado que las empresas canalicen sus esfuerzos y recursos en la adaptación de una serie de medidas que giran en torno a parámetros Ambientales, Sociales y de Gobernanza (ASG) que, según la American Arbitration Association (2022), “se refiere a la forma responsable y sostenible que una empresa lleva a cabo negocios y genera ingresos, medidos por su compromiso corporativo con los problemas sociales y ambientales” (párr. 2).

Acorde con Atkins (2018), “un programa sólido de ASG puede dar acceso a grandes grupos de capital, a construir una marca corporativa más fuerte y a promover, en el largo plazo, un crecimiento sostenible que beneficie a las empresas y a los inversionistas” (párr. 3). Lo anterior trae consigo toda una serie de compromisos y una considerable reorganización empresarial que buscan el beneficio a largo plazo de la compañía. Como bien establece Kopper-Castro (2022), estos esfuerzos regulatorios dan a las empresas la posibilidad estratégica de tener una voz y formar parte de la transición global.

No obstante, la transición a la cual se hace referencia en muchas ocasiones termina derivando en disputas que, por su naturaleza comercial y novedosa, hacen del arbitraje el método hecho a la medida para atenderlas. En palabras de Manzano y Toimil (2021):

La flexibilidad procesal, los altos niveles de especialización de los árbitros y la posibilidad de ejecutar los laudos prácticamente en cualquier país del mundo al amparo de la Convención de Nueva York, son algunos de los atributos del arbitraje que lo convierten en un método atractivo y efectivo para la resolución de conflictos, incluyendo disputas ASG. (p. 2)

Bajo esta línea, las disputas Inversor-Estado son cada vez más comunes en medida que avanzan los planes hacia una transición energética y se vela por el cumplimiento de tratados como el Acuerdo de París. En este marco, Terceño et al. (2022) establecen que los Estados se encuentran incluyendo disposiciones ASG en los tratados de comercio e inversión para avanzar en sus objetivos de sostenibilidad. Lo anterior, hace inevitable el crecimiento de disputas, según Volkmer et al. (2022), “a medida que se acelere la transición energética, las disputas entre inversores y estados están destinadas a multiplicarse” (párr. 5).

Modelos de Tratados Bilaterales de Inversión (BIT)² como el de Países Bajos, ya muestran características progresivas en torno al derecho de regular las obligaciones ambientales de los inversores (Reino de los Países Bajos, 2019). En igual sentido, lo presenta el BIT entre Indonesia- Singapur (2018) que dentro de sus principales reconocimientos destaca el Capítulo III, artículo 17, en donde se establece el acceso al arbitraje internacional por disputas de inversión (Reino de los Países Bajos, 2019). De acuerdo con Newton (2022), a este tipo de tratados se les conoce como de “nueva generación” (párr. 10).

Respectivamente, la introducción de estas prácticas de sostenibilidad hace que los inversionistas en muchas ocasiones se sientan perjudicados por el país en donde están realizando sus operaciones. Tal escenario se ha visto en gran medida en Costa Rica, España, Países Bajos e Italia, naciones que en la última década se han sometido a procesos arbitrales de inversión donde los elementos ASG han formado parte fundamental de la disputa, principalmente controversias relativas al sector energético en el caso de los países europeos.

Por consiguiente, las tendencias actuales en el arbitraje comercial internacional y de inversión, demandan profesionales capacitados para interpretar y tramitar los conflictos relacionados con los criterios ASG. Por ejemplo, Clemmen-Christensen y Bach-Rasmussen (s.f.), reconocen el valor de los departamentos legales que ayudan a las empresas a “minimizar los posibles daños causados por el incumplimiento de los requisitos, normas y/o políticas de ASG” (párr. 11).

A grandes rasgos, resulta evidente que la ruta de la sostenibilidad ha marcado una tendencia muy marcada tanto en las controversias de arbitraje comercial internacional como en las de inversión. En la actualidad, los estándares Ambientales, Sociales y de Gobernanza juegan un papel protagónico en el desarrollo de los objetivos de las empresas; en las negociaciones de los sectores corporativos; en las prácticas de los inversionistas; y, en los Estados a la hora de

2 A este tipo de tratados se les conoce en la práctica como BIT: *Bilateral Investment Treaty*.

diseñar sus Tratados Libres de Comercio e Inversión. Por ende, su importancia en el panorama actual es más latente que nunca.

Metodología

El enfoque de la investigación es cualitativo, de acuerdo con Álvarez-Gayou et al. (2021) la investigación cualitativa es “un proceso de conquista-construcción-comprobación teórica desde una perspectiva holística, pues se trata de comprender el conjunto de cualidades interrelacionadas que caracterizan a un determinado fenómeno” (párr. 18). De tal manera, el enfoque cualitativo cumple con las condiciones requeridas para analizar la realidad social y operativa de los elementos Ambientales, Sociales y de Gobernanza en el mundo arbitral.

Asimismo, se plantea abordar lo anterior mediante el tipo de estudio descriptivo, el cual, según Hernández-Sampieri et al. (2014), “busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población” (p. 92). Por ende, mediante un estudio descriptivo se pueden recabar los principales elementos y analizar las características más importantes que presentan la implementación de los criterios ASG en el arbitraje comercial y de inversión.

El material utilizado en el desarrollo de esta investigación, consiste principalmente en Tratados Bilaterales de Inversión; Acuerdos Internacionales en materia ambiental; preceptos constitucionales y leyes ambientales de diversas jurisdicciones del orbe; artículos académicos y opiniones de expertos en arbitraje comercial internacional y de inversión; precedentes jurisprudenciales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA); y, finalmente, noticias de interés con relación al tema objeto de investigación.

Criterios ASG

En conformidad a lo dispuesto por Sanmartín (2022), cuando se habla de los “criterios ASG”, se hace referencia a parámetros “Ambientales, Sociales y de Gobernanza”, también conocidos por sus siglas en inglés *ESG* (*Environmental, Social and Governance*) (p. 2). En esta línea, la Cámara de Comercio de España (s.f.) establece que, mediante las prácticas ASG “las empresas conocerán cuáles son los aspectos materiales más relevantes sobre los que su actividad tiene algún tipo de impacto, no solo desde la perspectiva del entorno sino también teniendo en cuenta cómo incide en el valor en el negocio” (párr. 2).

Bajo este marco, Carpio-Rivero (2022) indica que los criterios ASG constituyen

Tres dimensiones altamente exigidas por la sociedad en su conjunto; (i) Gestión sobre el impacto en el medio ambiente; (ii) Gestión sobre la responsabilidad sobre la sociedad, particularmente las poblaciones más vulnerables y excluidas; (iii) Sobre la transparencia y ética al generar negocios. (párr. 1)

Autores como Suhadolnik y Strike (2021), señalan que los criterios ASG constituyen una especie de paraguas y que lo que cae dentro o fuera de este no está claramente definido (párr. 7). No obstante, su práctica e introducción es cada vez más común en el sector empresarial y de inversión, tal como lo reflejan Zeenni et al. (2022): “la comunidad inversora es cada vez más consciente de una serie de cuestiones ASG y algunos inversores se están alejando de los objetivos puramente financieros para adoptar un enfoque que incluya los factores ASG” (p. 1).

Básicamente, a nivel mundial los inversionistas han empezado a trabajar estratégicamente en el desarrollo de sus programas comerciales a través de la lupa de los parámetros “Ambientales, Sociales y de Gobernanza”. Por ejemplo, Restrepo (citada por Deloitte, 2021a) trae a colación datos de *The Wall Street Journal* provenientes del primer trimestre de 2021, donde comenta que “21.5 mil millones de dólares fueron destinados a fondos de inversión basados en principios ASG, a nivel global, monto que casi duplica el del año previo” (párr. 2).

En este sentido, el bufete de abogados Hogan Lovells (2022) celebró la asesoría que le realizó a altos jerarcas de la ciudad de Monterrey, México, quienes anunciaron que invertirían más de MX\$4000 millones³ en el centro industrial y corporativo de México, mediante programas de obras públicas, desarrollo urbano, movilidad e infraestructura sustentable, diseñados bajo un enfoque ASG (párr. 5). Esto es tan solo una muestra de cómo los estándares ASG se pueden emplear para beneficio y promoción de las agendas de ciertos sectores corporativos, industriales y políticos.

Sin embargo, la etiqueta contemporánea de sostenibilidad no solo se refleja en la implementación de nuevas tácticas empresariales, sino que, como bien lo señala Terceño et al. (2022) la sostenibilidad viene acompañada de fuertes presiones legales y comerciales, sobre todo en temas de emisiones de carbono y protección de los derechos humanos de sus trabajadores (p. 5). Por ende, se generan responsabilidades comunitarias que hay que traducir en compromisos comerciales. Según la firma Herbert Smith Freehills (2021):

3 MX\$4 000 000 000 (Cuatro mil millones de pesos mexicanos) equivalentes a US\$20 0761 000,00 (Veinte millones setecientos sesenta y un mil dólares americanos).

Las condiciones relacionadas con el ASG también se están volviendo más comunes en los contratos de inversión a largo plazo, incluidos los sectores de la energía, la minería y la infraestructura. Estos pueden incluir, por ejemplo, las obligaciones del inversor de cumplir con los estándares ASG especificados. Estos contratos también pueden incorporar recortes a las cláusulas de estabilización, lo que permite a los gobiernos introducir nuevas regulaciones relacionadas con cuestiones ASG. (párr. 11).

Respectivamente, Manzano y Toimil (2021) establece que, “durante décadas, el arbitraje ha sido el principal medio para resolver disputas comerciales y de inversión internacionales y, por lo tanto, la incorporación de elementos ASG en los acuerdos comerciales internacionales se ha reflejado en las disputas de arbitraje” (párr. 3). Este punto es de especial relevancia dentro del presente artículo, dado que, en medida que se presenten criterios ASG en los vínculos contractuales ya sea de índole comercial o de inversión, se irán introduciendo cada vez más, cláusulas que velen por el cumplimiento de estas obligaciones y compromisos de sostenibilidad.

El tema de las cláusulas constituye un punto controversial, según argumenta Terceño et al. (2022) “son novedosas, complejas y en gran medida no probadas, que es probable que den lugar a disputas sobre cómo deben interpretarse y aplicarse” (p. 5). Bajo este marco, Sánchez (2022) menciona que, “una cláusula arbitral incompleta, contradictoria o confusa puede llevar a resultados no intencionados por las partes, como conflictos de competencia y potenciales dilaciones” (párr. 1).

En general, es importante que la interpretación tanto de estas cláusulas como de los estándares Ambientales, Sociales y de Gobernanza sea acorde con el panorama de transición energética que repercute en la actualidad. Según el Consell Valencià Graduat Socials (2022), los datos del primer *Little Open* (por sus siglas, LO)⁴ del curso impulsado por la Asociación Europea de Arbitraje y *Eversheds Sutherland* en 2019, indican que el sector energético es uno de los que más conflictos genera entre empresas y Estados en todo el mundo, con el 20% del total de los arbitrajes.

Por otra parte, y abordándose desde el punto de vista del consumidor, un mensaje ambientalista puede influir mucho en los patrones de compra. Expertos de J.P. Morgan (2022) lleva-

⁴ Los “*Little Open*” son sesiones con profesionales en arbitraje internacional, principalmente apoyados por la Asociación Europea de Arbitraje: <https://opendearbitraje.com/little-open/>

ron a cabo un estudio en donde se revela que los criterios ASG influyen en las preferencias de los consumidores, así como en las actitudes de la sociedad. Por ejemplo, el estudio indica que, en Estados Unidos un 52% de las personas encuestadas se encuentra de acuerdo con que hacen sus compras en empresas que apoyan la protección del medio ambiente, en el caso de Alemania fue un 47% de los encuestados, en Singapur un 52% y en Indonesia un 61%.

Deloitte (2021b) indica que el efecto de preferir empresas con políticas ASG, es una especie de beneficio por hacer lo correcto para las propias compañías. La fuente señala que, cuando una empresa incorpora prácticas Ambientales, Sociales y de Gobernanza en sus procesos, le genera un impacto directo en su creación de valor, en razón a que genera confianza y buena reputación dentro y fuera de la organización (p. 3). Del mismo modo, FundsPeople (2022) se refiere a este fenómeno de manera breve pero atinada, básicamente indica que los factores ASG no solo son ambientales, sino que, existe un notorio pico de referencia en temas sociales en medios corporativos y un mayor interés en la presión normativa.

Es decir, que la implementación de los criterios ASG se encuentra directamente relacionada con los patrones modernos de la población, por ende, es normal que crezca el interés de las compañías en transformar sus prácticas bajo el objetivo de llegar a una atmosfera social que se identifica con la sostenibilidad y que se encuentra dispuesta a orientar sus preferencias para que estén acorde con el medio ambiente.

Colateralmente, las naciones que beneficien este tipo de transición se verán beneficiadas porque serán vistas como puestos que facilitan un modo de inversión sostenible, amigable con el planeta y con políticas gubernamentales acordes a esta postura ambientalista. Ejemplo de esto, lo evidencian datos del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (2022) que indican que “Costa Rica atrae 11 veces la cantidad de Inversión Extranjera Directa nueva que podría esperarse dado el tamaño de su economía. Además, es el país número 1 del mundo en el atractivo de recursos naturales (...)” (párr. 19).

Derecho fundamental al medio ambiente

Consolidación como derecho y su presencia en disputas comerciales y de inversión

De acuerdo con el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española (RAE, 2022), los derechos fundamentales son los “derechos declarados por la Constitución, que gozan del máximo nivel de protección” (párr. 1). Asimismo, Restrepo-Tamayo et al. (2021) desde un enfoque más doctrinario, indican que un derecho fundamental es “una declaración normativa que le concede a un sujeto la legitimidad para reclamar un atributo material a

través del cual se asegure una esfera básica de dignidad, de supervivencia o de autodeterminación” (p. 291).

De tal manera, se puede decir que los derechos fundamentales derivan de un poder constitucional que se encarga de reconocer el derecho en cuestión; en esta ocasión al del medio ambiente a favor de las personas y frente al Estado. Por ejemplo, la Carta Magna de Costa Rica en su artículo 50 dispone el principio a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁵ (Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica, 1949), en igual sentido, la Constitución de Brasil protege el medio ambiente en su numeral 23 incisos VI y VII⁶ (Congreso Constituyente del Brasil, 1988), la de España en el 45⁷ (Cortes Generales de España, 1978) y la de Países Bajos en el 21⁸ (Reino de los Países Bajos, 1814), por citar algunos.

Así, el 28 de julio de 2022 constituye una fecha de gran relevancia, dado que, fue el día en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas (2022) a través de la Resolución 76/300 reconoció el derecho a un medio ambiente sano y sostenible, siguiendo de esta manera, la línea presentada en favor de los compromisos ambientales tomados por la comunidad internacional.

No obstante, a pesar de estar presente en preceptos constitucionales y en resoluciones como la recién vista, no fue hasta hace unas cuantas décadas que la protección al medio ambiente empezó a generar eco y revuelo dentro de la comunidad jurídica a nivel internacional. Acorde con Naciones Unidas (s.f.), el primer precedente en la historia del desarrollo sostenible se remonta a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en la ciudad de Estocolmo, Suecia, en 1972. Según lo señalado por la propia fuente, “la conferencia adoptó la Declaración y el Plan de Acción de Estocolmo que establece principios para la preservación y mejora del medio ambiente humano, con recomendaciones para la acción ambiental internacional” (Naciones Unidas, s.f., párr. 1).

5 Constitución Política de Costa Rica, art. 50, segundo y tercer párrafo: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado”.

6 Constitución Política de Brasil, art. 23: “La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en conjunto, tienen el poder de: VI) Proteger el medio ambiente y combatir la contaminación en cualquiera de sus formas; VII) Preservar los bosques, la fauna y la flora”.

7 Constitución Política de España, art. 45.1 y 45.2: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

8 Constitución Política de Países Bajos, art. 21: “Los poderes públicos velarán por la habitabilidad del país y por la protección y el mejoramiento del medio ambiente”.

Posterior a ello, Naciones Unidas⁹ desarrolló la Cumbre de la Tierra de 1992 en Rio de Janeiro, Brasil; la Cumbre del Milenio en el 2000; la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, en 2002; reuniones referentes a los Objetivos del Desarrollo del Milenio en Nueva York; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en 2012; y la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en 2015, donde se promulgó la Agenda 2030. En esta sintonía, hay que sumarle las convenciones del clima de Naciones Unidas, conocidas como COP, que son de especial importancia (Naciones Unidas, s.f.).

Debido a estos esfuerzos comunitarios, se presencian importantes Tratados Internacionales como el Acuerdo de París de 2015, que de acuerdo con la organización United Nations Climate Change (2018), establece compromisos vinculantes para los Estados parte, teniendo el objetivo de limitar el aumento de la temperatura mundial muy por debajo de los 2 grados centígrados (limitarlos a 1.5 grados) (párr. 2). Si bien, para alcanzar dicho objetivo, los países deberán establecer parámetros de reducción de emisiones e implementar esfuerzos de mitigación en diversos sectores de su economía, tal como el ámbito comercial.

Propiamente, Deloitte (2021b) relaciona el tema del Acuerdo de París con los criterios ASG de la siguiente manera:

El tema de los ASG no es ajeno a los gobiernos, ya que no solo se tienen que fortalecer las regulaciones en la materia para alcanzar las metas establecidas en el Acuerdo de París (2015), sino también trabajar de la mano con las empresas e inversionistas, y, de esa forma, impulsar, más integralmente, la agenda de la responsabilidad social y ambiental. (p. 18)

El Parlamento Europeo (2022) destaca el Pacto Verde Europeo que contempla el sistema de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea, el cual “tiene como objetivo reducir las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) de la industria al obligar a las empresas a tener un permiso por cada tonelada que emitan de este gas de efecto invernadero” (párr. 3).

El anterior, constituye un ejemplo importante de los programas comunitarios que se pueden desarrollar para impulsar los compromisos plasmados en el Acuerdo de París, lo cual no es fácil de diseñar, sobre todo considerando la protección tan amplia que repercute actualmente en el sector de inversión. En palabras de Tienhaara (2017):

9 Sitio web de Naciones Unidas con la cronología de sus hitos en materia ambiental y sostenible: <https://www.un.org/es/conferences/environment>

Es importante reconocer que más de 3000 tratados bilaterales de inversión (BITs) incluyen disposiciones para proporcionar protección legal a todas las formas de inversión extranjera, incluida la inversión en sectores que eventualmente deben quedar obsoletos para evitar el calentamiento más allá del límite de 2°C establecido por el Acuerdo de París. (p. 230)

Esta situación se ha visto en casos basados en el TLCAN, Parraga y McWilliams (2021) que, para marzo de 2021, la empresa de crudo y gas Finley Resources Inc., recurrió al CIADI después de considerar que la empresa estatal mexicana PEMEX, incumpliera e irrespetara los pagos y servicios derivados de Finley según los contratos rubricados por las partes. En este particular, Kaiser (2022), indica que:

México abrió su sector de petróleo y gas a inversores extranjeros en 2013, pero introdujo restricciones a la inversión extranjera en 2018. En mayo de 2021, se añadieron restricciones adicionales, aunque su constitucionalidad está siendo cuestionada en los tribunales mexicanos. (p. 21)

De igual modo, Suárez-Rodríguez (2021) comenta que empresas como REPSOL, Impregilo, S.P.A., Telefónica, Siemens AG, BBVA, Exxon Mobile, entre otras transnacionales con presencia importante en la región latinoamericana, no se han mantenido ajenas a la posibilidad de demandar a los Estados sobre la base de los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (p. 2).

Sin lugar a duda, resulta necesario ver cómo evoluciona el proceso de transición energética e implementación de inversiones renovables, para poder determinar correctamente el impacto generado en los sistemas de resolución de disputas Inversor-Estado. Aunque, a decir verdad, en la actualidad, el efecto ya es notorio, pero aún hace falta mucho camino por recorrer, sobre todo, si se contempla que mientras exista un marco que regule y proteja la inversión, existirá la posibilidad de que se genere una disputa en la materia, donde algún inversionista alegue una expropiación o una violación a estándares o normas comunes en los Tratados y Acuerdos de Inversión, como el estándar de trato justo y equitativo o el de nación más favorecida.

Alcance del Derecho al ambiente y las ASG en las decisiones arbitrales

Los parámetros ASG se presencian como un conjunto de reglas a seguir en las relaciones comerciales y de inversión debido a su influencia en la actual era contemporánea de soste-

nibilidad. Dicho de otra manera, las ASG son recomendaciones sobre temas ambientales, sociales y de gobernanza, pero en su esencia contribuyen sustancialmente en el contenido de los cuerpos normativos de carácter imperativo y de orden público, como la ley, los tratados y los contratos que regulan las relaciones jurídicas entre las partes.

En particular, la legislación moderna en materia ambiental va más allá de la anterior postura de *'soft law'* y más bien contempla esta especie de criterios dentro de su contenido sustantivo, resultando necesario su acatamiento en caso de que, en una controversia de arbitraje comercial, las partes debidamente hubieren traído a colación estas disposiciones. Y es que, en arbitraje comercial internacional la controversia se resuelve mediante una normativa de fondo, que generalmente es citada por las partes dentro de sus memoriales con el objetivo de fundamentar jurídicamente sus posiciones y pretensiones.

Comprendiendo lo anterior, el Tribunal Arbitral se encuentra en el deber de resolver la controversia bajo los postulados jurídico-ambientales que las partes correctamente introdujeron a la disputa. De lo contrario, estaría recurriendo en un vicio de falta de motivación del laudo lo cual generaría una causal de nulidad, tema analizado en un posterior apartado del presente artículo. Además, en un posible escenario donde las partes no hubieren argumentado sus posiciones en base a normativa ambiental, el tribunal se encontraría en un dilema de si resolver o no bajo el *"iura novit curia"* o *"iura novit arbiter"*¹⁰, que de acuerdo con Matheus-López (2017) es un principio que viene limitado en su factibilidad y realidad en el arbitraje, aunado a que "los árbitros tendrían que conocer una vasta cantidad de derechos nacionales distintos, e incluso propios de tradiciones jurídicas diferentes - *common law*, *civil law*, derecho musulmán, etc." (párr. 2). Por ende, no es muy recomendable su aplicación en la práctica.

Por supuesto que, no todas las jurisdicciones del orbe son fuertes en materia ambiental, y existe gran disparidad entre los ordenamientos jurídicos bien posicionados y las legislaciones laxas en contenido "verde", lo cual puede influir mucho en las decisiones que tome el Tribunal Arbitral. A modo de ejemplo se cita un estudio hecho en la región centroamericana por la Fundación Konrad Adenauer y la Asociación Empresarial para el Desarrollo (2022), donde identificaron "una carencia de criterio técnico en el establecimiento y la creación de normativa ambiental" (p. 60); como comparación las organizaciones destacan que "el país con la legislación ambiental más robusta es Costa Rica, seguido por Honduras y Panamá" (Fundación Konrad Adenauer y la Asociación Empresarial para el Desarrollo, 2022, p. 51). Por otra parte, a la hora de resolver una disputa de arbitraje de inversión, el Tribunal Arbitral

10 Aforismo latino para indicar el "árbitro conoce el derecho".

está en el deber de dirigirse al lenguaje del tratado base, para ver si existen excepciones o capítulos ambientales dentro de su contenido. Ejemplo de esto se encuentra en el Capítulo 17 del Tratado de Libre de Comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR, 2006), capítulo más bien desarrollado con el objetivo de que los inversionistas cumplan con la protección de políticas ambientales en este marco. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 17.2.2 del tratado: “Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna” (CAFTA-DR, 2006, p. 17-1).

En términos generales, vemos que los Estados a su nivel más alto mediante Acuerdos de Inversión, han incluido requisitos para que las inversiones ejercidas dentro de su territorio sean de conformidad con las leyes del país, las cuales velan por la protección al medio ambiente. De tal modo, se crea una responsabilidad para con los inversionistas, quienes deberán cumplir con estas disposiciones internas, con el objetivo de tener una inversión debidamente protegida bajo el marco ratificado. Es decir, los inversionistas no pueden exigirle al Estado reclamos de estándares de protección en Acuerdos de Inversión si no han cumplido con las políticas presentes en la legislación ambiental interna.

El Capítulo 24 del Tratado de Libre de Comercio de América del Norte (por sus siglas en español TLCAN y en inglés NAFTA) y los Capítulos 18 y 21 del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos, son otros ejemplos de marcos internacionales que establecen condiciones y obligaciones primarias para los inversionistas, y que se encuentran relacionadas con la protección al medio ambiente. Justamente, el Acuerdo entre Perú y Estados Unidos incluye la imposición de sanciones comerciales como la suspensión de beneficios arancelarios en caso de vulnerar las obligaciones ambientales¹¹.

Asimismo, Newton (2022) señala que los tratados de nueva generación contemplan disposiciones que protegen las medidas ambientales, lo cual es llamativo considerando que, desde una perspectiva histórica los preceptos relacionados con materia ambiental no eran una característica de la mayoría de los tratados de inversión, por el contrario, generalmente establecían un marco de protección al inversionista desfavorecido ante ciertas medidas.

Según una investigación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) llevada a cabo por Gordon y Pohl (2011), se muestra un patrón entre el período

11 Art. 18.4 del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos. (2009).

2008-2011 donde se evidenció que un 89% de los Acuerdos de Inversión concluidos, contenían referencias ambientales dentro de su lenguaje. Los autores destacan a Canadá, Nueva Zelanda, Japón, Estados Unidos y Finlandia, como las principales naciones que incluyeron terminología de compromiso ambiental dentro de sus tratados.

Finalmente, en caso de que un Tribunal Arbitral en una disputa de inversión no fundamente su decisión en base a postulados y criterios del tratado o bien no se refiera a los capítulos o excepciones presentes en el tratado, incurriría igualmente en una causal de nulidad por falta de motivación del laudo.

Crecimiento de disputas en materia de inversión

Hay precedentes importantes en el sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y en la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), sobre casos de arbitraje de inversiones en los que el cumplimiento de los estándares ASG, las leyes ambientales y los derechos humanos, han sido el núcleo de la disputa. De acuerdo con la información recopilada por el portal *Investment Policy Hub*¹², los casos David Aven y otros vs. República de Costa Rica (Caso CIADI No. UNCT/15/3) y PV Investors vs. Reino de España. (Caso CPA No. 2012-14), son ejemplos de controversias recientes y que ya fueron resueltas (CIADI, 2015; CIADI, Corte Permanente de Arbitraje [CPA], 2012).

Mientras que, casos como Encavis y otros vs. Italia (Caso CIADI No. ARB/20/39) y RWE vs. Países Bajos (Caso CIADI No. ARB/21/4), se encuentran en trámite y parte de los reclamos de los inversionistas se refieren al desfavorecimiento de sus condiciones como parte de la transición energética que desempeña respectivamente, Italia y Países Bajos (CIADI, 2020; CIADI, 2021a).

Análisis de los casos concluidos

Analizando el caso David Aven y otros vs. Costa Rica (CIADI, 2015), la base de datos Investment Policy Hub (2021) indica que, dentro de los detalles de la inversión realizada, sobresalían participaciones en varias empresas dedicadas a un proyecto de construcción conocido como “Proyecto Las Olas”. Según la fuente, la controversia o disputa surgió por:

Reclamaciones derivadas de la terminación por parte del Gobierno del proyecto de construcción de hoteles, clubes de playa y villas de los reclamantes, tras

12 Los Casos fueron seleccionados de la base de datos de *Investment Policy Hub*: <https://investmentpolicy.unctad.org/>

la revocación de un permiso de viabilidad ambiental después de determinar que la propiedad incluía humedales y un bosque protegido e investigaciones penales contra uno de los reclamantes. (párr. 2)

Como tal, este caso fue bastante mediático tanto a escala doméstica como internacional y fue basado en el CAFTA-DR. Propiamente, el autor Restrepo-Rodríguez (2020) realiza una recapitulación medular de los puntos más importantes del laudo final, por ejemplo, señala que “a pesar de los equívocos que pudiesen surgir de las autoridades costarricenses, el Tribunal no halló responsable al Estado Anfitrión de compensar daños al inversionista” (p. 162). Esto fue fundamentado por el Tribunal Arbitral mediante la verificación de que en el área del “Proyecto Las Olas” sí existían humedales y bosques protegidos. (CIADI, 2015 [Caso No. UNCT/15/3], Laudo Final 2018, párr. 506 y 518).

La autora Sauma (2018) señala dos elementos distintivos por los cuales el caso ha de considerarse de gran interés, el primero tiene que ver con el hecho de que el caso se centra en la potestad del Estado de regular y proteger al medio ambiente, sobre todo considerando que Costa Rica es más que reconocida por su liderazgo en materia de conservación ambiental. Asimismo, Sauma (2018) destaca que la contrademanda presentada por Costa Rica en contra de los inversionistas, configura el segundo elemento distintivo del caso.

En concordancia con lo anterior, la división latinoamericana de Herbert Smith Freehills (2019) fue la encargada de representar a Costa Rica en el caso, y de igual manera la firma indica que la decisión es de gran relevancia porque reconoció como cuestión de derecho internacional, el derecho de un Estado a aplicar y hacer cumplir sus leyes de protección ambiental contra los inversores extranjeros (párr. 3). Y es que, dentro del contenido del Laudo final el Tribunal destacó el respeto de Costa Rica por la protección del medio ambiente y la forma en que ha recibido reconocimientos por sus esfuerzos a escala internacional, por lo cual

el turismo internacional, reconocido como un importante contribuyente a la economía local debido al flujo de divisas, depende fuertemente de la variedad y el estado actual de los ecosistemas disponibles en Costa Rica. Por consiguiente, no resulta sorprendente que el país haya adoptado una legislación interna que pretende proteger la naturaleza, en paralelo a los esfuerzos para proteger la salud y el bienestar de su población. (CIADI, 2015 [Caso No. UNCT/15/3], Laudo Final 2018, párr. 420)

Si bien, la decisión llegó en 2018, el país llevaba años trabajando en su imagen de nación promotora del medio ambiente, fuente de peso sustantiva del turismo costarricense. En palabras de Frost (2020), “casi dos tercios de las tres millones de personas que visitan Costa Rica cada año lo hacen debido a su naturaleza” (párr. 14). En síntesis, el caso David Aven y otros vs. Costa Rica más allá de repercutir a nivel local, marcó un valioso precedente jurisprudencial en materia ambiental dentro del sistema CIADI.

Ahora bien, es válido destacar la presencia de otros casos relacionados con materia de compromisos comunitarios en temas ambientales, y en específico relacionados con la transición energética y la implementación de energías renovables. Por ejemplo, el caso de PV Investors vs. Reino de España (CPA, 2012) fue una controversia que se basó en lo que serían las primeras pinceladas de una oleada de disputas energéticas que le esperaban a España, en esta ocasión relacionada a la energía fotovoltaica.

Según Noilhac (2020), “España es notoriamente el Estado más afectado en los procedimientos de arbitraje basados en el Tratado de la Carta de la Energía (ECT), ya que se cree que ha perdido 835 millones de euros hasta la fecha” (p. 21). En la parte dispositiva del Laudo de PV Investors vs. España tuvo que enfrentar una condena de 91 millones de \$USD, sumado a la mitad de las costas del arbitraje, lo que indiscutiblemente constituye un monto categóricamente inferior a los aproximadamente 2.200 millones de \$USD pretendidos en un inicio por los inversionistas (CPA, 2012, Laudo Final, párr. 909).

En este sentido, la autora Noilhac (2020) aporta a la discusión el término “la saga española de las energías renovables” gracias a los más de 40 casos presentados contra España por el momento, la mayoría contiene dentro de sus reclamaciones, una supuesta violación al estándar de trato justo y equitativo. Desde un punto de vista práctico, el estándar de trato justo y equitativo posee un papel protagónico en los Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones, según De la Cerda- Olivos y Goldenberg-Peñañiel (2007), “el trato justo y equitativo es un principio integrante y fundamental del Régimen Jurídico aplicable a las inversiones extranjeras por parte del Estado receptor de la inversión” (p. 5). Para Sorto-Guzmán (2013), es el deber del Estado en brindarle al inversionista un trato imparcial, no arbitrario y con acceso a la justicia, y el derecho del Estado en regular las acciones del inversionista en su territorio de manera clara y precisa (p. 81).

Análisis de los casos en curso

Llevar a cabo un análisis de los casos actuales en donde se contemplan los criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza, ya sea como protagonistas o antagonistas, es de especial in-

terés, sobre todo porque cumple el propósito de visualizar de forma actualizada, los acontecimientos con los que se enfrentan los Tribunales competentes para el respectivo caso. Bajo este criterio, Rivas (2021) indica que en 2021 la empresa energética alemana RWE acudió ante el CIADI a establecer una demanda contra los Países Bajos por el cierre de su central de carbón y la prohibición de su uso para la generación de energía, ocasionados por los compromisos de la nación neerlandesa en materia climática.

El anterior reclamo fue interpuesto al amparo del Tratado de la Carta de la Energía, tratado que por cierto se encuentra bajo una presión muy fuerte a causa de la postura tomada por el Tribunal de Justicia Europeo (en adelante por sus siglas, TJUE). Bevan et al. (2021), establecen que los casos de inversión basados en el Tratado de la Carta de la Energía se encuentran en un estado inestable por la decisión que tomó el TJUE en los casos Achmea vs. Eslovaquia y PL Holdings SARL vs. Polonia, donde *inter alia* indicó la incompatibilidad de este Tratado con el derecho comunitario europeo.

De tal manera, no es de extrañar que a futuro los casos basados en este precepto legal sean exhaustivamente debatidos en cuanto a términos de jurisdicción se refiere, dado que, el TJUE construyó una posición que en definitiva es controversial y pareciere a primera instancia, que veta la posibilidad de plantear reclamos bajo esta norma. En el presente RWE vs. Países Bajos y en otro caso invocado por otra empresa energética germana contra la nación neerlandesa; Uniper vs. Países Bajos (Caso CIADI No. ARB/21/22), se han tenido que tomar las previsiones necesarias (CIADI, 2021b).

En palabras de Putter (2021), los Países Bajos iniciaron dos medidas cautelares contra ambos arbitrajes ante los tribunales alemanes con el objetivo de bloquear los procesos y que estos no procedieran en el CIADI. Como es de esperar, el autor relata que la base de estas medidas cautelares es “la incompatibilidad del Tratado de la Carta de la Energía con la legislación de la UE en asuntos de protección de la inversión dentro de la UE” (Putter, 2021, párr. 9).

Con respecto al caso Encavis y otros vs. Italia, no se presencia mucha información. La autora Bocci (2020) atribuye que el motivo es por haberse formulado justamente bajo el Tratado de la Carta de la Energía, sin embargo, la propia Bocci (2020) con tal de contextualizar, añade que “esta disputa surgió en relación con ciertas plantas de energía fotovoltaica propiedad de Encavis AG y sus 57 filiales” (párr. 1). Como tal, Italia cuenta con su propia versión de saga de casos fotovoltaicos, conocidos bajo el vocablo italiano “*sga fotovoltaica*”.

Aplicabilidad, Ejecución y Reconocimiento de los Laudos

En el caso de que en Costa Rica se quieran aplicar, ejecutar o reconocer las disposiciones Ambientales, Sociales y de Gobernanza que hayan sido abordadas en un laudo de arbitraje comercial internacional o de inversión, se deberán seguir una serie de procedimientos necesarios para su correcto abordaje. Bajo este supuesto, se procede a considerar el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales desde la perspectiva comercial doméstica, y luego desde el ámbito del arbitraje de inversión.

Arbitraje Comercial Internacional (en Costa Rica)

Particularmente, Costa Rica cuenta con la ratificación de la Convención de Nueva York, junto a dos normas internas como la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, No. 8937 (en adelante, Ley LACI)¹³, y el Código Procesal Civil de 2016, que regulan el tema de la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2011; Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2016).

En principio, pareciera que la jurisdicción interna costarricense resulta un tanto confusa, por ende, se procede a su análisis. El artículo 35 de la Ley LACI dispone los siguientes requisitos

Art. 35.- Reconocimiento y ejecución:

- 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.
- 2) La parte que invoque o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de este. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma. (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2011, art. 35)

Comparando este artículo con el numeral 99 de la normativa procesal civil, se perciben otra clase de elementos. Por ejemplo, en el artículo 99.2¹⁴ del Código Procesal Civil se hace

13 Para el momento de redacción de este artículo, existe en corriente legislativa una iniciativa impulsada por el gremio arbitral y que pretende la unificación del sistema dualista que repercute desde 2011 en Costa Rica. El proyecto pretende armonizar el sistema y dejar un solo cuerpo normativo tanto para arbitraje doméstico como para arbitraje internacional.

14 Código Procesal Civil de 2016, art. 99.2.2.- Se adjuntará traducción oficial de la resolución, cuando el fallo se hubiera dictado en otro idioma.

mención de una traducción oficial de la resolución cuando fuera dictado en otro idioma, contrario a lo dispuesto en la Ley LACI, que como se vio no establece este requisito, sino una simple traducción que por supuesto estará adecuada a los correctos parámetros de interpretación de forma y fondo que el laudo amerite. Además, el propio 99.2¹⁵ habla de la acreditación de que en el proceso arbitral extranjero, se hubiere cumplido legalmente con el emplazamiento del demandado, o de ser el caso, con la declaratoria de rebeldía. Aspectos claramente diversos a los contemplados en la Ley LACI.

Sin embargo, a pesar de las diferencias que pueden existir entre ambos cuerpos normativos, es importante recalcar que el numeral 99.3 del Código Procesal Civil, encargado de regular la competencia y el procedimiento, establece que “corresponderá a cada una de las salas de casación, según su competencia, conocer sobre el reconocimiento y la eficacia de las sentencias y los laudos extranjeros” (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2016, art. 99). De tal manera, este precepto designa a la Sala Primera como la encargada de reconocer y ejecutar los laudos comerciales internacionales en el territorio costarricense, y no habrá etapa recursiva alguna con respecto a la resolución que reconozca al laudo, según la norma. Como se mencionó al inicio, puede parecer un poco confuso este tema dentro de la jurisdicción nacional, por ello, la autora Jiménez-Figueres (2017) una vez interpretados los requisitos formales, las causales de fondo y el procedimiento de trámite, se tomó la tarea de esclarecer el camino indicando lo siguiente:

En virtud de los principios de interpretación normativa, consideramos que se deberá aplicar la Ley 8937 en cuanto a los requisitos y causales, pero el NCPC en cuanto al procedimiento. Debido a que no hay incompatibilidad en materia de competencia, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sigue siendo la autoridad judicial competente para tramitar estos procedimientos. (p. 59)

Se recomienda seguir este criterio, en especial considerando que la Ley No. 8937 se encuentra basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, mejor conocida por sus siglas, CNUDMI, por lo cual sus requisitos y causales se encuentran más acordes al arbitraje moderno.

15 Código Procesal Civil de 2016, art. 99.2.3.- Se deberá acreditar que en el proceso donde recayó la resolución internacional se cumplió legalmente con el emplazamiento del demandado y, en caso de rebeldía, que se le declaró como tal, conforme a la normativa del país de origen.

Arbitraje de Inversión

Existe un debate en la literatura y en los círculos políticos sobre el alcance de las decisiones provenientes de tribunales de arbitraje de inversión. Según Tienhaara (2017), resulta común la errónea idea de que estos tribunales pueden obligar a los gobiernos a revertir las regulaciones que se han puesto en marcha; esto no es el caso. Para la Tienhaara (2017):

El ISDS [Investor-State Dispute Settlement] no tiene un impacto directo en la regulación de la salud y el medio ambiente. Sin embargo, existe un potencial significativo de que produzcan impactos indirectos como resultado del efecto que tiene el ISDS en la forma que los estados anfitriones ejercen sus poderes regulatorios. (p. 233)

Si bien, en contraposición se encuentra la importancia de atender las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mejor conocido como Convención de Washington, el cual indica en su artículo 53.1 que “el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio (...)” (CIADI, 1965, art. 53). En suma, para los laudos provenientes del sistema CIADI, se cuenta con instrumentos jurídicos para reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de diferentes jurisdicciones, tales como la Convención de Nueva York de 1958 y a la Convención de Panamá de 1975.

En específico, según datos del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE, s.f.) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Convención de Nueva York cuenta con al menos 120 Estados Parte y entre estos, al menos 24 países son Estados signatarios de la Convención, en donde destacan dos de las naciones ampliamente abordadas en este artículo, Costa Rica y Países Bajos.

La relevancia de considerar este aspecto se debe a que, los Estados signatarios pueden reconocer, aplicar y ejecutar aquellos laudos provenientes de los tribunales de arbitraje de inversión (también comerciales) e incorporarlos a su ordenamiento jurídico, en base a dichos instrumentos internacionales. Se recuerda que los laudos han de ser debidamente fundamentados por profesionales en la materia, por lo cual no habría nada que temer, en principio. Bajo el criterio de Boisson de Chazournes (2017), los tribunales arbitrales abordan la tensión entre las consideraciones del medio ambiente y la óptima protección al inversionista a través de consistencia y estabilidad (p. 3).

Como aspecto interesante se destaca que un tercer Estado, en este caso la República de Colombia, recientemente decidió no reconocer uno de los laudos abordados en este artículo, se trata del caso PV Investors vs. Reino de España. Colombia el 30 de agosto de 2022 decidió rechazar la solicitud de reconocimiento del laudo.

Que un Estado decida no reconocer un laudo no afecta la validez del mismo, ni mucho menos compromete a otros Estados a no reconocerlo. Lo anterior se fundamenta mejor bajo la escuela de pensamiento francesa, en específico con el ejemplo clásico del caso entre la empresa estadounidense Chromalloy Aeroservices Inc., y la República Árabe de Egipto (New York Convention Guide, 1996); *grosso modo*, el tribunal arbitral falló a favor de la empresa americana y condenó al Estado egipcio, sin embargo, la representación de esta nación solicitó la nulidad del laudo ante la sede del arbitraje, la Corte de Apelaciones del Cairo, mientras la representación de la compañía buscaba el reconocimiento y ejecución del laudo en Washington D.C., así como en los tribunales franceses.

En este sentido, Jiménez-Figueres (2005) escribe que la Corte egipcia anuló el laudo el 5 de diciembre de 1995 basándose en la Ley de Arbitraje de Egipto, y señalando una violación al derecho administrativo egipcio. No obstante, la autora indica que por su parte:

El Tribunal *de Grande Instance* de París ordenó la ejecución del laudo el 4 de mayo de 1995. Aun después de la nulidad declarada por la Corte del Cairo, (...) fue confirmada por la Corte de Apelaciones de París, el 14 de enero de 1997. Así mismo, la jueza estadounidense de la Corte de Distrito de Washington, D.C. también ordenó la ejecución del laudo, el 31 de julio de 1996. (p. 2)

Básicamente, a pesar de que el laudo fuera anulado en la sede del arbitraje, en esta ocasión en la capital de Egipto, no fue causal suficiente para que no se diera su reconocimiento en la jurisdicción americana y en la francesa. Respectivamente, Jiménez-Figueres (2005) comenta que

La postura francesa es la de aplicar el derecho francés, siempre más favorable que la Convención [de Nueva York], a la ejecución de laudos extranjeros. En efecto, los jueces franceses interpretan el artículo VII (1) de la Convención para apartarse del artículo V de la misma y denegar la ejecución de un laudo extranjero solamente en casos muy particulares, siguiendo las causales de su propia legislación. Debido a que en Francia hubo anteriormente casos simi-

lares al caso Chromalloy, las decisiones del *Tribunal de Grande* no fueron una sorpresa. (p. 2)

Dentro de los principales autores que defienden esta postura de hacer cumplir los laudos arbitrales a pesar de las anulaciones que se pueden presentar en estándares locales, destaca el sueco Paulsson (2016) del cual se recomienda su lectura *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments*.

Breve relato sobre nulidades

De manera muy breve, resulta necesario destacar que la única etapa recursiva que existe en el arbitraje en general (comercial y de inversión), es la llamada “nulidad”. Para el arbitraje comercial internacional, es necesario remitirse a la *Lex fori* del país correspondiente, que como se mencionó en un apartado anterior, existirá causal de nulidad en una disputa por no fundamentar un laudo con norma o supuestos ambientales debidamente introducidos y mencionados en el desarrollo de la controversia.

En el caso de Costa Rica es la Ley LACI, que en su artículo 34 establece causales taxativas para la petición de nulidad de un laudo. Mientras que en arbitraje de inversión, se debe seguir el procedimiento establecido en las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI (2006), en específico lo dispuesto en la Regla 50 que regula la solicitud para la anulación del laudo, y la Regla 52 que se encarga de establecer las consideraciones necesarias para continuar con el procedimiento de anulación.

Al efecto, se debe conformar un nuevo Tribunal Arbitral para que decida al respecto de los puntos alegados como anulables del laudo final, a este Tribunal se le conoce como “*Tribunal ad hoc*”, y Costa Rica tiene un ejemplo relativamente nuevo y acorde a la temática del artículo. En el caso *Infinite Gold vs. Costa Rica* (CIADI, 2014 [Caso CIADI No. ARB/14/5]), recientemente se confirmó el establecimiento de un proceso de nulidad por parte del inversionista contra la decisión que emitió el 3 de junio de 2021 el tribunal conformado por los árbitros Kaufmann-Kohler, Hanotiau y Stern.

En cuanto a la disputa, el portal *Investment Policy Hub* (2021) indica reclamaciones derivadas de la revocación por parte del Gobierno costarricense de la concesión de la empresa Infinite Gold de un proyecto de minería de oro en Crucitas de Cutris, al norte de Costa Rica, a través de supuestas medidas judiciales y ejecutivas, sin el pago de una compensación adecuada. A pesar de que el tribunal en su laudo (2021), decidió a favor de ninguna de las partes, lo cier-

to es que desde el lado costarricense se vio como una especie de victoria porque si bien el tribunal señaló haber encontrado responsable al Estado, el inversionista no logró determinar los daños ocasionados, por ende, no se condenó a Costa Rica al pago e indemnización de las alegadas reclamaciones.

Debido a lo anterior, *inter alia*, el inversionista subió su solicitud de nulidad, debidamente registrada el 18 de octubre de 2021 ante el CIADI, de acuerdo con *Investment Policy Hub* (2021). Mediante esta misma base de datos se evidencia la constitución de los miembros del *Tribunal Ad Hoc*, si bien el estado de dicho proceso de nulidad se encuentra pendiente, ya se muestra el nombramiento de King B.D como Presidente del Comité, junto a los coárbitros de apellidos Moreno Rodríguez y Villanúa Gómez.

Generalmente, la parte que promueve un proceso de anulación se enfrenta a un panorama desafiante, particularmente desde el punto de vista financiero. Y es que, los procedimientos de nulidad en el CIADI son costosos y escasos en éxito, en palabras de la firma Aceris Law LLC (2022): “dado el muy bajo éxito de los procedimientos de nulidad y sus crecientes costos, las partes que potencialmente busquen la anulación de un laudo del CIADI deben considerar todas las fortalezas y debilidades de su solicitud antes de continuar” (párr. 13). Por ende, instaurar un proceso de nulidad resulta económicamente complejo, y el desgaste de recursos se evidencia desde su solicitud hasta su desarrollo. En suma, la línea de análisis que los comités de nulidad del CIADI han tomado en los últimos tiempos ha generado que muy pocos laudos sean anulados, por lo cual, es vital que antes de establecer una solicitud de nulidad, ya sea el Estado o el inversionista, evalúe la posibilidad real de éxito de la nulidad porque la misma no está construida para ser una técnica dilatoria en cuanto a la ejecución del laudo, la suspensión de efectos conforme a la Regla 52(5) del Convenio del CIADI (2006) queda a discrecionalidad de los árbitros. Sin embargo, la Regla 52(6) del mismo instrumento, marca que en caso de que el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida a petición de cualquiera de las partes, a decisión de un nuevo Tribunal constituido conforme a las Reglas del Convenio.

Conclusiones

Los criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza, conforman de manera indiscutible pilares protagónicos en la sociedad moderna, su presencia se encuentra en una gran variedad de sectores empresariales y de desarrollo, y su relevancia va más allá de lo que jurídicamente se haya contemplado. Los inversionistas y sus empresas reconocen que las tendencias ligadas a la transición energética los obliga a reformular sus políticas de negocios y a acoplar

un rumbo de trabajo sostenible y amigable con el medio ambiente, esto con el objetivo de sobresalir en un panorama donde el progreso no se mide con capacidad de producción sino con huellas de carbono.

Asimismo, en medida que una nación vaya haciéndose de una reputación “verde”, se verá mayormente favorecida en cuanto a la atracción de inversionistas se refiere. Los patrones de consumo indican que la población se siente identificada con parámetros ambientales y de sostenibilidad, lo cual hace a países como Costa Rica focos de inversión extranjera para este tipo de prácticas comerciales, de desarrollo y/o producción.

Si es verdad que, la reestructuración de lineamientos corporativos trae consigo disputas comerciales que han de ser sometidas a mecanismos de resolución especializados. Las empresas indudablemente en medida que avancen con el cumplimiento de agendas y objetivos sostenibles, se enfrentarán a controversias que deberán ser sometidas a arbitraje comercial internacional, considerando al mismo como el mecanismo hecho a la medida para la solución de conflictos de esta naturaleza.

De igual manera, sucederá en temas de inversión porque los Estados al igual que las empresas, buscan la manera de cumplir sus compromisos comunitarios con el medio ambiente y sus obligaciones dentro del marco establecido por el Acuerdo de París. En este sentido, la regulación normativa, la protección ambiental y la transición energética serán cruciales en aquellos casos en los que un inversionista proveniente de sectores tradicionales como el de minería, el de construcción y el energético, alegue haberse visto perjudicado por la introducción de ajustes o regulaciones Ambientales, Sociales y de Gobernanza.

Sin lugar a duda, los Tratados y Acuerdos de Protección a las Inversiones abren un marco de amparo para resguardar a los empresarios de estos sectores que alegan violaciones a estándares de trato justo y equitativo, de nación más favorecida, o en dado caso, expropiaciones. Sin embargo, a pesar de que posean un marco jurídico que en tesis de principio pareciera que los resguarda, lo cierto es que tribunales del CIADI y de la CPA han fallado a favor de los Estados que han implementado restricciones a las inversiones bajo puntos de vista y criterios sostenibilidad que velan por el cuidado al medio ambiente, por supuesto que mucho dependerá de la casuística de cada caso, pero ejemplos como el de David Aven y otros vs. Costa Rica y PV Investors vs. España, marcan un precedente a seguir por los tribunales arbitrales en todo el mundo.

Referencias

- Álvarez-Gayou, J., Camacho-López, S., Maldonado-Muñiz, G., Trejo-García, C., Olguín-López, A., y Pérez-Jiménez, M. (2021). *La investigación cualitativa*. Universidad Autónoma de Hidalgo. Recuperado el 20 de marzo de 2023 de <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/tlahuelilpan/n3/e2.html>
- Aceris Law LLC. (25 de abril de 2022). *Costos de los Procedimientos de Anulación del CIADI*. <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/costs-of-icsid-annulment-proceedings/>
- American Arbitration Association. (5 de septiembre de 2022). *ESG and ADR: Environmental, Social and Governance*. <https://www.adr.org/blog/ESG-and-ADR>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2022). *Resolución 76/300 del 28 de julio, 2022*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/81/PDF/N2244281.pdf?OpenElement>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011). *Ley 8937: Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=70344&nValor3=84850&strTipM=TC&IResultado=2&nValor4=1&strSelect=sel
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2016). *Ley 9342: Código Procesal Civil*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=81360

- Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871
- Atkins, B. (5 de junio de 2018). *Strong ESG Practices Can Benefit Companies and Investors: Here's How*. Nasdaq. <https://www.nasdaq.com/articles/strong-esg-practices-can-benefit-companies-and-investors-2019-03-13>
- Bevan, A., Younan, J., Ryan, C., Jacomy, E., y Livesey, A. (8 de noviembre de 2021). *REPUBLIC OF POLAND V PL HOLDINGS SARL: CJEU FURTHER UNDERMINES INTRA-EU INVESTMENT PROTECTIONS*. Sherman & Sterling. <https://www.shearman.com/Perspectives/2021/11/Republic-of-Poland-v-PL-Holdings-SARL-CJEU-Further-Undermines-Intra-EU-Investment-Protections>
- Bocci, F. (2020). New ICSID Arbitration registered against 'Bel Paese' for presumed breaches of Energy Charter Treaty's obligations in the context of the solar energy industry: "Chronicle of Death Foretold"? *Lexoly*. Recuperado el 27 de marzo de 2023 de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f1c2e929-98da-4bc0-87f0-e43d4ff19a0c>
- Boisson de Chazournes, L. (2017). Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang? *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 10, 371-399. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5296>
- Cámara de Comercio de España. (s.f.). *Mapa de conocimiento sectorial de relevancia ASG y buenas prácticas para pymes*. <https://www.camara.es/innovacion-y-competitividad/matriz-sectorial-asg>
- Carpio-Rivero, M. (10 de agosto de 2022). *Criterios ASG: ¿cuál es su importancia y cómo se relacionan con las finanzas sostenibles?*. Stakeholders. *Sostenibilidad*. <https://stakeholders.com.pe/columnista/criterios-asg-cual-es-su-importancia-y-como-se-relacionan-con-las-finanzas-sostenibles/>

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (1965). *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención de Washington)*. SICE. http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icsid/w_convs2.asp
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. ICSID. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2014). *Caso No. ARB/14/5. Infinito Gold vs. Costa Rica*. UNCTAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/595/infinito-gold-v-costa-rica>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2015). *Caso No. UNCT/15/3. David Aven y otros vs. República de Costa Rica*. UNCTAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/571/aven-and-others-v-costa-rica>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2020). *Caso No. ARB/20/39. Encavis y otros vs. Italia*. UNCTAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1085/encavis-and-others-v-italy>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2021). *Caso No. ARB/21/4. RWE vs. Países Bajos*. UNCTAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1145/rwe-v-netherlands>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2021b). *Caso No. ARB/21/22. Uniper vs. Países Bajos*. UNCTAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1129/uniper-v-netherlands>
- Clemmen-Christensen, P. y Bach-Rasmussen, C. (s.f.). *ESG within Litigation and Arbitration*. Lundgrens. <https://lundgrens.dk/en/page/esg-within-litigation-and-arbitration>

- Congreso Constituyente del Brasil. (1988). *Constitución Política de la República Federativa del Brasil* [1988 con enmiendas del 2017]. Constitute. https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es
- Consell Valencia Graduats Socials. (29 de septiembre de 2022). *La transición energética, principal factor de litigiosidad en el sector, según expertos en arbitraje*. Recuperado el 20 de marzo de 2023 de <https://consejovalencianogs.es/la-transicion-energetica-principal-factor-de-litigiosidad-en-el-sector-segun-expertos-en-arbitraje/>
- Corte Permanente de Arbitraje. (2012). *Caso No. 2012-14. PV Investors vs. Reino de España*. UNC-TAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/435/the-pv-investors-v-spain>
- Cortes Generales de España. (1978). *Constitución española*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- De la Cerda-Olivos, C. y Goldenberg-Peñañiel, M. (2007). *TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA. RELACIÓN CON LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y CONVENIOS SOBRE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR CHILE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, Chile]. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Deloitte. (17 de agosto de 2021a). ASG: el nuevo enfoque de inversión sostenible. <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articles/inversion-sostenible-ASG.html>
- Deloitte. (noviembre de 2021b). *Enfoque ASG La nueva forma de ver los negocios*. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/about-deloitte/docs/Enfoque-ASG-Oct21.pdf>

- Frost, R. (18 de noviembre de 2020). *How did Costa Rica become the greenest, happiest country in the world?* Euronews. <https://www.euronews.com/green/2020/11/18/how-did-costa-rica-become-the-greenest-happiest-country-in-the-world>
- Fundación Konrad Adenauer y la Asociación Empresarial para el Desarrollo. (2022). *Comparación de Legislación Ambiental Centroamericana*. AED. https://www.aedcr.com/sites/default/files/comparacionambiental_lite.pdf
- FundsPeople. (16 de mayo de 2022). *CRITERIOS ASG, ¿POR QUÉ SON UNA OPORTUNIDAD DE INVERSIÓN?* <https://fundspeople.com/es/glosario/criterios-asg-oportunidad-inversion/>
- Gordon, K. y Pohl, J. (2011). *Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*. OECD Working Papers on International Investment, 2011/01, OECD Publishing. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2011_1.pdf
- Herbert Smith Freehills. (2019). *INSIDE ARBITRATION: DAVID AVEN V COSTA RICA: KEY TAKEAWAYS FOR FOREIGN INVESTORS TO CONSIDER WHEN RESORTING TO INVESTOR-STATE ARBITRATION IN ENVIRONMENTAL DISPUTES*. <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/inside-arbitration-david-aven-v-costa-rica-key-takeaways-for-foreign-investors-to>
- Herbert Smith Freehills. (2021). *La creciente importancia de ESG y su impacto en el arbitraje internacional*. <https://www.herbertsmithfreehills.com/insight/the-rising-importance-of-esg-and-its-impact-on-international-arbitration>
- Hernández-Sampieri, R., Fernández-Collado, C., y Baptista-Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). McGraw-Hill.

- Hogan Lovells. (2022). *Hogan Lovells asesora en el primer programa de desarrollo urbano, movilidad e infraestructura sustentable en Monterrey, México, fijando la mirada en un nuevo horizonte ASG en LATAM.* <https://www.hoganlovells.com/es/news/hogan-lovells-asesora-en-el-primer-programa-de-desarrollo-urbano-movilidad-e-infraestructura-sustentable-en-monterrey>
- Indonesia-Singapur. (2018). Indonesia - Singapore BIT. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3828/indonesia-singapore-bit-2018>
- Investment Policy Hub. (2021). *Base de datos de casos de arbitraje de inversión por países.* <https://investmentpolicy.unctad.org/>
- Jiménez-Figueres, D. (2005). *La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales.* http://djarbitraje.com/pdf/578La%20madurez%20del%20arbitraje%20comercial%20internacional%20_legis.pdf
- Jiménez-Figueres, D. (2017). EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN EL CONTEXTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE COSTA RICA. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, 121, 59-68. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_121.pdf
- J.P. Morgan. (2022). *¿Qué significa ESG?* <https://am.jpmorgan.com/es/es/asset-management/per/insights/market-insights/esg-explained-7-essentials-you-need-to-know/#>
- Kaiser, G. E. (5 de agosto de 2022). *NAFTA and USMCA Energy Arbitrations.* *Energy Law Chambers.* Global Arbitration Review. <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/fifth-edition/article/nafta-and-usmca-energy-arbitrations>

- Kopper-Castro, M. (31 de mayo de 2022). *ASG: la estrategia comercial para combatir el cambio climático*. EY. https://www.ey.com/es_ni/climate-change-sustainability-services/asg-la-estrategia-comercial-para-combatir-el-cambio-climatico
- Manzano, M., y Toimil, A. (12 de noviembre de 2021). *The role of arbitration in ESG disputes*. Von Wobeser. https://www.vonwobeser.com/images/PDF_news/2021/21_11_12_ARBITRAJE_ESG_ING.pdf
- Matheus-López, C. (6 de junio de 2017). *Sobre la Aplicación del Principio Iura Novit Curia en el Arbitraje Internacional*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/sobre-la-aplicaci%C3%B3n-del-principio-iura-novit-curia-en-matheus-l%C3%B3pez/?originalSubdomain=es>
- Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica. (abril de 2022). *OCDE reconoce el liderazgo de Costa Rica en materia ambiental como un componente que fortalecerá a la organización*. <https://www.comex.go.cr/sala-de-prensa/comunicados/2022/abril/cp-2732-ocde-reconoce-el-liderazgo-de-costa-rica-en-materia-ambiental-como-un-componente-que-fortalecer%C3%A1-a-la-organizaci%C3%B3n/>
- Naciones Unidas. (s.f.). *Conferencias | Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/es/conferences/environment>
- New York Convention Guide. (1996). *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt. United States, U.S. District Court, District of Columbia/ 94-2339*. https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1139
- Newton, S. (2022). *New Directions in International Investment Law: Towards Energy Transition*. *Kluwer Arbitration Blog*. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/05/24/new-directions-in-internationalinvestment-law-towards-energy-transition/>

- Noilhac, A. (14 de junio de 2020). Renewable energy Investment cases against Spain and the quest for regulatory consistency. *Questions of International Law*, 71, 21-39. <http://www.qil-qdi.org/renewable-energy-investment-cases-against-spain-and-the-quest-for-regulatory-consistency/>
- Parlamento Europeo. (2022). *Reducir las emisiones de carbono: objetivos y acciones de la UE*. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20180305STO99003/reducir-las-emisiones-de-carbono-objetivos-y-acciones-de-la-ue>
- Parraga, M., y McWilliams, G. (18 de mayo de 2021). *U.S. oil service group seeks \$100 million from Mexico in arbitration claim*. U.S. Reuters. Reuters. <https://www.reuters.com/article/mexico-oil-arbitration-idAFL2N2N414K>
- Paulsson, J. (2016). Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulments. *Asia Pacific Law Review*, 6(2), 1-28. <https://doi.org/10.1080/18758444.1998.11788058>
- Putter, S. (24 de agosto de 2021). *The Netherlands Coal Phase-Out and the Resulting (RWE and Uniper) ICSID Arbitrations*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/24/the-netherlands-coal-phase-out-and-the-resulting-rwe-and-uniper-icsid-arbitrations/>
- Real Academia Española. (2022). *Derechos fundamentales*. En *diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/derechos-fundamentales>
- Reino de los Países Bajos. (1814). *Constitución de Países Bajos, 1814, con enmiendas hasta 2008*. Constitute. https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008.pdf?lang=es
- Reino de los Países Bajos. (2019). *Netherlands model Investment Agreement*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>

- Restrepo-Rodríguez, T. (2020). David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión. *Discusiones*, 26(1), 159-180. <https://cervantesvirtual.com/obra/david-aven-y-otros-v-costa-rica-reflexiones-sobre-el-interes-global-del-medio-ambiente-en-disputas-de-arbitraje-de-inversion-1145788/>
- Restrepo-Tamayo, J. F., Hurtado, S., y Vásquez, L. (2021). El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia. *Revista de Bioética y Derecho*, (52), 287-301. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n52/1886-5887-bioetica-52-00287.pdf>
- Rivas, P. (5 de febrero de 2021). La energética alemana RWE exige a Holanda 1.400 millones de euros por el abandono del carbón. *El Salto*. <https://www.elsaltodiario.com/cambio-climatico/energetica-alemana-rwe-exige-holanda-1400-millones-abandono-carbon>
- Sánchez, M. (5 de septiembre de 2022). *Redacción Eficiente de Cláusulas Arbitrales*. Morgan & Morgan. <https://morimor.com/es/redaccion-eficiente-de-clausulas-arbitrales/>
- Sanmartín, I. (9 de septiembre de 2022). *¿Qué son los criterios ASG/ESG y dónde puedo formarme bajo estos criterios?* Rankia. <https://www.rankia.com/blog/mejores-masteres-finanzas-mba/5011550-que-son-criterios-asg-esg-donde-puedo-formarme-estos>
- Sauma, K. (2018, 19 de octubre). David Aven y otros contra Costa Rica. *Latin American Commercial and Investment Arbitration Bulletin*, IV(44), 1-5. <http://djarbitraje.com/pdf/publicaciones/David%20Aven%20c%20Costa%20Rica%20-%20Karima%20Sauma.pdf>
- Sistema de Información sobre Comercio Exterior. (s.f.). Arbitraje y Otros Procedimientos Alternativos de Solución de Controversias Comerciales. http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp

- Sorto-Guzmán, R. (2013). *Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica, Costa Rica]. Repositorio SIBDI. <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1809/1/35214.pdf>
- Suárez-Rodríguez, T. (17 de mayo de 2021). América Latina, poderes hegemónicos y la expropiación indirecta en los APPRI'S: una mirada desde Cuba. *Revista Política Internacional*, 3(3), 51-63. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/332/3322867006/>
- Tratado de Libre de Comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR). (2006). Capítulo 17. https://www.caftadr-environment.org/wp-content/uploads/2015/04/Capitulo_17_DR-CAFTA.pdf
- Terceño, J., Thomas, W., y Neil, A. (2022). La creciente importancia de las ASG y el papel del arbitraje internacional. En *Arbitraje Internacional en 2022, Principales tendencias* (pp. 6). Freshfields Bruckhaus Deringer. https://www.freshfields.com/49012e/globalassets/our-thinking/campaigns/arbitration-top-trends-2022/international_arbitration_top_trends_2022_spanish.pdf
- Tienhaara, K. (2017). Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. *Transnational Environmental Law*, 7(2), 229-250. <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>
- United Nations Climate Change. (2018). *¿Qué es el Acuerdo de París?* Recuperado el 20 de marzo de 2023 de <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/que-es-el-acuerdo-de-paris>
- Volkmer, S., Selim, M., y Taylo, G. (8 de abril de 2022). *Energy Transition and Investor-State Disputes*. White & Case. Recuperado el 20 de marzo de 2023 de <https://www.whitecase.com/insight-alert/energy-transition-and-investor-state-disputes#article-content>

Zeenni, P., Joret, T. y Philippe, N. (2022). *MEJORAR EL PERFIL ASG DE SUS INVERSIONES DE BONOS HIGH YIELD*. Candriam. https://www.candriam.com/en/SysSiteAssets/medias/insights/qa/sri-bonds/can_qandaglobalhy_sp.pdf

El impacto de las nuevas tecnologías y su injerencia en la trata de personas

The impact of new technologies and their interference in the human trafficking

Ericka Paola Martínez Siles¹

Resumen

La tecnología ha ido cambiando la cotidianidad de los seres humanos, al transformar el modo de cómo viven y su forma de relacionarse, a causa de ello, miles de personas, a nivel global, puedan conectarse entre sí y hablar con gente de cualquier parte del mundo. Lo anterior ha llevado a la modificación del actuar criminal, es decir, que ha revolucionado el *modus operandi* de las bandas criminales. Asimismo, les ha permitido a los delincuentes implementar las herramientas digitales, como la internet, para eficientizar los actos delictivos. De tal manera, el caso que nos ocupa: la trata de personas digital, que se ha convertido en una realidad a nivel internacional, genera fuertes sumas de dinero para el victimario. Este incremento refleja, a su vez, una alarmante cifra de víctimas, en su mayoría menores de edad, quienes, con el objetivo de conocer a su “pareja”, se ven atraídos por el victimario mediante el uso de las tecnologías con el fin explotarlos.

Abstract

Technology has been changing the daily way of life of people, transforming the way they live and the way they relate, which means that thousands of people in the world can connect with each other and talk with people from other countries. This has led to the modification of criminal actions, that is, it has revolutionized the method in which criminal gangs carry out their *modus operandi*. This has allowed criminals to implement digital tools such as the Internet to make criminal acts more efficient, in this case, digital human trafficking, which has become a reality at an international level, generating thousands of dollars for the perpetrator. This increase in turn reflects an alarming number of victims, most of whom are minors who, in order to meet their “partner”, are attracted by the perpetrator through the use of technology in order to be exploited.

1 Estudiante de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), optante por el grado de Licenciatura en Derecho. Correo electrónico erickapaomar69@gmail.com

Palabras clave

Trata de personas, internet, redes sociales, víctimas, victimario y explotación.

Keywords

Human trafficking, internet, social networks, victims, victimizer and exploitation

Introducción

La trata de personas es un delito que aún persiste en la actualidad y que ha sido catalogado como una forma de esclavitud moderna (Ejército de Salvación, 2020). Por su parte, Mapelli (2012) indica que el fenómeno de la trata tiene como fin el lucro y que, en los últimos años, se ha convertido en uno de los más rentables, desde el punto de vista económico; por tanto, supera al tráfico de drogas y de armas, puesto que, genera aproximadamente entre cinco a siete billones de dólares anuales.

Por su parte, la Organización de Naciones Unidas (ONU, 2014a), a que este tipo de actos buscan explotar a personas con la finalidad de buscar un lucro o beneficio, tiene una larga historia, incluso antes del nacimiento de los Derechos Humanos y de la creación de los sistemas de protección. Chaves y Muñoz (2009), afirman que la trata de personas se encuentra asociada históricamente con la esclavitud, es por eso por lo que la trata no es más que la esclavitud modernizada, esto debido a que la esclavitud es una forma en la que el victimario somete a la víctima haciéndola perder la libertad de sí misma para atenerse a las voluntades del primer sujeto sin protestas.

Castro (2012), indica que “la trata ha existido desde la antigüedad y que además este fenómeno de la trata es uno de los más antiguos métodos de la esclavitud y que aún hoy en día continúa, aunque anteriormente no existían marcos jurídicos en ningún país, ni tratados que pudieran determinar pautas, parámetros o situaciones que definieran concretamente la trata de personas como se conoce hoy en día y no es hasta el siglo XIX que se le empieza a dar noción reconociéndolo como trata de blancas” (p. 455).

La Organización Save the Children Suecia (2005) menciona que el término, trata de blancas, nació a raíz del creciente traslado de mujeres que provenían de países europeos y estadounidenses producto del cambio sociopolítico que había producido tanto la Primera como la Segunda Guerra Mundial que dejó a miles de personas en crisis; estas mujeres víctimas eran usualmente obligadas a trabajar como prostitutas o concubinas mayormente en países árabes, africanos y asiáticos. A la vez, Comandini (2018), afirma que con estos nuevos cambios

los países europeos se vieron forzados a regular la figura, aunque solo se tomaba como trata a aquellas mujeres que eran esclavizadas sexualmente en la prostitución y no se contemplaban otras formas de explotación, comenzándose también a trabajar en la prevención, esto permitía evitar que las mujeres pasaran por eventos traumáticos y terminaran prostituidas o siendo esposas forzadas en países en vías de desarrollo.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2016b), ha establecido que el tantas veces citado término trata de blancas, fue utilizado posteriormente, por movimientos abolicionistas que buscaban erradicar la prostitución siendo que representaba una forma de esclavitud y un medio en el cual se utilizaba a las mujeres como herramientas de satisfacción sexual lo que llevó a diversos estados y al derecho internacional el regular esta figura. Sin embargo, la misma entidad citada, reconoce que el concepto anterior presentaba una importante carencia ya que impedía caracterizar como víctimas a personas de diversas culturas, etnias, razas, países, edades, sexo, entre otros factores.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (CNDHM, 2012) habla de que por la extensión que este delito habría alcanzado en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, (1939-1945) el concepto de trata de blancas ya no se ajustaba a la realidad de la situación, debido a que solo se contemplaba a mujeres blancas explotadas sexualmente, lo cual dejó por fuera los otros fines de explotación, tal como la laboral, extirpación de órganos, tejidos; de tal forma, ya no representaba una problemática actual cayendo en desuso y ampliando su terminología a trata de personas lo que ayuda a visualizar el alcance de universalidad que posee como tal el delito. Agrega Chaves (2009) que se debe entender, con la desaparición de la trata de blancas, que no se ha extinguido la trata, sino más bien que en la actualidad existe variedad de víctimas, aunque señala el autor que en un mundo más globalizado y moderno continúa afectando primordialmente a mujeres, adolescentes, niñas y niños principalmente.

A lo supracitado debe agregársele el avance tecnológico, en la que la propia OIM (2018) aborda el tema diciendo que los grupos delictivos avanzan conforme la tecnología cambia, lo que ha propiciado que el *modus operandi* de las organizaciones aumente y fortalezca sus actividades delictivas como el narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, entre otros delitos relacionados. Es así como, en el caso específico de la trata de personas, las redes criminales buscan medios idóneos que faciliten el contacto entre la víctima y el victimario para atraer a un mayor número de personas, mediante el uso internet.

Rueda (2007) expone que las redes de la internet han logrado que miles de personas puedan conectarse entre sí, atravesando las barreras del espacio y del tiempo. Añade De la Cuadra (1996), que “esto ha permitido que en las redes se pueda compartir diversos tipos de información y que ha ayudado a la comunicación haciéndola más eficiente e inmediata dado que el comunicarse con una persona que se encuentra al otro lado del mundo, esta puede recibir el mensaje en cualquier momento, es por eso que en la actualidad es más fácil entablar vínculos a través de la internet con otras personas, bien sea para fines académicos o de investigación, o personales” (párr. 5).

Monroy (2020), señala que la *Deep web* es una red de internet entrelazada con la llamada *Surface web* (la cual es el internet en el que la mayoría de las personas navegan); sin embargo, la primera permite que los usuarios estén en anonimato, ya que la información del usuario no es fácilmente encontrada como sucede con el segundo. Lobo (2018) cataloga este sitio como el conjunto de redes, mensajerías, sitios web, bases de datos en la cual ya sea por voluntad propia o a raíz de la misma red, no se pueda obtener información del otro al respecto. Batista (2015), por su parte, añade que en esta parte del internet las personas pueden pasar escondidas o camufladas siendo que es sumamente complicado acceder a la información de las personas por las vías tradicionales es por este motivo que se convierten en campos de cultivos para la trata de personas.

Entonces, ¿la trata de personas puede digitalizarse? Sobre esta cuestión, Alarcón et al. (2019) ha establecido que los medios digitales han ayudado a incrementar el número de víctimas y que el mayor problema de esto es que muchas de sus víctimas no logran diferenciar entre cuando se trata de un engaño y cuáles oportunidades son reales pues el objetivo primordial del victimario es ganarse la confianza de su víctima. Además, Alarcón et al. (2019), afirman que:

Las formas de captación se destacan la compensación económica a la familia de los niños, niñas y adolescentes expuestos a condiciones de explotación laboral, sexual o servidumbre doméstica. Ofertas laborales que prometen una remuneración significativa a corto plazo. Enamoramiento por parte de una persona que se ha ganado su confianza. Comunicación a través de redes sociales, mensajería instantánea que deriva en situaciones de explotación sexual. Y finalmente, secuestro, rapto o desaparición forzada luego de estudiar su perfil en redes sociales. (p. 5).

Metodología

Las estrategias de trabajo son diversas, sostiene Hernández et al. (2014), que estas se entienden como el conjunto de información recolectada de forma sistemática, crítica y empírica para poder relacionarla con la situación de estudio en cuestión; los autores precitados señalan que la metodología se encuentra dividida principalmente por dos vertientes por un lado la investigación cuantitativa que busca estimar y medir la problemática mediante la recolección de datos representados en números y se resalta que los datos en cuestión no pueden ser afectados por el investigador debido a que debe ser objetiva; mientras que la investigación cualitativa sienta sus bases en un análisis más teórico y lógico del fenómeno, ya que busca “explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas” (p. 41). Es decir, que este segundo método basa objetivo en visibilizar al mundo, transformar y convertir las diversas instrumentalizaciones para interpretar el objeto de análisis.

Es así como la presente investigación se enfoca en ahondar la problemática de la trata de personas y dar a entender, como primera hipótesis, la expansión y evolución que la tecnología le ha dado a los delitos y el cambio en el modo en que el delincuente actúa de la mano con las redes sociales. Por tal razón, el presente trabajo se expone como una investigación no experimental de corte descriptivo, a fin de profundizar en temas cualitativos, como lo es el análisis teórico; aunque también se busca mapear, desde la investigación cuantitativa, cómo en la práctica se ha llevado a cabo dicho delito tanto dentro de los diferentes países, como a nivel mundial.

Sobre este método de indagación, la Universidad Naval (s.f.) sostiene que la investigación cualitativa descriptiva va más allá del estudio de la teoría pues en este tipo de trabajos se busca plasmar las características fundamentales del objeto de estudio utilizando la metodología cuantitativa y cualitativa para presentar, no solo doctrinariamente cómo se ha desarrollado, sino también se aborda desde la realidad; expone el autor que esto se realiza “con criterios sistemáticos para mostrar su estructura y comportamiento, centrándose en medir con mayor precisión” (Universidad Naval, s. f., p. 30).

Para el desarrollo su desarrollo es relevante dividir el análisis en dos fases: la primera de ellas comprende el estudio cualitativo de las bases doctrinales, normativas (leyes, decretos y tratados), así como el cambio en las políticas criminales de los países y la jurisprudencia, tanto nacionales como internacionales de la trata de personas y cómo esta problemática se ha expandido con la implementación de la tecnología en la vida cotidiana de las personas. En la segunda, se aplica el análisis de estadísticas de investigaciones llevadas a cabo por organis-

mos internacionales o gubernamentales, con el objetivo de mapear la cantidad de víctimas, la finalidad por la que son explotados, las edades y el sexo para visualizar la realidad de los diversos países y el tratamiento que estos le dan familiares, víctimas y victimario.

Concepto de trata de personas

La trata de personas la define Cabanellas (1998) como todo aquel “tráfico ilegal e inmoral, que tiende a la explotación del hombre privado de su libertad o al de la mujer como prostituta” (p. 389); no obstante, la presente definición reduce los fines de explotación. Por tanto, el delito de trata no posee una definición como tal. Menciona la ONU (2014b) que a pesar de que la antigüedad de la problemática, a finales de los años noventa los Estados no diferenciaban entre la trata de personas y prácticas análogas, así, se consideraba como un solo fenómeno, confundiendo delitos y no sino hasta el año 2000 cuando se constituye un acuerdo para brindarle características a la trata de personas para distinguir una figura de otra.

En razón con lo señalado por Cabanellas, esta definición no podría utilizarse por cuanto el tráfico ilegal y la trata son delitos distintos debido a que este último concepto engloba una serie en conjunto de elementos que la definición del autor no contempla. Al respecto Villalpando (2011) sostiene lo siguiente:

La insistencia de una adecuada definición, en este caso como en muchos otros delitos internacionales, no es sólo una cuestión de buena técnica jurídica, sino que representa el acuerdo de Estados de todo el mundo para calificar una conducta como universalmente sancionable más allá de los diversos sistemas jurídicos, las costumbres sociales y culturas, punto aún más controvertido cuando se refiere a las relaciones de sexo. (p. 12).

Regulación internacional

En cuanto a la regulación internacional, la Sociedad de las Naciones de la Convención de Saint-Germain-en-Laye (1926) crean la Convención sobre la Esclavitud, aunque esta convención buscaba reprimir y prevenir la trata de esclavos y la venta o adquisición de personas esclavizadas (artículos 1 y 2); no obstante, esta convención sería adoptada y reformada por el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, esto con el objetivo las Altas Partes utilizaran el mutuo auxilio entre países para suprimir la esclavitud y trata de esclavos (artículo 4). Este acuerdo, posteriormente, sería retomado por las Naciones Unidas para incluir los deberes encomendados en

esta Convención (ONU, 1953). Sin embargo, dicho convenio no sería el único que regularía el tema pues con el pasar del tiempo se crearían más tratados que ampliarían lo entendido como trata de personas.

Cabe recordar que existe a nivel internacional un sistema de protección de Derechos Humanos en el cual, expone Padilla (2020), se divide en dos bloques por un lado se encuentra el sistema universal integrado por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), y por otro, los sistemas regionales conformados por el sistema interamericano, sistema europeo, sistema africano y el sistema asiático, aunque Pastor y Acosta (2014) que es un sistema que apenas se encuentra en construcción y que no existe hasta el momento un sistema jurídico como los anteriores mencionados.

Referente a la descripción legal de la actividad que se está comentando, a nivel internacional se encuentra difundida en los diversos sistemas de protección de Derechos Humanos existentes. Es así como en el caso del Sistema Universal de Derechos Humanos existen diversos tratados, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) el cual en el artículo 4 prohíbe la esclavitud, servidumbre y trata de personas, a su vez el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (ONU, 1949) el cual dispone en el preámbulo y en el artículo 17 la obligación a los Estados de crear instrumentos para reducir la trata de personas y regular u abolir la prostitución. La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (ONU, 1957) también menciona en el artículo 1 que progresivamente los Estados deben crear normativa y crear instituciones que fortalezcan la lucha contra el delito descrito y tener por objetivo su abolición.

A pesar de los tratados anteriores, el que convenio que recoge los elementos de la trata de personas y que ha sido clave para determinarla, es el Protocolo para Prevenir, Reprimir, y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños o también conocido como Protocolo Palermo (ONU, 2000). En la investigación Instrumentos internacionales y regionales (s. f.) manifiesta que en el Protocolo Palermo se:

establece en su preámbulo que a pesar de que existen numerosos instrumentos internacionales que contienen normas y mecanismos para combatir la trata de personas, este es el único instrumento internacional que abarca todos los aspectos de la trata de personas, incluida la trata para fines diferentes de la

prostitución. Pero, además, contiene la primera definición internacional vinculante de la trata de personas. (p. 2)

Por otro lado, en el Sistema Europeo su principal regulación se encuentra en el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Consejo de Europa, 2005) el cual es una literalidad del anterior tratado.

En cuanto se refiere al régimen legal de carácter interamericano sobre la trata de personas o actividades similares, es necesario destacar que la región no posee una definición concreta o la descripción del delito; ahora bien, el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos creada en 1969 por la Organización de los Estados Americanos establece la prohibición a los Estados de llevar a cabo prácticas de esclavitud, servidumbre y trata. Este mismo inconveniente lo posee el reciente sistema africano, debido a que en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Organización de la Unidad Africana, 1981), en el artículo 5, restringe la posibilidad de que las personas sean explotadas, reciban algún trato degradante o cruel o sean esclavos. Sin embargo, menciona la Organización Internacional para las Migrantes (s.f.a), que desde 2014 en África se han iniciado programas y debates con los Estados miembros para la regulación y prevención de la trata de personas.

Elementos de la trata de personas

En relación con las características de la trata de personas que estos convenios mencionan, se tiene entendido que en aquella actividad delictiva existe un fin, cual es la explotación, pero este no es el único, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante UNODC, 2019) ha señalado que la trata consta de:

- 1) Un acto: Este hace referencia a una acción, es decir, aquello que se lleva a cabo, lo que el victimario realiza. Se entiende como acto toda acción de trasladar, captar, acoger o la recepción de personas.
- 2) Los medios: Se entiende como la forma en que el acto se lleva a cabo o cómo se realizan esta acción. El artículo 3 estipula que se puede recurrir a la amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, abuso de poder o abuso de situaciones de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona.
- 3) La finalidad de explotación: Por último, debe tenerse la explotación o el beneficio en la trata, en otras palabras, el victimario debe poder sacar provecho de la situación, ya sea para

sí mismo o para un tercero (este beneficio no siempre es económico, pero es el más común). Como formas de explotación el mismo artículo señala la prostitución ajena o explotación sexual, los trabajos forzados, esclavitud o prácticas análogas a la servidumbre o la extracción de órganos.

Sobre los elementos constitutivos de la trata de personas, la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú (2019) añade que no solo deben existir los anteriores elementos, sino que debe darse una serie de características para determinarse como tal. Entre ellos, se encuentra I) la pluralidad de víctimas, aunque no interesa su nacionalidad, sexo, condición social o edad, II) debe existir una gradualidad en las conductas que el victimario realiza, aunque no necesariamente debe darse con frecuencia, pero sí darse secuencialmente. En cuanto al traslado, III) no resulta de importancia si la víctima ha sido trasladada a otro país o a otra zona del mismo país debido a que no se toma en cuenta el país o zona de destino, sino el desarraigo que pueda sufrir la víctima, IV) tampoco es necesario que exista movilización a la zona donde realiza las actividades de explotación, pero sí puede darse que una víctima resida en zona A pero es llevada a zona B para explotarla y, por último, V), a pesar de que de que la finalidad del Protocolo Palermo es la eliminación de las organizaciones criminales y los delitos que éstas bandas llevan a cabo. No obstante, este delito de trata puede ser realizado o no por bandas criminales, incluso puede considerarse como tal aun siendo un comportamiento aislado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 2017) agregó que otro aspecto relevante en la trata de seres humanos, cual es que:

esta actividad busca, también, aprovecharse de las situaciones de vulnerabilidad de la víctima, quien no tiene una alternativa real y aceptable más que someterse al abuso. La vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo, física, psicológica, emocional, familiar, social o económica. La situación puede, por ejemplo, comprender casos de inseguridad o irregularidad administrativa de la víctima, dependencia económica o una frágil salud. En definitiva, la situación puede ser cualquier estado de dificultad en que un ser humano acepta ser explotado. Personas que abusan de tales situaciones infringen flagrantemente los derechos de las personas, atentado contra la integridad y dignidad, y respecto de los cuales no cabe renuncia válida. (párr. 83).

Por ello, Díaz (2014) advierte que este delito debe de interpretarse de forma amplia y no debe hacerse una restricción en la interpretación de las normas, pues las prácticas como la

esclavitud, el trabajo forzado, entre otras son también una forma de trata de personas. Esto por cuanto tienen como finalidad explotar al ser humano haciendo uso de los elementos esenciales de control, como lo son el I) del movimiento o del ambiente físico de la persona; II) el control psicológico; III) de la adopción de medidas para impedir la fuga, y IV) del trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución. (TEDH, 2010).

Obligatoriedad de los elementos de la trata de personas

Clasificar un delito tan complejo como la trata de personas, en la práctica, no es tan sencillo, puesto que debe contener la existencia de los elementos antes señalados para condenar a los posibles imputados. La UNODC (2010), recalcó que al no encontrarse uno de los elementos podría constituirse otros tipos de delitos que se ahondarán más adelante, por lo que afirma que:

El protocolo contra la trata de personas exige que el delito de trata se defina mediante una combinación de los tres elementos constitutivos y no de los distintos elementos, aunque en algunos casos estos distintos elementos constituyan delitos penales en sí mismos. Por ejemplo, el acto del rapto o la utilización no consensual de la fuerza (agresión) probablemente constituirán delitos penales distintos en virtud de la legislación penal interna. (p. 8)

En relación con los elementos que integran la figura de trata de personas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2016), consideró que para ser catalogado como trata debe encontrarse los elementos como un todo y deben cumplir todos para estar frente a un delito de trata de personas. Así lo ha señalado también el TEDH (2017), el cual establece que debe darse la combinación de todos los componentes, ya que no pueden constituirse por separado. Es decir, el hecho de que una persona sea trasladada y posterior explotada laboralmente no significa que se estaría frente la trata de personas, ya que no existe el elemento del engaño o coacción.

A ello debe agregarse la complejidad de las nuevas modalidades que señala la Coalición contra el Tráfico de Mujeres y Niñas para América Latina y el Caribe (como se citó en Aarvik, 2013), porque, aproximadamente el 50% de los casos que se dan de trata de personas, son llevados a cabo por las redes sociales, principalmente; y el autor señala que estas operaciones son llevadas a cabo en el lapso de cuatro días; posterior a esto, de no poder enganchar a la víctima, la abandonan y continúan con otra persona.

Sin embargo, clasificar un delito con esta figura no resulta una labor sencilla, debido a que son múltiples casos, señalan la Unión Parlamentaria y la UNODC (s. f.), pues las víctimas no quieren o se sienten amenazadas para hablar, existe un desconocimiento de la figura, las víctimas no se consideran como tal o mencionan que ha todo lo ocurrido ha sucedido con el pleno consentimiento de sí mismo.

Consentimiento de la víctima

El consentimiento es la exposición de la aceptación que una persona da, ya sea oral o escrita sobre una determinada acción u objeto (RAE, s.f). Sobre el consentimiento en la trata de personas el artículo 3 inciso b del Protocolo Palermo (ONU, 2000) dispone lo siguiente:

El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. (art. 3)

El consentimiento es parte integral para la detección de la trata y que es parte del elemento del medio el cual debe darse obligatoriamente como se ha mencionado anteriormente, pero la ONU (2014a) advierte que a lo que se refiere el Convenio antes citado es que se tendrá por absolutamente nulo cuando el consentimiento de la víctima dado en un contexto de violencia y donde ya se ha configurado el delito, pues existe una relación de poder. Por tanto, en personas mayores de edad no será válido si este proviene del uso de “medios como la fuerza o el rapto, como si se han empleado medios más sutiles, como el abuso de una situación de vulnerabilidad” (ONU, 2014a, p. 10). Montoya et al. (2017) advierten que cuando exista consentimiento, el imputado no puede excluirse de la responsabilidad penal si el delito se ha cometido. Por el contrario, McAdam (s.f) enfatiza que en la práctica el consentimiento no se tomará en cuenta cuando existan medios gravosos sobre la persona, ya sean las amenazas o el uso de la fuerza; no obstante, cuando los medios empleados sean más sutiles, como es el caso del abuso de la vulnerabilidad, el consentimiento adquiere mayor relevancia.

Por otro lado, para poder catalogar la trata de personas en niños (personas menores de edad), no es necesario que el menor brinde el consentimiento para considerarse como tal; es decir, que cuando la víctima sea un menor no es necesario que existan medios coercitivos como lo son el amenazar, raptar, engañar, fraude entre otras, sino más bien que con la aparición de los elementos de explotación y el acto (sea cualquiera de los mencionados en el inciso a del presente convenio), se catalogará como trata de personas.

El Desarraigo

Se entiende el arraigo como “la instalación del arraigado, quien vive en una determinada zona de forma permanente” (Poder Judicial de la República de Costa Rica, s.f., párr. 1). Por ello, cuando una persona es obligada a vivir en otro lugar se habla de un desarraigo, entonces, a diferencia del primer concepto, el desarraigo la describe Centeno (2010), como “la separación de la víctima de su lugar de origen o donde habita obligándola a perder las relaciones familiares, amigos entre otras utilizando la fuerza, la coacción o el engaño” (p.34).

La OIM (s.f.a.) nombra que, “al evitar el contacto con las personas cercanas, es parte del control que ejerce el tratante” (p. 37). Por este motivo por el cual también se le despoja de sus documentos de identidad y sus pertenencias para) coaccionar su libertad personal, a fin de que no intente huir o mantener contacto con familiares y otras personas cercanas. En algunos casos, puede darse la metodología de que la persona visita esporádicamente a sus seres queridos, empero estas visitas son controladas, por ende, no se permite que la víctima cuente la situación que atraviesa. La UNODC (2009) dispone que estos medios de control representan un mecanismo de dominación para continuar con el vínculo, e incluso la víctima “acepta” ese estilo de sometimiento, y así también poder proteger a sus allegados de posibles amenazas o acciones que atentan contra sus seres queridos.

El Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas (2019) argumenta que durante el traslado el desarraigo incrementa la condición de vulnerabilidad de la víctima, en razón a que faculta al tratante a mantener la autoridad sobre todo cuando esta se da fuera del país de origen o región, en la cual posean aspectos culturales diferentes al de la zona de procedencia, lo que entorpece la persecución de los tratantes y el proceso judicial como tal.

Distinción entre la trata de personas y otros delitos relacionados

Trata de personas y tráfico de personas

Consejo de la Unión Europea (2021) ha mencionado que en el caso del tráfico ilícito de migrantes o tráfico de personas se encuentra relacionado en muchas ocasiones con otras formas de crimen organizado, incluido la trata de personas lo que representa un problema aún peor debido a que ese tránsito migratorio aumenta las probabilidades de que los victimarios utilicen este tipo de recursos para hacer caer a sus víctimas en el engaño de, por ejemplo, querer ayudar a conseguir o facilitar procesos de asilo, cuando en realidad buscan aprovecharse y explotar a la persona.

El delito de trata de personas, y pese a lo anterior, cabe resaltar que no es un sinónimo del delito de tráfico ilegal de migrantes como se ha venido manejando pues este segundo precepto lo ha entendido la ONU (1999) en el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire dispone que:

este se comprenderá como la entrada ilegal por la cual una persona de un Estado Parte ingrese a otro Estado en el que no es una persona nacional o residente permanente, esto debe realizarse, con el fin de beneficiarse directa o indirectamente, aclara el artículo citado que este beneficio puede ser económico o de otra índole. (art.. 3)

Amelia (2018) explica que el tráfico ilícito de migrantes se lleva a cabo cuando el sujeto activo (quien es el encargado del traslado), facilita la movilización y llegada de la persona migrante, quienes, en su mayoría, se trasladan por rutas poco transitadas y vigiladas; por tanto, no suelen ir directamente a su destino, sino que toman caminos alternos para llegar sin ser detectados por las autoridades u otros traficantes. García (2019) aclara que lo que caracteriza a este delito en particular se encuentra en tres elementos los cuales son internacionalidad, debido a que la persona migrante siempre será trasladada en condiciones de irregularidad a cambio de un beneficio, entendiéndose que esta retribución es meramente económica. Como segundo punto se encuentra el consentimiento, agrega Urquilla (s.f.) que el delincuente únicamente busca pasar migrantes irregulares de un lado fronterizo a otro y que, una vez que la persona ha llegado a su país de destino, dejan de tener control sobre ella. Asimismo, como última característica se encuentra la explotación, ya que el traficante no busca aprovecharse del recurso humano explotando a la víctima, sino que en el tráfico de migrantes no retiene a la víctima ni la somete a su voluntad; su objetivo es únicamente el traslado, sin importar los motivos por los cuales la persona desea salir de su zona de origen. (García, 2019).

A continuación, en la siguiente tabla (con base a la información brindada por la UNODC, s.f.a) se muestra una tabla comparativa que presenta las principales características de la trata y el tráfico de personas:

Tabla 1.

Características de la trata y el tráfico de personas:

Características	Trata de personas	Tráfico de personas
Elemento subjetivo.	Delito doloso.	Delito doloso.
Elemento material.	Acto, medio y finalidad (explotación).	Acto y finalidad (beneficio).
Consentimiento.	Si se dan los elementos el consentimiento es nulo (en menores de edad el consentimiento siempre es nulo).	La víctima da su consentimiento para ser.
Carácter internacional.	No es necesario.	Necesario.
Participación de un grupo delictivo.	No se ocupa.	No se ocupa.

Nota. elaboración propia con datos de UNODC (s.f.a)

Trata de personas con fines de explotación sexual y proxenetismo

Antes de ahondar entre las diferencias de trata de personas con fines sexuales y proxenetismo, Acosta (1981) afirma que es importante describir el concepto de prostitución entendiéndolo como un medio en el que una mujer se comercializa por su cuerpo mediante prácticas sexuales, las cuales son retribuidas con ventajas dinerarias u otros beneficios. Barry (como se citó en Lugo) (s. f.), agrega que la prostitución denigra a la mujer, porque es vista como un objeto de mercancía; por cuanto las personas pueden pagar por la actividad no solo con dinero, vender a la mujer, como es el caso del proxeneta que será ahondado más adelante, o bien intercambiarla, como si fuera un producto y que pueden llegar a existir tipos de prostitución como la “casual, callejera, militar, de burdeles, pornografía, turismo sexual y el mercado de novias o esposas por correspondencia” (Barry, como se citó en, Lugo, s.f., p. 3).

Por otro lado, abordando en tema específicamente del proxenetismo, Aguilar (2014) menciona que, en la antigüedad, en el Imperio Romano (27 a. C. - 476 d. C.) se entendía como proxenetismo todas aquellas acciones por las cuales una persona obtenía un beneficio a cambio de prostituir a las mujeres libres o esclavas, aunque esta figura tenía castigo cuando era el esposo el que facilitaba el acceso a la esposa a la prostitución.

En la actualidad, Colombo y Mángano (s. f.), resaltan que entre el proxenetismo y la trata de personas puede existir cierta confusión pues suelen compartir requisitos, pues los autores señalan que: “Es raro dar con un caso en que los motivos que llevan a una persona a la prostitución, y las experiencias de esa persona dentro de la prostitución, no incluyan como mínimo un abuso de poder y/o un abuso de vulnerabilidad” (p. 25).

Fascioli (2021), aclara que si bien puede existir una relación entre ambos delitos lo cierto es que no son delitos iguales, sino más bien pueden tener elementos similares más no pueden entenderse como sinónimo; y la mayor diferencia que hace el autor es al indicar que la trata debe cumplir con los elementos contemplados en el Protocolo Palermo, además de que la víctima debe estar privada de su libertad y sometida al victimario, por otra parte, el proxenetismo busca inducir a la víctima a la prostitución, por ejemplo, si una mujer consiente prostituirse en otro país, pero el victimario al llegar al lugar la retiene a la fuerza, a pesar de que existe un consentimiento no podría ser validado puesto que “nadie puede consentir basado en una mentira” (Fascioli, 2021, p. 61); por tanto, se estaría no en presencia del proxenetismo, sino de trata de personas.

La autora Águila (2014), establece que existen elementos compartidos entre ambas figuras, no obstante, si existen aspectos propios de la trata de personas y otros, los cuales son únicamente necesarios para el proxenetismo como se verá en la siguiente tabla:

Tabla 2.

Características del proxenetismo y la trata de personas con fines de explotación sexual:

Características	Proxenetismo	Trata de personas
Reclutamiento.	Aquí únicamente se busca inducir a la víctima a la prostitución.	Se busca no solo inducirla a que se prostituya, sino que se le obliga, la víctima no tiene elección.
Transporte.	No es necesario que el proxeneta transporte a su víctima.	Es necesario que la víctima sea transportada, captada o cualquiera de los actos anteriormente señalados.
Consentimiento.	La víctima da su consentimiento entendiendo la situación y sus condiciones.	La víctima da su consentimiento, pero este es obtenido mediante actos fraudulentos o a la fuerza.
Explotación.	No es necesario.	Necesaria, además se puede dar la cobranza de deudas imposibles de cumplir.

Sin embargo, Mackinnon (2011), apunta que a pesar de las situaciones de peligro que conlleva estas problemáticas como el acto de prostituir, aún existen la discusión de si se considera como derecho humano el ejercerla con libertad o si, por el contrario, el que los Estados no la prohíban representa un deterioro en los Derechos Humanos. Por ello, la autora afirma que aún falta muchísimo por recorrer respecto a lo que se tiene como trata sexual y prostitución pues ambos representan un grave detrimento en la vida de las víctimas; en consecuencia, una vulneración a su integridad, vida y sus Derechos Humanos debido a que la gran mayoría de ellas no realizan estas actividades por gusto, sino por necesidad o, aún peor, por haber sido engañadas y utilizadas.

La implementación de la tecnología en el delito de trata de personas

Aguilar (2019), afirma que la trata de personas consiste en un fenómeno que ha venido propagándose y, sobre todo, que continúa implementando la tecnología, específico las redes sociales, como parte de un cambio en el modo de actuar criminal, lo cual les permite a los delincuentes implementar las herramientas digitales como la internet para eficientizar los actos delictivos, en este caso concreto, la trata de personas digital, que se ha convertido en una

realidad a nivel internacional generando miles de dólares para el victimario con la creación de perfiles falsos en el Facebook; aunque, sostiene Maltzahn (2005), que no se limita únicamente a redes como estas sino que también puede expandirse en espacios de mensajería instantánea ya que los mensajes no son intervenidos por la empresa de mensajería, sino que pueden quedar en el anonimato como es el caso también de la telefonía prepago en la cual el número puede desecharse en cualquier momento.

La OIM (2011), dispone que los reclutadores buscan enganchar a la víctima, no solo con el enamoramiento, esto también lo realizan por medio del ofrecimiento de oportunidades de empleo ya sea con la publicidad engañosa y fraudulenta mediante las redes sociales, contactos por internet, familiares o conocidos, falsas promesas de trabajo sobre todo ofertas tentadoras de empleo en el extranjero o grandes beneficios con una beca de estudio son parte de las herramientas que usan los tratadistas; es decir, en todos estos casos, el reclutamiento depende parcial o totalmente del uso del engaño. Incluso, lo más común es que la víctima consienta en trasladarse sola o en compañía de los tratantes al lugar donde supuestamente le está esperando una gran oportunidad de trabajo, capacitación o estudio.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2019), ha señalado que la tecnología indudablemente le ha dado toda una transformación al fenómeno que se venía presentando con la trata de personas convencional pues el uso de estas redes sociales ha beneficiado que el victimario tenga nuevas formas de explotación; como por ejemplo, en el caso de la explotación sexual en línea o el aumento de los voluntariados en el extranjero que han facilitado la creación de orfanatos clandestinos que les permiten esclavizar a las infancias.

Sobre esto, Villena (s. f.) asegura que las redes sociales han facilitado el contacto de víctima a victimario sobre todo en personas menores de edad y afirma que la internet ha permitido crear vínculos de confianza basado en el apoyo, la lealtad y la reciprocidad, además de que existe una relación de cercanía, la víctima suele creer que tiene mucho en común con el victimario; por tanto, se crea una ilusión de querer conocer a la otra persona para establecer un vínculo más estrecho e incluso intimar (lo que sucede con frecuencia en menores de edad), aunque estos encuentros físicos, el tratante busca la manera de atraer a la persona para sacar provecho y explotarla.

El Consejo de la Unión Europea (2020), agrega que los tratantes son cada vez más profesionales en el uso de la tecnología lo cual permite ir ampliando sus actividades delictivas en línea y poder solapar e introducir en el mercado los productos provenientes de sus delitos;

pues los Estados Europeos han advertido que el principal medio de atracción. Referente a esto, Microsoft (como se citó en CNDHM, 2018) afirma que en México cada cinco víctimas de trata (específicamente trata con fines de explotación sexual) contacta a su victimario por internet y que el medio más utilizado es Facebook que, aunque posee un límite de edad, lo cierto es que los usuarios pueden falsificar su nacimiento y cambiar su edad, así, crea un perfil falso con imágenes que puedan atraer a las víctimas, con el propósito de empatizar con las víctimas. Al respecto, el mismo autor aduce que la conexión que el victimario busca es la descripción del siguiente vínculo:

Se busca un auténtico y profundo interés, una fiel empatía y comprensión, al igual que un apoyo incondicional. en donde conoció a una persona por medio de redes sociales como Facebook, posteriormente se contactaban por WhatsApp y una vez que se ha establecido un lazo de interés, se busca fortalecer la amistad e incluso entablar relaciones amorosas (sin informar a la familia) y se ganan la confianza. La víctima se siente valiosa y con un cierto bienestar que recibe mayormente cuando está con su nuevo amigo/novio, hasta llegar al grado de mantener una relación sentimental, por medio de Facebook el tratante induce la idea a la víctima de que nadie más la entiende y aprecia como ellos. También es común que se entablen conversaciones encaminadas al sexo, incluso iniciar ciber-sexo, ya sea por mensajes, imágenes o video llamadas. (CNDHM, 2018, p. 17)

A lo supracitado debe agregársele el material digital, específicamente pornografía infantil o también llamado *grooming*, el cual define el International Centre for Missing & Exploited Children y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina Regional para América Latina y el Caribe (2016) como “toda forma de explotación referente a la creación de contenido explícito sexual, este puede ser creado por la víctima para ser enviado al victimario que posteriormente lo utilizará para manipular y atraer a la víctima o puede ser creado directamente por el victimario”(p. 19). Ello ha generado una nueva forma de explotación sexual infantil que se puede dar en la trata de personas. La ABC Internacional (2016) afirma que fue gracias al uso de la internet como nació y se extendió rápidamente una red para pedófilos y asesinos llamada “No Limits Fun” (Sin Límites para la Diversión en español) en la cual Peter Scully grabó un video llamado “Daisy Destruction” o también conocido como la Destrucción de Daisy, en la cual dos niñas maltratan a un bebé recién nacido. Jay (s. f.) alega que Scully

atraía a las niñas mediante engaños y promesas de que las enviaría a estudiar, luego eran trasladadas a apartamentos que alquilaba en Filipinas, con el objetivo de grabar estos vídeos y poder generar ganancias para sí mismo hasta que fue atrapado y la red se disipó; aunque, con casos como estos se pueden dar en cualquier momento.

No obstante, el ámbito sexual no es el único, pues en el caso de la explotación laboral, el Group of Experts on Action against Trafficking in Human Being (GRETA, 2022), asegura que los Estados han reportado un aumento en la forma de atraer víctimas con la tecnología, pues ahora se apuesta al reclutamiento de trabajadores, a través de las redes, como se antes se mencionó, se publican anuncios ubicados en sitios web destinados a buscar empleo. También se ayudan al difundirlo en las redes sociales, ya que el autor afirma que, posterior a la pandemia, la tecnología ha jugado un papel sumamente importante, en cuanto a la contratación de personal, puesto que en los últimos años y con el impulso del Covid-19, las empresas, cada vez más, han ido fomentando el reclutamiento en línea, lo cual ha favorecido la comunicación y ha permitido que el victimario no tenga que exponerse o crearse toda una red de engaño desde el inicio.

La UNODC (2007), enfatiza que las nuevas tecnologías también han facilitado la creación de documentos falsificados, lo cual es importante a la hora de trasladar a la víctima, por ejemplo, pues se le brinda un pasaporte para evitar las sospechas de las autoridades, o por la búsqueda de las víctimas. Igualmente, se indica que este tipo de actos no serían posibles en muchos de los casos si no existiera la corrupción en los funcionarios, ya que el funcionario puede tramitar este tipo de actos a fin de beneficiarse, generalmente se les da retribución económica por lo que es pertinente que se instruyan medidas tecnológicas para la identificación de documentos falsos, alterados o simulados.

Por último, Maltzahn (2005) expone que:

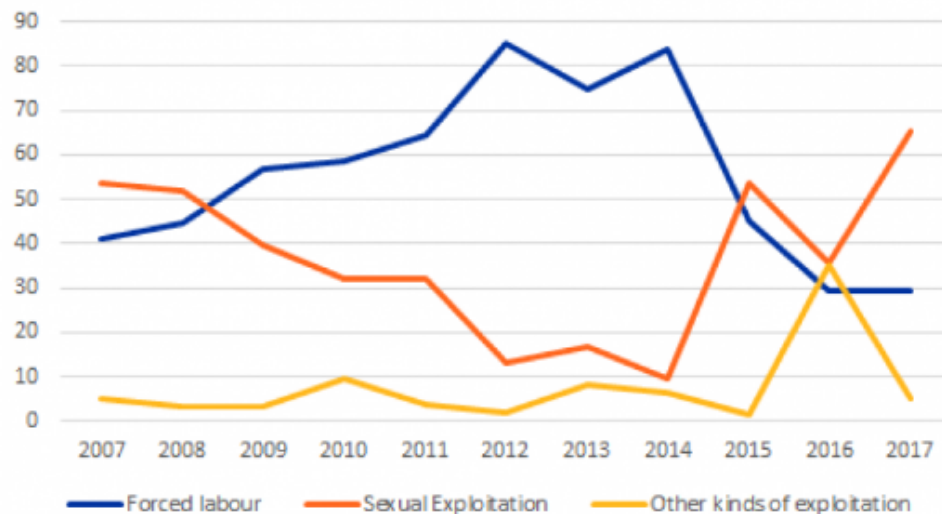
Estas tecnologías no están creando opciones que no existieran previamente, pero sí están haciendo que la trata resulte más fácil. Como predice el Grupo de Especialistas: “a medida que se vayan descubriendo más casos de trata con fines de explotación sexual, es altamente probable que los detalles de las operaciones muestren un incremento en el uso de las comunicaciones electrónicas.” (p. 5).

Estadísticas de trata de personas

El Portal de Datos sobre Migración (2021), ha establecido que durante los inicios de los 2000 se evidencia un alta en la trata de personas con fines de explotación laboral no obstante, para el año 2015 en adelante comienza a bajar esto menciona el autor que es debido a la mejor en la técnicas de control en los países y la detección aunque eso también depende de la región pues en zonas como África y Medio Oriente tienen mayor incidencias en este tipo de explotaciones; mientras que, en lugares como Europa y América del Norte, la incidencia tiende a ser delitos relacionados a la explotación sexual; como se demuestra en los resultados del siguiente estudio:

Figura 1.

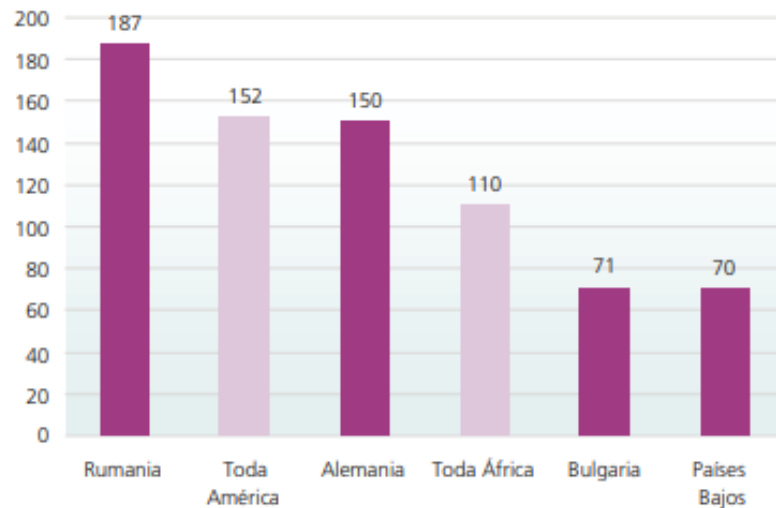
Tipos de trata de personas identificados entre el 2007 al 2017:



La UNODC (s.f.b) ha mencionado que las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual encontradas en países europeos son el 84%, aunque en el 2006 únicamente se contabilizaron 150 condenas en países americanos por este delito, lo cual es el equivalente de condenas registradas en Alemania como se aprecia en el siguiente gráfico:

Figura 2.

Número de condenas por trata de personas en países de Europa Occidental, Central y otras regiones en 2006:

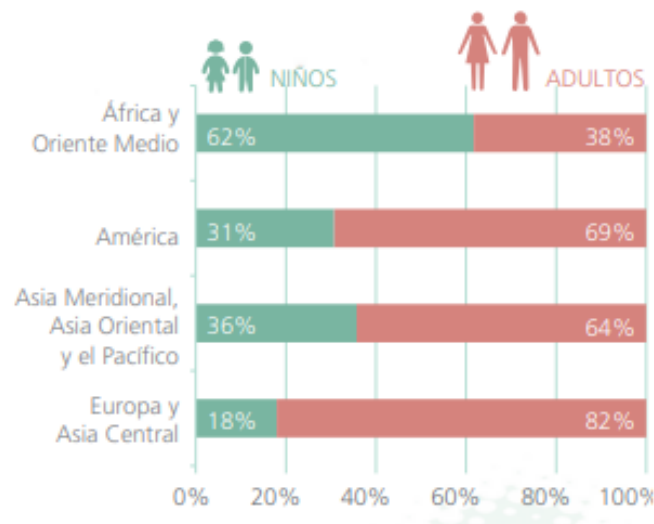


Sobre esto, asegura la UNODC (s.f.b) que la mayoría de las víctimas eran coaccionadas o engañadas para trabajar con la promesa de ser bailarinas exóticas, masajistas o realizar actividades similares, pero sin conocer el peligro o el sometimiento por el cual iban a ser sometidas.

La UNODC (2014) considera que, en casos de trata entre menores de edad y adultos, el porcentaje aumentó especialmente en niñas, así pues, dos de cada tres víctimas menores son niñas y una, niño; pero este dato puede variar dependiendo del país, por cuanto en naciones ubicadas en África y el Oriente Medio la gran mayoría de víctimas son niños; entre tanto, en Europa y Asia Central son mujeres adultas, como se representa en la siguiente gráfica:

Figura 3.

Número de menores de edad y adultos víctimas de trata de personas por regiones entre 2010 a 2012



En torno a la situación de trata de personas en América, particularmente la de Colombia, señala la OIM (2006a) la trata con finalidad de explotación sexual representa el 45000 y 55000 de personas que ejercen la prostitución y son provenientes principalmente de Japón con 65%. Además, la OIM (2006a) señala que el modo de operar es el siguiente: primero debe engañarse a una víctima para posteriormente adjudicarle una deuda millonaria que debe cancelar con su trabajo, en este caso la prostitución y quien se niegue es violado abruptamente por los tratantes en reiteradas ocasiones, también puede suministrársele fármacos o incluso matarlas aunque este método es el último puesto que por cada víctima existe un tiempo y dinero invertido por lo que se toma como último recurso.

Estigmatización de la víctima

La Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud (s.f.), aseguran que la estigmatización de víctimas consiste en encasillar a la víctima en un estereotipo; asimismo, que ello impide su progreso, pues las engaveta y las limita en su desarrollo, crecimiento y superación post - trata y es debido al estigma y vergüenza que muchos sienten que pueden volver a recaer en víctimas del mismo delito, porque la inseguridad y el sentimiento de incertidumbre generado, puede hacerles caer en depresión y continuar el ciclo.

Martínez (2008), asevera que es de especial importancia que las autoridades tengan un tacto especial con las víctimas y sus familiares, pues de ello depende que estas puedan obtener una reparación del daño y el acceso a la justicia. El Gobierno de México et al. (s.f.), afirma que es importante que los Estados puedan identificar a las víctimas y seguir los principios de 1) no discriminación y respeto a la dignidad humana; este busca que las víctimas, una vez rescatadas, no sean objeto de burlas, discriminación de algún tipo y, sobre todo, que los Estados respeten a las víctimas y tratos denigrantes; 2) debida diligencia que obliga a los funcionarios a que se investigue el delito como tal, iniciando la investigación, brindando medidas cautelares a familiares y víctima, en caso de necesitarse así como la defensa y reparación para el daño generado; 3) confidencialidad ni el Estado ni sus funcionarios podrán divulgar el caso, mientras se encuentre en investigación, ni mucho menos dar información personal acerca de la víctima, familiares, testigos o paradero; 4) velar por el interés superior del menor si las o la víctima lo es; 5) celeridad de los procesos puesto que no pueden demorar más de lo debido en la realización del proceso judicial y su investigación, por cuanto el daño cometido a la o a las víctimas es sumamente grave y merece una pronta reparación.

A parte de ello, la UNODC (2020) advierte que los Estados deben tener una adecuada investigación en los procesos para evitar la persecución de víctimas y tratarlas como un victimario más, ya que es común que las víctimas se vean obligadas a realizar otros actos delictivos como el de atraer a otras personas, robar, asaltar, entre otros por miedo a ser asesinados o golpeados por sus perpetradores. Por tanto, la protección de víctimas debe aplicarse en sentido amplio, puesto que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, la cual les impide tomar decisiones y cuestionar lo ilícito de su actuar.

Prevención

El Ministerio Federal de Cooperación y Desarrollo (2003), ha mencionado que la trata implica graves repercusiones en la salud física, psicológica y emocional, pues, en algunos casos, los traumas que deja no son tratados, lo cual hace propensos de volver a ser traficados. Sin embargo, los Estados desde su individualidad y afirma el Consejo de la Unión Europea (2002) que también desde la cooperación deben centrarse no solo en proteger e investigar, sino que debe darle más enfoque a la prevención para evitar que las personas tengan que pasar por experiencias tan traumáticas como estas.

La Comisión Europea (2021), menciona que para la trata internacional de personas las víctimas deben desplazarse de un lugar a otro; por ende, con medidas de fiscalización y protección en los medios de transporte, se podría ayudar a disminuir el número de personas víc-

timas. GRETA (2020), apunta a la creación de grupos de trabajo que coordinen y dirijan los esfuerzos del país para combatir la trata de personas, ya que esto ayuda a que todas las instituciones de un país puedan compartir información y complementar su labor desde diversas aristas y entre ellas la educación. Al respecto afirma González et al. (2015) que la educación facilita que la víctima identifique actos de trata y reporte a las autoridades.

La Fundación Madre Josefa (2020) ejemplifica en su programa de atención a víctimas que para la efectividad de estos instrumentos se debe buscar dar

- 1) Conocimientos sobre los mecanismos judiciales de defensa a las personas víctimas.
- 2) Informar sobre los métodos en que operan los delincuentes.
- 3) Educar sobre el delito como tal.
- 4) Sensibilizar y concientizar a la población sobre el sufrimiento que genera en las víctimas para evitar la estigmatización en la sociedad civil o el juzgamiento social.
- 5) Generar incidencia política encaminada a prevenir.

La finalidad, afirma la Fundación es proteger a sectores vulnerables en especial a mujeres y menores de edad y brindarles la información acerca de sus derechos y cómo pueden ejercerlos.

Conclusión

El Departamento de los Estados Unidos (s. f.), dispone que la trata de personas no solo es un problema social, sino que representa un delito y un obstáculo para la paz de las naciones, ya que este tiene como objetivo privar de la vida digna, libertad e integridad de las personas; ello se logra pisoteando y vulnerando a las víctimas para que unos pocos delincuentes puedan enriquecerse y aumentar su ganancia y presencia en los mercados internacionales y de cada país; de forma tal, tanto la población civil, organizaciones y, sobre todo, los Estados deben enfrentarse a las nuevas formas de engaño, las cuales día con día se innovan. Simultáneo a ello, buscar la protección de personas menores y de otras poblaciones vulnerables a estos actos denigrantes, pues el compromiso de cuidar de la sociedad, no solo recae sobre las organizaciones internacionales, sino que es un deber de todos en general para combatir la trata de personas.

La creación de instrumentos internacionales y nacionales permiten llenar de contenido las normas, pero más que nada robustecer los sistemas judiciales, al evitar que delitos tan graves como estos continúen perpetuándose con la complicidad de los Estados, con la omisión de

investigar y sancionar las conductas punitivas (Carrasco, 2017.). La Dirección General de Migración y Extranjería de la República de Costa Rica y la Coalición Nacional en contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas, disponen que los Estados deben abordar de manera integral el delito en cooperación con diversas instituciones del Estado para el rescate, atención y protección de víctimas y persecución de los delincuentes.

La Organización de los Estados Americanos (2019), afirma que este tipo de actos pueden eliminarse con la implementación de las llamadas 3p, las cuales significan prevención, persecución y protección, empero debido a las nuevas formas de operar los victimarios es necesario implementar una cuarta acción al plan de las 3p que es la asociación; es decir, la participación y colaboración de todos los segmentos de la sociedad en la lucha contra la esclavitud moderna, a fin de en algún momento poder erradicar y evitar que continúe haciendo estragos en la vida de víctimas, familiares, amigos y en las sociedades.

Referencias

- Aarvik, S. (2013). *Las víctimas del delito y de violaciones a los Derechos Humanos en el nuevo sistema de justicia penal en México*. GenderIt. https://genderit.org/sites/default/files/trata_de_personas_y_redes_sociales_0.pdf
- ABC Internacional. (2016). *Filipinas quiere recuperar la pena de muerte para condenar al pederasta australiano Peter Scully*. https://www.abc.es/internacional/abci-filipinas-quiere-recuperar-pena-muerte-paracondenar-pederasta-australiano-peter-scully-201609231348_noticia.html
- Acosta, R. (1981). *Proxenetismo*. [Tesis de doctorado publicada] .Universidad Complutense de Madrid, España]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/52776/1/5309860063.pdf>
- Águila, M. (2014). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 9, 399-423. <https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/download/3643/2883/>

- Aguilar, D. (2014). El delito de proxenetismo y su regulación en el código penal cubano. *Aciertos y desaciertos. Ámbito Jurídico*, XVII, 120. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/05/doctrina38851.pdf>
- Aguilar, E. (2019). *Suplantación de la identidad digital con fines de trata de personas en Facebook* [Trabajo de grado, INFOTEC, México]. https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/363/1/INFOTEC_MDTIC_EAB_26092019.pdf
- Alarcón, J. Duarte, P. Flores, y A. Baquero, M. (2019). El silencio de las audiencias en redes sociales frente a la denuncia de trata de personas, un delito de lesa humanidad. *Ponencia presentada al XXIII Cátedra UNESCO. Universidad Javeriana, Bogotá, DC, Colombia*. https://www.javeriana.edu.co/unesco/humanidadesDigitales/ponencias/pdf/IV_61.pdf
- Amelia, P. (2007). Trata, tráfico de personas y vulnerabilidad socioeconómica. *En Primer Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de personas, Universidad de Buenos Aires, Argentina*. <https://congresotrata2008.files.wordpress.com/2008/07/aguirre.pdf>
- Batista, D. (2015). Deep web: aproximaciones a la ciber irresponsabilidad. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 1(15), 26-37. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127033012003>
- Cabanellas, G. (1998). *Diccionario jurídico elemental*. (2ª. ed.). Editorial Heliasta.
- Castro, M. (2012). La trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo. *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, (51), 447-457. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4643458.pdf>
- Carrasco, G. (2017). *Tipo penal del delito de trata de personas*. *Alegatos*, 28(86), 71-96. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32455.pdf>
- Centeno, L. (2010). *Glosario de términos trata de personas*. OIM. https://www.ecampus.iom.int/pluginfile.php/14569/block_html/content/glosario_de_que_se_trata_la_trata.pdf

- Chaves- Mata, I., y Muñoz- Flores, V. (2009). *La trata de personas menores de edad: Esclavitud moderna en un mundo globalizado*. [Tesis de licenciatura publicada], Universidad de Costa Rica, Costa Rica]. <https://ij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/LaTratade-Personas-Menores-de-Edad.pdf>
- Chaves, C. (2009). *Trata de personas en mujeres y niños con fines de prostitución* [Trabajo de grado, Universidad de Sonora, México]. <http://www.bidi.uson.mx/TesisIndice.aspx?tesis=19613>
- Colombo, M., y Mángano, M. (s. f.). *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal*. https://www.mpba.gov.ar/files/documents/consentimiento_y_medios_comisivos_MCOL_OMBO.pdf
- Comandini, A. (2018). Prostitución y trata de blancas: El discurso internacional del victimismo (Chile, 1934). *Historia Unisinos*22(2), 290-302. <https://doi.org/10.4013/htu.2018.222.12>
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2019). *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*. <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/42/44&Lang=S>
- Consejo de Europa. (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. https://malostratos.org/wp-content/uploads/2017/09/08_Convenio-delConsejo-de-Europa-sobre-la-Lucha-contra-la-Trata-de-Seres-Humanos.-Varsovia.-
- Consejo de la Unión Europea. (2002). *Conclusiones del Consejo sobre la aplicación urgente de las Conclusiones de Sevilla relativas a la prevención y la lucha contra la migración ilegal y el tráfico de seres humanos*. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST13143-2002-INIT/es/pdf2005.pdf>

- Consejo de la Unión Europea. (2020). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Tercer informe sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos (2020) con arreglo a lo exigido en virtud del artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas*. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12280-2020-INIT/es/pdf>
- Consejo de la Unión Europea. (2021). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021- 2025*. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8090-2021-INIT/es/pdf>
- Comisión Europea. (2021). *Reglamento del parlamento europeo y del Consejo relativo a las medidas contra los operadores de transporte que participen en la trata de personas o el tráfico ilícito de migrantes, o los faciliten, en relación con la entrada ilegal en el territorio de la Unión Europea*. <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0753&from=EN>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. (2012). *La trata de personas*. https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/8_Cartilla_Trata.pdf
- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. (2018). *Trata de personas. Un acercamiento a la realidad nacional*. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Acercamiento-Trata-Personas_1.pdf
- Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas. (2019). *Trata y explotación de personas en Argentina: conceptos y herramientas para la prevención, detección y asistencia a las víctimas*. Gobierno de Argentina. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/trata_y_explotacion_de_personas_en_argentina_modulo_1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

- Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. (2019). *Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116*.
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Acuerdo-Plenario-6-2019-CJ-116-Legis.pe_.pdf
- Díaz, C. (2014). *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. [Tesis de doctorado publicada, Universidad de Barcelona, España]. Repositorio de la Universidad de Barcelona. <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/55268>
- De la Cuadra, E. (1996). Internet: Conceptos básicos. *Cuadernos de Documentación Multimedia*, (5), 35. <https://revistas.ucm.es/index.php/CDMU/article/download/59279/4564456546674/>
- Departamento de los Estados Unidos. (s. f.). *Human Trafficking*. <https://www.state.gov/policy-issues/human-trafficking/>
- Dirección General de Migración y Extranjería de la República de Costa Rica. Coalición Nacional de contra el tráfico ilícito de Migrantes y la Trata de Personas. (S. f.). *Política Nacional contra la Trata de Personas 2030*. <https://www.migracion.go.cr/Documentos%20compartidos/PoliticasyPolitica%20Nacional%20Contra%20la%20Trata%20de%20Personas.pdf>
- Ejército de Salvación. (2020). *Esclavitud moderna y la trata de personas*. https://s3.amazonaws.com/cache.salvationarmy.org/1fb40e1d-4c91-4f4e-821f8087c279e951_Spanish+Human+Trafficking+IPS-online.pdf
- Fascioli, F. (2021). *Trata de personas con fines de explotación sexual: Una mirada desde el ordenamiento jurídico uruguayo e internacional*. *Revista de Derecho*, (24), 32-83. <https://doi.org/10.22235/rd24.2567>
- Fundación Madre Josefa. (2020). *Manual de prevención focalizada contra la trata de personas en Chile*. <https://fundacionmadrejosefa.cl/wp-content/themes/portochild/repositorios/Manual-de-prevenci%C3%B3n-focalizada-de-trata-de-personas.pdf>

- García, A. (2019). *El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos y su seguimiento* [Trabajo de grado, Universidad de Cantabria, España]. [https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/16840/GARC%c3%8dACOR RAL%20ANDREA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/16840/GARC%c3%8dACOR%20RAL%20ANDREA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Gobierno de México, Instituto Nacional de las Mujeres, Tlaxcala e Instituto Estatal de la Mujer. (s. f.). Modelo de atención a las víctimas de trata de personas. Especialmente mujeres y niñas. <http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/Tlaxcala/tlxmeta20.pdf>
- González, F., Miranda, A., y Mora, L. (2015). *Trata de personas: situación de las mujeres Realidad y desafíos en Costa Rica* [Trabajo de grado, Universidad de Costa Rica, Costa Rica]. <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/3040/1/38729.pdf>
- Group of Experts on Action against Trafficking in Human Being. (2020). Guidance note on preventing and combatting trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation. Council of Europe. <https://rm.coe.int/guidance-note-on-preventing-and-combating-trafficking-in-human-beings/1680a1060c>
- Group of Experts on Action against Trafficking in Human Being. GRETA. (2022). Online and technology -facilitated trafficking in human beings. Council of Europe. <https://rm.coe.int/online-and-technology-facilitated-trafficking-in-human-beings-fullrep/1680a73e49>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6^a. ed.). McGraw-Hill Interamericana Editores
- International Centre for Missing & Exploited Children, y. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2016). *Abuso y explotación sexual infantil en línea. Orientaciones para la Adecuación de la Legislación Nacional en Latinoamérica*. https://cdn.icmec.org/wp-content/uploads/2020/09/Estudo-LegislativoICMEC_UNICEF-ES.pdf

- Instrumentos Internacionales y Regionales. (s.f.). https://drive.google.com/file/d/1RmH_Q9vQPpkq3u5sa2WZgWWWhjdedAuIY/view?usp=sharing
- Jay, A. (s.f.). *The independent inquiry into child sexual abuse*. IICSA. <https://www.iicsa.org.uk/key-documents/9429/view/INQ003949.pdf>
- Lobo, M. (2018). *Un paseo por la deep web*. Universitat Oberta de Catalunya. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/72626/7/mloboromTFM0118memoria.pdf>
- Lugo, P. (s. f.). *El ¿trabajo? Sexual*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39518.pdf>
- Mackinnon, C. (2011). *Rantsev v. Chipre & Rusia*, App. No. 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Ene. 7, 2010). *Anuario de Derechos Humanos*, (7), 107-115.
- Maltzahn, K. (2005). Peligros Digitales: Peligros Digitales: Peligros Digitales: Las Tecnologías de la Información y la Comunicación y la Trata de Mujeres. *En la mira*, 9, 1-12. <https://www.nodo50.org/mujeresred/IMG/pdf/trataAWID.pdf>
- Martínez, O. (2008). *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales*. Save the Children y Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27243.pdf>
- Mapelli, B. (2012). *La trata de personas*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1(25), 25-62. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548378.pdf>
- McAdam, M. (s. f.). *Consentimiento y explotación en el protocolo sobre la trata de personas*. OAS. <http://scm.oas.org/pdfs/2014/RA00226S.pdf>
- Ministerio Federal de Cooperación y Desarrollo. (2003). *La lucha contra la trata de mujeres en Centro América y el Caribe. Un manual para instituciones policiales*. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/trata_de_personas_35.pdf

- Montoya, Y., Quispe, F., Blouin, C., Rodríguez J., y Enrico, A. (2017). Guía de procedimientos para la actuación de policías y fiscales en la investigación y juzgamiento del delito de trata de personas. OIM. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/33289.pdf>
- Monroy, L. (2020). ¿Qué es la deep web y qué información podemos encontrar? *UNO Sapiens Boletín Científico de la Escuela Preparatoria No. 1. 5(3)*, 1-4. <https://repository.uaeh.edu.mx/revistas/index.php/prepa1/article/download/6074/7322/>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s. f.a). *Trata de personas*. https://www.unodc.org/pdf/HT_GPATleaflet07_es.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s. f.b). *Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual*. https://www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_ES_LORES.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. UNODC. (2007). *Manual para la lucha contra la trata de personas*. https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2009). *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas*. https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2010). *Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal*. https://www.unodc.org/documents/congress/backgroundinformation/Human_Trafficking/TIP_Manual_es_module_01.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2014). *Informe mundial sobre la trata de personas*. https://www.unodc.org/documents/data-andanalysis/glotip/GLOTIP14_Ex-Sum_spanish.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2019). *Definición del concepto de trata de personas*. https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2020). *Mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como acusadas*. https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/Cuando_las_victimas_de_la_trata_de_personas_cometen_delitos.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de los Estados Americanos. (2019). *Informe de Progreso del II Plan de Trabajo para combatir la trata de personas en el Hemisferio Occidental 2015 – 2018*. <http://scm.oas.org/pdfs/2019/CP40376SINFORMETRATA.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de Naciones Unidas. (1949). *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*. <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/normativa/normativa-internacional/category/99-terrorismo-y-delincuencia-organizada-transnacional?download=1345:convenio-para-la-represion-de-la-trata-de-personas-y-de-la-explotacion-de-la>
- Organización de Naciones Unidas. (1953). *Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/protocol-amending-slavery-convention-signed-geneva-25-september>
- Organización de Naciones Unidas. (1957). *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/supplementary-convention-abolition-slavery-slave-trade-and>

- Organización de Naciones Unidas. ONU. (1999). *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_cont_tr%C3%A1fi_l%C3%ADci_migra_tierra_mar_aire_comple_conve_nu_cont_delin_orga_transn.pdf
- Organización de Naciones Unidas. ONU. (2000). *Protocolo para Prevenir, Reprimir, y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. OAS. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_prev_repri_y_sanci_trata_pers_espe_muje_y_ni%C3%B1o_compl_conve_nu_contr_deli_org_trans.pdf
- Organización de Naciones Unidas. (2014a). *Los Derechos Humanos y la trata de personas*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS36_sp.pdf
- Organización de Naciones Unidas. (2014b). *El papel del “consentimiento” en el protocolo contra la trata de personas*. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2016/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent_ES.pdf
- Organización de la Unidad Africana. (1981). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006a). *Panorama sobre la trata de personas*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/11/anexo21.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006b). *Trata de personas: aspectos básicos*. http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/Docs_PDF_trata/1_4.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. (2011). *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/11/Anexo15.pdf>

- Organización Internacional para las Migraciones. (9 de agosto de 2018). *¿Hay relación entre la Trata de Personas y las nuevas tecnologías?* <https://www.programamesoamerica.iom.int/es/noticia/hay-relacion-entre-la-trata-de-personas-y-las-nuevas-tecnolog>
- Organización Internacional para las Migraciones. (s.f.a). *Manual de Actuación en materia de Trata de Personas para Secretarías y Ministerios de Relaciones Exteriores de Centroamérica y México*. https://www.crmsv.org/sites/default/files/publicaciones/manual_trata_para_rree_version_final.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. (s.f.b). *Iniciativa Unión Africana – Cuerno de África sobre Trata de Personas y Tráfico de Migrantes*. <https://www.iom.int/es/iniciativa-union-africana-cuerno-de-africa-sobre-trata-de-personas-y-trafico-de-migrantes>
- Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud. (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Trata de personas*. OMS. https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_trata.pdf
- Padilla, P. (20 de agosto de 2020). *Sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos*. [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Y9PtdSe9U3k>
- Pastor, J., y Acosta, P. (2014). Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos. *Estudios internacionales (Santiago)*.180(47), 126. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rei/v47n180/art10.pdf>
- Poder Judicial de la República de Costa Rica. (s. f.). Arraigado – arraigo. En *Diccionario usual del Poder Judicial*. [https://dictionariouseusual.poderjudicial.go.cr/index.php/diccionario/35318:arraigado%20\(a\)](https://dictionariouseusual.poderjudicial.go.cr/index.php/diccionario/35318:arraigado%20(a))
- Portal de Datos sobre Migración. (2021). *Trata de personas*. <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/trata-de-personas>
- Real Academia Española. (s. f.). Consentimiento. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/consentimiento>

- Rueda. J, (2007). La tecnología en la sociedad del siglo XXI: Albores de una nueva revolución industrial. *Revista de Ciencias Sociales*,32, 1-28. <https://www.redalyc.org/pdf/4959/495950225001.pdf>
- Save the children Suecia. (2005). *La trata de personas*. Gráfica Litho Offset S.A. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/3718.pdf>
- Sociedad de las Naciones. (1926). *Convención sobre la Esclavitud*. . <https://biblioteca.iidhjurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/legislacion-internacional/sistemauniversal/esclavitud-servidumbre-y-trabajo-forzoso/1992-convencion-sobre-laesclavitud1926/file>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). *Asunto Rantsev c. Chipre y Rusia. Demanda nº 25965/04*. [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22Rantsev%22\],%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-139059%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22Rantsev%22],%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-139059%22]})
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2017). *Asunto Chowdury y otros vs. Grecia. Demanda nº 21884/15*. [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22TRATA%20DE%20PERSONAS%22\],%22kpthesaurus%22:\[%22641%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-189677%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22TRATA%20DE%20PERSONAS%22],%22kpthesaurus%22:[%22641%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-189677%22]})
- Unión Interparlamentaria y Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s. f.). *La lucha contra la trata de personas. Manual para parlamentarios*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/humantrafficking/Handbook_for_Parliamentarians_Spanish.pdf
- Universidad Naval. (s.f.). *Metodología de la investigación*. Gobierno de México. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/133491/METODOLOGIA_DE_INVESTIGACION.pdf
- Urquilla, B. (s.f.). *La trata de personas como expresión del anti-trabajo: La explotación humana y el género*. Corte Interamericana de Derechos. Humanos <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22093.pdf>

- Villalpando, W. (2011). La esclavitud, el crimen que nunca desapareció la trata de personas en la legislación internacional. *Invenio: Revista de investigación académica*. 2(27), 13-26. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4211891.pdf>
- Villena, R. (s. f.). *Trata y tráfico de personas*. Gobierno de Bolivia. <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/la-trata-y-trafico-de-personas-cartilla.pdf>

Los aspectos jurídicos de la propiedad intelectual en la era digital

Legal Aspects of Intellectual Property in the Digital Age

Laura Sofía Rey Sánchez¹

Resumen

Actualmente, la era digital ha creado nuevos retos para el sector legal, las nuevas invenciones se encuentran solo limitadas por la imaginación del ser humano, lo que ha hecho que sea necesario concentrar la atención en las regulaciones correspondientes a la propiedad intelectual. Al ser un momento de la historia de la civilización humana donde todos los días surgen nuevas invenciones en todos los ámbitos, es importante proteger todas las invenciones desde todas las perspectivas posibles, aún más considerando que actualmente muchos productos abarcan distintos tipos de propiedad intelectual. Igualmente, la situación pandémica, que tuvo cabida desde el año 2019, abrió la conversación sobre la regulación de las patentes farmacéuticas, rama que se estudia desde la perspectiva legal de la propiedad intelectual. Es importante analizar qué tan vasta es la legislación en estos temas, pues son usados diariamente en múltiples formas como en las aplicaciones móviles, los videojuegos, los servicios de entretenimiento digitales, entre otros productos o servicios, que son parte fundamental del diario vivir actual. Finalmente, es imprescindible abarcar el tema de la inteligencia artificial, puesto que es controvertido, en lo que se refiere a la propiedad intelectual, por su complejidad de creación en la que interfieren múltiples sujetos.

Palabras clave

Propiedad intelectual, invenciones, derechos de autor, inteligencia artificial, plataformas digitales.

Abstract

Currently the digital era has created new challenges for the legal sector, new inventions are only limited by the imagination of the human being, which has made it necessary to focus attention on the regulations corresponding to intellectual property, being a moment of the history of human civilization where new inventions emerge every day in all fields, it is im-

1 La autora es estudiante en la ULACIT, optante al grado de Licenciatura en Derecho.
Correo electrónico: laurasofia.rey08@gmail.com

portant to protect all inventions from all possible perspectives, even more so considering that many products today encompass different types of intellectual property. Likewise, the pandemic situation that took place since 2019, opened the conversation about the regulation of pharmaceutical patents, a branch that is studied from the legal perspective of intellectual property. It is important to analyze how coarse the legislation is on these issues, since they are used daily in multiple ways such as mobile applications, video games, digital entertainment services, among other products or services, which are a fundamental part of today's daily life. Finally, it is essential to cover the issue of artificial intelligence, since it is currently controversial in terms of IP, due to its complexity of creation in which multiple subjects interfere.

Keywords

Intellectual property, inventions, copyright, artificial intelligence, digital platforms.

Introducción

La era digital en la que se vive actualmente ha modificado por completo el concepto de empresa, lo que, a su vez, ha provocado la evolución del concepto de “marca”. Según el listado Forbes Global 2000, Apple es la séptima empresa más grande del mundo (Forbes Perú, 2022), lo que es interesante, puesto que es una marca reconocida por su identidad corporativa, concepto que es posible proteger bajo las garantías de la propiedad intelectual (PI). Como define la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, 2022), la PI se relación con cualquier invención de la mente humana, así como con símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. Marcas o empresas como Apple protegen cualquier concepto que pueda ser distintivo, un ejemplo de esto es que la marca registro las escaleras transparentes que hacen parte de la infraestructura de sus tiendas en Nueva York y París (Lizana, 2022). Sin embargo, no es lo único que empresas como esta protegen, pues, como se abordará más adelante, existen múltiples formas de proteger las invenciones dependiendo de su naturaleza.

Cuando se habla de marca, también se suele pensar en compañías que ofrecen servicios digitales o de *streaming*², como lo son Netflix, HBO Max, Disney Plus, entre otras. Todas estas compañías ofrecen servicios que son intangibles, como lo es la visualización de contenidos de entretenimiento a través de plataformas digitales. Estas aplicaciones suelen proteger sus contenidos legalmente bajo distintos conceptos por la misma naturaleza de sus productos.

2 *Streaming*: “concepto que hace referencia a la visualización de vídeos o música en tiempo real a través de una serie de plataformas destinadas a ello” (Peiró, 2021, párr. 1).

Netflix, por ejemplo, es una marca comercial registrada; no obstante, también cuenta con patentes registradas, al igual que una protección de *copyright* (Netflix, s.f.). Compañías como esta son el ejemplo claro de que la protección de marca y los derechos de autor han cambiado mucho con el paso de la era digital, y es por esto que en la actualidad es importante diferenciar dentro de las legislaciones locales, los tipos de invenciones y de regulaciones para cada concepto. La PI en Costa Rica está regulada en parte por la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (Ley 6683, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1982). Esta regulación contempla en su primer artículo la protección de:

La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, los procedimientos, los métodos de operación ni los conceptos matemáticos en sí. Los autores son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias o artísticas. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1982, art. 1)

La legislación contempla cuáles clases de invenciones deben estar protegidas bajo los derechos de autor; sin embargo, muchos otros tipos de invenciones están protegidas bajo conceptos distintos. Es por esto por lo que las legislaciones se apoyan en convenios internacionales para tener un referente cuando se habla de obras complejas; por ejemplo, cuando se habla de videojuegos estos deben proteger distintos aspectos. Según la OMPI (2022), los videojuegos tienen un carácter complejo en lo referente a derechos de autor, puesto que están compuestos, como mínimo, por dos partes, como lo son el elemento audiovisual y el *software*³. Es entonces donde entran las convenciones como la Convención de Berna Protección Obras Literarias y Artísticas (Ley 6083, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1977), a la cual está adherida Costa Rica, que funciona como referente para cubrir lagunas jurídicas que puedan existir dentro de la legislación local. No obstante, la convención tampoco contempla nada sobre las nuevas plataformas que contienen más de un tipo de invención, y es justo por lo que es importante analizar los aspectos jurídicos de la PI dentro de la era digital, con el fin de identificar si estos suplen las necesidades actuales o si, por el contrario, es necesario concentrar más atención en actualizar la regulación nacional frente a las invenciones humanas.

3 *Software*: “el término *software* es un vocablo inglés que fue tomado por otros idiomas y designa a todo componente intangible (y no físico) que forma parte de dispositivos como computadoras, teléfonos móviles o tabletas y que permite su funcionamiento” (Equipo editorial Etecé, 2022, párr. 2).

¿Qué es la PI?

Además de la definición de la OMPI (2022), es pertinente analizar el concepto que da un ente nacional sobre la PI. Municipalidad de Heredia (1998), mediante el Dictamen C-278-98, ha establecido que la PI comprende derechos que se refieren a bienes inmateriales, asociado con la libertad industrial y mercantil, que, a su vez, permiten competir en el mercado de bienes concretos, esto generando un beneficio y derecho personal y patrimonial, el cual es posible oponer *erga omnes*, encasillando este derecho dentro de la clasificación de derecho real. Adicionalmente, establece que el derecho otorga facultades de carácter personal, estableciendo una paternidad frente a la obra o invención, lo que conlleva una tutela de la invención, lo que, al mismo tiempo, garantiza los intereses intelectuales o derechos morales y faculta patrimonialmente, dando un goce temporal de la obra invento.

Dentro de la PI, es posible encontrar múltiples tipos de invenciones, como se indicó anteriormente, las cuales se regulan con distintas denominaciones. Las patentes, por ejemplo, hacen referencia a un derecho exclusivo que se concede sobre una invención; es decir, una patente faculta a su titular a decidir si la invención puede ser utilizada por terceros y en qué forma, dentro del documento, el titular de la patente pone a disposición del público la información técnica relativa a la invención (OMPI, 2022). El concepto de los derechos de autor que se está analizando es completamente diferente a una patente, puesto que esta terminología jurídica, como explica la OMPI (2022), se utiliza para describir los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas. Las obras que se prestan a la protección por derechos de autor van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas hasta los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos. Es esta categoría de la PI es una de las que más es usada en la actualidad en la era digital, puesto que, dentro del mundo virtual, se encuentran diversas invenciones de esta índole.

Historia de la PI

Según la OMPI (s.f.c), el primer convenio sobre PI se dio en París, en 1883, ese acuerdo internacional representó el primer paso tomado para asegurar a los creadores que sus obras intelectuales estarían protegidas en otros países. La necesidad de protección internacional de la PI se hizo patente en 1873, con ocasión de la Exposición Internacional de Invenciones de Viena, a la que algunos expositores extranjeros se negaron a asistir por miedo a que les robaran las ideas para explotarlas comercialmente en otros países. Este convenio cubría las invenciones o patentes, las marcas, los dibujos y los modelos industriales; posteriormente, en 1886, se firmó el convenio de Berna, que surge gracias al impulso del escritor francés

Víctor Hugo y su *Association littéraire et artistique internationale*, que se adoptó ese convenio. Su objetivo es dar a los creadores, en el plano internacional, el derecho a controlar el uso de sus obras creativas y a recibir un pago por ese uso. Las obras protegidas por el Convenio son las novelas, los cuentos, los poemas, las obras de teatro, las canciones, las óperas, las revistas musicales, las sonatas y los dibujos, las pinturas, las esculturas y las obras arquitectónicas. Luego, el arreglo de Madrid de 1891 dio lugar al primer servicio internacional de presentación solicitudes de derechos de PI: el Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas. En las décadas siguientes todo un abanico de servicios internacionales de PI surgió bajo los auspicios de lo que luego se llamaría la OMPI.

Por su parte, el Registro Nacional de Costa Rica abarca el inicio de la PI desde la primera legislación que existió sobre el tema, la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 40), del 27 de junio de 1896, por medio de la cual se creó el primer registro para la inscripción de la propiedad científica, literaria y artística, conforme a lo que indicaba la normativa. Este se estableció en la Dirección General de Bibliotecas, donde se llevaba un registro en orden cronológico de las obras registradas y depositadas, cuya protección quedaba supeditada a la inscripción registral y al depósito legal, de forma que la inscripción era obligatoria para ostentar derechos de autor. Posteriormente, en 1982, ante la necesidad de contar con un marco jurídico adecuado para la protección de las creaciones intelectuales originales, literarias, artísticas o científicas, se promulgó la Ley 6683 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1982), en la cual se establece al Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos como órgano adscrito al Registro Público de la Propiedad, constituyéndose en un órgano registral más; de conformidad con la voluntad del legislador de integrar en el Registro Nacional todos los registros, tanto los que se indican en el artículo 2 de la Ley de Creación del Registro Nacional (Ley 5695), como los demás que se establezcan por ley; con independencia funcional y de criterio, derivada de la desconcentración de que goza para el cumplimiento de sus fines (Registro Nacional de Costa Rica, s.f.).

Protección jurídica de los derechos de autor

Como se indicó en la jurisprudencia supracitada, la PI se protege bajo el concepto de derecho real, el cual se encuentra regulado en el Código Civil (Ley 63, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1887), específicamente en el artículo 259, que indica cómo un derecho real supone el dominio o limitación de alguno de los derechos que este comprende, esto, a su vez, faculta al poseedor del derecho a oponerlo de frente a todas las personas o *erga omnes*, siendo esta la base de la protección de los derechos de autor. Estos derechos, adicionalmente, deben ser inscritos ante el Registro Nacional para su completa salvaguarda, como bien se

establece en el Código Civil (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1887); sin embargo, esta inscripción no genera un carácter perpetuo para los derechos adquiridos, sino que, por el contrario, la Ley 6683 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1982), a partir del artículo 58, estipula los plazos de protección; en el caso de los derechos autor, se establece que estos son permanentes durante la vida del autor, al fallecer estos serán disfrutados por quienes los hayan adquirido legalmente durante un lapso de 70 años; luego del paso de este tiempo, las obras pasan a ser de dominio público. En Estados Unidos, país donde se encuentran registradas múltiples obras reconocidas, como lo son las de la Compañía de multimedios Disney, la protección se calcula a partir del año de presentación de la obra, extendiéndose durante los 95 años siguientes, esto según Wright (2022). Regulación a la que se llegó por la *Copyright Term Extension Act*, también llamada Ley Mickey Mouse, por el beneficio que concedía a Disney en la cual se extendía el plazo de 75 años a 95 (ABC, 2022).

Al cumplirse los plazos de protección, la obra pasa a ser de dominio público, lo que permite, según la Ley 6683 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1982), que toda persona pueda utilizar, libremente, en cualquier forma y por cualquier proceso dichas obras, haciendo la salvedad de que si estas obras son de autor conocido no es posible suprimir su nombre de las publicaciones o reproducciones. Adicionalmente, la legislación contempla que el hacer uso de estas obras de cualquier manera solo genera un derecho propio sobre ese uso, sin generar en sí mismo una nueva protección a dicha obra ya perteneciente al dominio público.

De igual forma, un autor puede generar un beneficio monetario sin vender o ceder los derechos que le son propios, la legislación contempla figuras como los son el contrato de edición que permite conceder a un tercero, en condiciones determinadas el derecho de reproducir, difundir y vender la obra, algo igualmente muy común en la actualidad con las obras literarias que son transformadas en obras cinematográficas bajo esta figura legal, esto de acuerdo con lo indicado en la Ley 6683 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1982).

Protección jurídica de las patentes

Las patentes, por su parte, tienen una regulación distinta, se encuentran bajo la reglamentación de la Ley de Patentes Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos Utilidad (Ley 6867, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1983), estas no se han visto tan afectadas por la era digital; sin embargo, es pertinente mencionarlas, pues forman parte del concepto de PI; las invenciones patentables se encuentran estipuladas en el artículo número dos de la Ley 6867, el cual establece que “Una invención es patentable si es nueva, si tienen nivel inventivo y si es susceptible de aplicación industrial” (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1983,

art. 2); también, si no existe previamente en el estado de la técnica. Igualmente, si para una persona de nivel medio versada en la materia correspondiente, la invención no resulta obvia ni se deriva de manera evidente del estado de la técnica pertinente. Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando tenga una utilidad específica, substancial y creíble.

En el último apartado del precepto en comentario, la Ley 6867 dispone que serán invenciones patentables “todos los productos o procedimientos que cumplan los requisitos de patentabilidad dispuestos en la presente ley, sin discriminación por lugar de la invención, campo de tecnología o porque los productos sean importados o producidos en el país” (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1983, art. 2).

¿Qué sucedió con las patentes durante el COVID-19?

Es pertinente abarcar lo sucedido durante la pandemia con las patentes, aunque no es un tema directamente relacionado con la tecnología de la era digital, da un vistazo de lo que puede suceder actualmente con una invención que puede ser considerada de interés mundial.

Según la Organización Mundial del Comercio (2006), existen tres exclusiones de la norma de las patentes que pueden ser usadas cuando existe un interés desde una perspectiva de salud pública; las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de los animales o para preservar los vegetales, los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de persona o animales y, finalmente, determinadas invenciones para la producción de plantas. Estas exclusiones tienen su fundamento en el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (s.f.) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdos sobre los ADPIC); dentro de este acuerdo, se establece que los estados miembros pueden autorizar el uso por terceros (licencias obligatorias) o con fines públicos no comerciales (uso por el gobierno) sin autorización del titular de la patente. Este fue el caso que se dio durante la pandemia, pues era posible que las patentes fueran usadas por terceros, en este caso por países, para cubrir un fin público de salud.

Las patentes de los autos eléctricos

En esta área surge un caso interesante pertinente de un análisis, como se estableció las patentes buscan proteger invenciones de desarrollos o productos, como las que ostentan mar-

cas como Apple o Tesla, esta última, en cabeza de su fundador Elon Musk, liberó todas sus patentes, para adelantar el desarrollo de tecnologías amigables con el ambiente, así como se describe en un artículo publicado por el economista, donde se cita al fundador de la compañía de artículos tecnológicos, quien afirmó que: “Tesla Motors fue creada para acelerar el advenimiento del transporte sostenible, si abrimos un camino hacia la creación de vehículos eléctricos atractivos, pero luego sembramos minas de PI para inhibir a otros, estamos actuando en contra de ese objetivo” (El Economista, 2019, párr. 5).

Es ahí donde surge un aspecto llamativo a analizar, pues, aunque el propósito de la protección de invención por medio de las patentes es la no utilización de terceros; en el caso de un producto tan innovador como lo son los vehículos de combustión eléctrica, resultó ser contraproducente, puesto que, al estar protegidas las invenciones, estas no podían ser usadas por terceros, lo que hacía más lenta la transición a esta clase de vehículos.

Protección jurídica de las marcas

Las marcas igualmente tienen su propia reglamentación, esta se encuentra en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (Ley 7978, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2000), esta ley protege a las marcas en general, como lo indica el artículo 3, en el cual se estipula que se protegen: los signos que pueden constituir una marca o combinación de signos capaces de distinguir los bienes o servicios; especialmente las palabras o los conjuntos de palabras -incluidos los nombres de personas-, las letras, los números, los elementos figurativos, las cifras, los monogramas, los retratos, las etiquetas, los escudos, los estampados, las viñetas, las orlas, las líneas o franjas, las combinaciones y disposiciones de colores, así como los sonidos. Asimismo, pueden consistir en la forma, la presentación o el acondicionamiento de los productos, sus envases o envolturas o de los medios o locales de expendio de los productos o servicios correspondientes, sin excluir que las marcas podrán referirse a nombres geográficos, nacionales o extranjeros, siempre que resulten suficientemente distintivos y su empleo no sea susceptible de crear confusión respecto del origen, la procedencia y las cualidades o las características de los productos o servicios para los cuales se usen o apliquen tales marcas.

Es en esta clasificación de PI es necesario prestar suma atención, pues, como lo indica el artículo, la protección de las marcas solo se limita a los signos que hacen distintivo un bien o servicio; no obstante, no protege lo que compone a la marca, en caso de que esta contenga autorías, patentes, diseños industriales u otro.

Es este concepto es donde se tiende a generar confusión frente a lo que es una marca registrada. En Costa Rica, si se ingresa al sistema de Consulta de Marcas y otros Signos, Patentes,

Modelos de Utilidad y Diseños industriales del Registro Nacional de Costa Rica (2023), se puede evidenciar bajo qué parámetros se registra una marca, por ejemplo, la Cooperativa de Productores de Leche Dos Pinos es considerada una marca; sin embargo, al consultar el Sistema de Consulta de Marcas y otros Signos, Patentes, Modelos de Utilidad y Diseños industriales del Registro Nacional, se logra visualizar que la Cooperativa de Productores de Leche de Dos Pinos es el solicitante de múltiples marcas de fábrica. Es decir, la cooperativa no es una marca registrada como tal, sino que es una mercantil que registra múltiples productos bajo el concepto de marcas para protegerlos en el mercado. Es importante entender correctamente el concepto de marca y diferenciarlo de las demás clasificaciones de la PI, para poder comprender cómo se registran las compañías digitales sus marcas, patentes u obras.

Compañías como Disney también utilizan los derechos de marca, los cuales, en el caso de Estados Unidos, regulan qué se puede o no vender con la cara o silueta de sus personajes.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos de autor, los de marca no expiran mientras esta se siga utilizando activamente. En el caso de un personaje tan popular como Mickey Mouse, las reglas aplicables en Estados Unidos son especialmente estrictas. «Cuando una marca es tan conocida como Mickey Mouse, recibe una especie de protección general que podría prohibir la venta de cualquier cosa que emplee ese nombre», Es así porque los clientes podrían confundir los productos de una marca conocida con los de otra totalmente ajena a ella. ‘Dilución’ es el término especializado que define este debilitamiento de la capacidad distintiva de una marca conocida. (ABC, 2022, párr. 10)

¿Cómo se registra la PI de un producto digital, como una aplicación o una plataforma?

Con el objetivo de comprender cómo se establece la PI de las aplicaciones o plataformas, se estudiará a continuación un ejemplo; para esto, sería útil analizar una empresa como TikTok, esta compañía es dueña de una aplicación, que está cimentada en la creación de contenido de terceros ajenos a la aplicación. La aplicación cuenta con su propia política de PI que establece que no se permite publicar, compartir o enviar ningún contenido que vulnere o infrinja derechos de autor o marcas o derechos de PI de terceros. Sin embargo, la aplicación utiliza música de distintos artistas. Esto porque la aplicación cuenta con una biblioteca de música que ya contiene la concesión del derecho del uso de estas producciones musicales (TikTok, 2023).

La distintividad en la PI

Es pertinente para los fines de esta investigación aclarar qué se considera dentro de la legislación algo distintivo, pues, para poder registrar una marca dentro del Registro Nacional, esta debe cumplir con lo indicado en el artículo 3 de la Ley 7978 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2000) citado anteriormente; adicionalmente, la ley contempla como concepto de signo distintivo cualquier signo que constituya una marca, un nombre comercial o un emblema. No obstante, existen excepciones a estos signos que se encuentran dentro de la misma regulación en el artículo 7, donde se indica que no pueden ser registrados como marcas signos que contengan u usen, la forma usual o corriente del producto o envase al cual se aplica o una forma necesaria o impuesta por la naturaleza del producto o servicio del que se trata, tampoco se puede registrar un signo o indicación que, en el lenguaje corriente o a la usanza comercial del país, sea una designación común o usual del producto o servicio de que se trata, un color considerado aisladamente, igual que una letra o dígito; todo lo que pueda encasillarse en dichas descripciones no puede ser registrado, por lo que la distintividad se ve limitada en caso de que se aplique lo antes mencionado.

Existen múltiples ejemplos que lo que se puede considerar distintividad, la barra de chocolate Toblerone es uno de ellos, que según un artículo publicado por el diario El país (2018) sostuvo una batalla legal para hacer valer su derecho basado en la distintividad que posee la marca:

Los triángulos de la popular barra de chocolate de Mondelez, inspirados en la forma de los Alpes suizos, fueron considerados como parte central en la publicidad del producto por los tribunales europeos. Así, el año pasado (2017), la firma logró que su rival Poundland en Reino Unido se viera forzada a rediseñar sus barras Twin Peaks, que copiaban esa forma geométrica ... Los famosos Kisses (o «Besos») son una de las piezas clave en las ventas de Hershey's. Si bien la forma del tradicional producto lanzado en EE. UU. en 1907 fue patentada en ese país en 1920, en 1976 el «beso» recibió una nueva protección legal cuando se estableció que su envoltura de aluminio también representaba una de las partes emblemáticas del chocolate. (párr. 5)

Como se indicó en los ejemplos anteriores, esta distintividad corresponde a un producto que solo con verlo es posible identificarlo, y que más allá de eso ha generado una consciencia colectiva que haría que el consumidor asociara la forma a la marca, aunque se tratase de un producto de otra compañía.

Las marcas en la era digital

A diferencia de las marcas antes mencionadas, existen algunas cuyos productos se encuentran en el internet, por ejemplo, Facebook, una compañía dedicada a los aplicativos de redes sociales, con distintos productos como Facebook (incluidos la aplicación para celulares de Facebook y el navegador de la aplicación, Meta View, Messenger, Instagram [incluidas las aplicaciones como Boomerang] y dispositivos de marca Meta Portal) (Facebook, 2022). Es entonces que se diferencia una marca de un producto Instagram no es una marca, sino que, por el contrario, es un producto de la marca Facebook, lo mismo sucede con múltiples marcas.

Otro claro ejemplo es la compañía Apple, esta tiene su logotipo registrado como marca comercial de Apple Inc., igualmente Apple, el logotipo de Apple, AppleScript, Apple TV, Bonjour, DVD Studio Pro, Final Cut, Final Cut Pro, Finder, FireWire, iPhone, iPod, iTunes, Mac, Mac OS, QuickTime, Shake y Xsan son marcas comerciales de Apple Inc., registradas en Estados Unidos y en otros países (Apple, 2022). Adicionalmente, la compañía maneja distintas patentes como la de sus escaleras transparentes mencionadas al inicio de este artículo. Con la información antes indicada, se puede afirmar que las compañías actuales combinan distintos aspectos de la PI para proteger sus productos, diseños, herramientas y demás.

Es decir, en la actualidad, dependiendo del tipo de productos que genere una compañía, será el tipo de protección que utilice; si es una compañía que produce aparatos tecnológicos, debe proteger desde su logo hasta patentizar sus sistemas operativos; si, por el contrario, es una compañía como Netflix que ofrece servicios de *streaming* debe contar con derechos de autor para sus obras audiovisuales, patentes para sus sistemas y registro de marca. En conclusión, las compañías actuales deben proteger todos sus recursos bajo distintas figuras jurídicas.

El caso de los videojuegos

Los videojuegos, por su parte, son también un concepto interesante para analizar desde la perspectiva de la protección de PI, empezando por las consolas, las cuales, según un artículo publicado por el blog jurídico enfocado en tecnología Eiuris (2020), consolas como el PlayStation 5 y el Xbox Series X protegen sus activos bajo la propiedad industrial, por la

gran inversión económica que conlleva su desarrollo, protegiendo aspectos como: diseño industrial; es decir, la apariencia externa de la consola, que la hace visualmente diferente a otras, sin tener en cuenta ninguna de sus características técnicas o funcionales; dentro de esta categoría, se pueden considerar aspectos como los rasgos tridimensionales, la forma o superficie, o los rasgos bidimensionales, igual que líneas y colores. Estos aspectos para marcas de consolas pueden aumentar su valor comercial, por lo que ahí radica la importancia de protegerlo; igualmente, se protegen las invenciones bajo patentes, por ejemplo, se pueden patentizar accesorios como lo son los controles de mando de las consolas. Por último, cabe señalar que las marcas de consola como Sony y Microsoft elaboran un nuevo diseño de marca para sus nuevos modelos de consolas, con la finalidad de que esa marca tenga una presencia en el mercado y sea fácilmente reconocida. Por lo que protegerán dichas marcas para sus productos o para la comercialización de sus nuevos productos (consolas) (Eiuris, 2020).

Por su parte, los videojuegos en sí son bastante complejos al momento de analizar su aspecto de PI. La OMPI (2021) afirma que, en comparación con las obras tradicionalmente protegidas por el derecho de autor, los videojuegos suelen ser mucho más complejos. Son una amalgama de elementos como programas informáticos, contenido audiovisual, imágenes, diseños, obras literarias, locuciones, música, interpretaciones y ejecuciones artísticas, marcas y muchos más. Esta particularidad de los videojuegos supone todo un desafío para la protección de la PI.

Los derechos de autor en la IA

Parte del auge tecnológico se ha concentrado en la Inteligencia Artificial (IA), una tecnología que busca emular la inteligencia humana, esto es un concepto interesante en el área de la PI, puesto que en temas de la creación humana los derechos pertenecen a su autor o creador, pero, en el caso de la IA, se hace más complejo el análisis y surgen preguntas como ¿quién debe tener propiedad sobre los derechos de las creaciones de la IA? La OMPI (2017b) hace un análisis sobre el tema y establece que en los años 70 las obras de arte rudimentarias generadas por computadora dependían en gran medida de la creatividad del programador, dejando la máquina como solo un instrumento o herramienta muy parecida a un pincel; sin embargo, en la actualidad, con la revolución tecnológica, existen ya sistemas autónomos capaces de aprender sin estar específicamente programados por el ser humano.

Un programa informático desarrollado para el aprendizaje automático se basa en un algoritmo que le permite aprender a partir de los datos introducidos,

evolucionar y tomar decisiones que pueden ser dirigidas o autónomas. Cuando se aplican a obras artísticas, musicales y literarias, los algoritmos de aprendizaje automático aprenden a partir de la información proporcionada por los programadores. A partir de esos datos generan una nueva obra y toman decisiones independientes a lo largo de todo el proceso para determinar cómo será dicha obra. Una característica importante de este tipo de inteligencia artificial es que, si bien los programadores pueden definir unos parámetros, en realidad la obra es generada por el propio programa informático (denominado red neuronal) mediante un proceso similar a los del pensamiento humano. (OMPI, 2017b, párr. 4)

Esto genera implicaciones en los derechos de autor, puesto que ponen en duda la titularidad del derecho real sobre las obras generadas, cuando estas son por computadora. Tradicionalmente, la titularidad del derecho de autor sobre las obras generadas por computadora no estaba en entredicho, porque el programa no era más que una herramienta de apoyo al proceso creativo, muy similar al lápiz y al papel. Las obras creativas gozan de la protección del derecho de autor si son originales, teniendo en cuenta que la mayor parte de las definiciones de originalidad requieren un autor humano. En la mayoría de las jurisdicciones, entre ellas España y Alemania, únicamente las obras creadas por un ser humano pueden estar protegidas por el derecho de autor. Sin embargo, en los últimos tipos de IA, el programa informático ya no es una herramienta, sino que toma muchas de las decisiones asociadas con el proceso creativo sin intervención humana. Es entonces donde se evidencia que existe un vacío legal en cuanto a este avance de la tecnología, pues aún no es posible establecer a quien pertenecería el derecho sobre la obra creada.

Según lo que establece la OMPI (2017b), hay dos caminos jurídicos posibles de abordar en estos casos, en la legislación de derecho de autor, las obras en que la interacción humana es mínima o inexistente pueden tratarse de dos formas: puede denegarse la protección del derecho de autor respecto de las obras generadas por una computadora o puede atribuirse la autoría de esas obras al creador del programa. En el caso de Europa,

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha declarado en varias ocasiones, en particular en su histórica decisión Infopaq (asunto C-5/08, Infopaq International A/Sc. Danske Dagblades Forening), que el derecho de autor solo se aplica a las obras originales y que la originalidad debe reflejar la “creación intelectual propia del autor”. Por lo general, esta expresión se entiende en el sentido de que una obra original debe reflejar la personalidad del autor, lo que significa claramente que debe haber un autor humano para que exista una obra protegida por el derecho de autor.

La segunda opción, la de conceder la autoría al programador, queda reflejada en algunas legislaciones, como la de Hong Kong (R.A.E.), la India, Irlanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido. Este enfoque se describe claramente en la legislación británica sobre el derecho de autor, en particular en el artículo 9.3 de la Ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes, que dispone lo siguiente: “En el caso de una obra literaria, dramática, musical o artística generada por computadora, se considerará que el autor es la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra”.

Además, el artículo 178 de dicha ley define una obra generada por computadora como aquella que “es generada por una computadora en circunstancias tales que no existe un autor humano de la obra”. La idea subyacente a esta disposición es crear una excepción para todos los requisitos de autoría humana, al reconocer el trabajo que entraña la creación de un programa capaz de generar obras, aunque la chispa creativa surja de la máquina. (OMPI, 2017, párr. 12)

La OMPI (2017b) hace una comparación interesante sobre este tema, en el artículo supracitado, equiparando lo que puede generar un programa como Word, que pertenece a Microsoft, donde existe un creador detrás del programa informático, que no genera derechos sobre lo que se cree en este, como, por ejemplo, este artículo; sino que, por el contrario, el usuario

o creador de los documentos es quien ejerce titularidad del derecho de autor; es decir, el derecho real pertenece al usuario o autor que utilizó el programa para crear su obra; sin embargo, en el caso de los algoritmos de la IA, cambia el concepto, pues estos son capaces por sí mismos de generar un obra, como no lo es el programa Word, por lo cual en dichos casos la contribución del usuario al proceso creativo puede ser mínima, limitando la participación del usuario en el proceso creativo.

Actualmente, como se evidenció, el tema de la PI en la IA es un tema muy complicado, pues aún no existe una manera establecida de actuar y, aunque es un tema que se encuentra reciente todavía, algunas legislaciones se empiezan a encaminar a regularlo de distintas formas. Un ejemplo de esto es que:

En diciembre de 2019, la OMPI publicó un borrador del documento temático sobre las políticas de PI y la IA, e inició un proceso de consulta pública con el fin de definir las cuestiones más apremiantes a que probablemente se enfrentarán las personas encargadas de formular políticas de PI a medida que la IA vaya adquiriendo importancia. En el proceso de consulta se recibieron más de 250 comunicaciones.

En mayo de 2020 se publicó una versión revisada del documento temático sobre las políticas de PI y la IA, teniendo en cuenta las comunicaciones recibidas. (OMPI, 2019, párr. 2)

La PI en el metaverso y los TNF

Actualmente, según lo refiere la OMPI (2022), el sector tecnológico y el sector de los videojuegos se preparan para el advenimiento del metaverso: una red de mundos virtuales 3D donde los seres humanos pueden interactuar en términos sociales y económicos, a través de avatares⁴, aunque el uso de este mundo virtual parece lejano ahora, ya existen los cimientos de este denominados *Tax File Number* (TFN), los cuales están basados en tecnología de la cadena de bloques, siendo unidades criptográficas de datos que cuentan con metadatos únicos, como tales los TNF pueden diferenciarse unos de otros y pueden contener otro tipo

⁴ Avatar: en informática, como avatar se denomina la representación gráfica que, en el ámbito de internet y las nuevas tecnologías de la comunicación, se asocia a un usuario para su identificación en el mundo virtual (“Avatar (Internet)”, 2023).

de información, como las identidades o las obras de arte de diferentes individuos, y es ahí donde entra la PI, al ser los TNF de carácter único, su comercio es muy codiciado y en este debe intervenir una regulación referente a la PI (OMPI, 2022).

Los TNF son tokens no fungibles, es decir, archivos únicos, registrados en un sistema de *Blockchain*⁵ que permite verificar la propiedad de una obra digital (Panda Mediacenter, s.f.) al intervenir datos, existe por defecto una relación directa con la PI; sin embargo, al ser un tema tan reciente, surge la interrogante de si existe la legislación pertinente para abordar esta clase de tecnología. La OMPI (2022) afirma que la PI es capaz de adaptarse a esta clase de nuevas tecnologías, debido a que el bien jurídico que protege es intangible, por lo que no depende de que el bien sea físico para poder protegerlo de manera eficaz.

Para la OMPI (2022), al ser los TNF archivos digitales en los que se pueden incrustar obras como un video o una obra de arte. En la medida en que los derechos de autor proporcionan la propiedad de cualquier objeto digital en el que las obras estén incrustadas (*corpus mechanicum*), cualquier persona que utilice, por ejemplo, una grabación de sonido o un clip de un videojuego en un TNF necesitará la autorización previa del titular de los derechos de autor de dicha obra

La PI podría llegar a intervenir en el metaverso, debido a que, al ser un universo virtual en el que avatares controlados por humanos o computadoras pueden controlar, a su vez, objetos virtuales, como vehículos, armas o muebles, todos los cuales pueden incorporar marcas u obras protegidas por derecho de autor (OMPI, 2022).

Adicionalmente, la OMPI (2022) afirma que, dado que las leyes de PI se ocupan de los elementos intangibles (*corpus mysticum*) de un objeto, ya sea físico o virtual, la conclusión obvia es que los constructores del metaverso tendrán que respetar los derechos de los inventores, diseñadores y propietarios de signos distintivos igual que en el mundo real.

Finalmente, es necesario recordar que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en 1996, por el que se adapta el Convenio de Berna al entorno digital, deja claro que el almacenamiento de una obra protegida en forma digital en un soporte electrónico (como un TNF o un archivo cuyo contenido se muestra en el metaverso) constituye una reproducción que precisa la autorización previa del titular del derecho de autor (OMPI, 2022).

5 *Blockchain*: es un libro mayor compartido e inmutable [inalterable] que facilita el proceso de registro de transacciones y de seguimiento de activos en una red de negocios” (Certika, s.f., párr. 1).

¿Cuál es el futuro de la PI?

Para analizar el futuro de la PI, es importante revisar lo que los expertos indican. De este modo, el actual director general de la OMPI, Francis Gurry expresó en un artículo publicado por la Revista de OMPI que actualmente se están creando tecnologías que tendrán repercusiones en el actual panorama de la PI y, aunque estas todavía no se entendiendo en toda su dimensión, es posible afirmar que plantearán importantes desafíos en relación con la administración, las políticas y la gobernanza en el ámbito de la PI, al igual que grandes retos en materia de desarrollo, dadas las enormes diferencias que se acusan en el mundo en cuanto a capacidad tecnológica (OMPI, 2017a). Es interesante la perspectiva del director de la OMPI, puesto que este afirma que el sistema actual de PI cumple con su propósito en gran parte de los aspectos; sin embargo, recalca que es de suprema importancia readaptarse, puesto que tecnologías nuevas como la referente a la IA cubren campos tecnológicos de avance que significaran un reto para la PI.

Para el director general de la OMPI, propuestas como la de la IA plantea problemas tecnológicos a la vez que económicos, que van desde la creación de incentivos para concebir sistemas de IA que puedan aplicarse hasta el desplazamiento del empleo, los cuales deben ser analizados desde el sistema de PI y su administración (OMPI, 2017a).

La realidad que se vive en temas de PI y el crecimiento acelerado de la misma se puede evidenciar hasta en números, según un artículo publicado por la OMPI (2021), en 2021 se alcanzó un nuevo máximo histórico en todo el mundo referente a las solicitudes de PI, según este artículo, el año pasado se presentaron 3,4 millones de solicitudes de patentes. El crecimiento se ve detallado en la tabla a continuación:

Solicitudes de derechos de PI	2020	2021	Crecimiento (%), 2020-2021
Patentes	3 281 900	3 401 100	3,6
Marcas	17 193 800	18 145 100	5,5
Diseños industriales	1 387 800	1 515 200	9,2
Obtenciones vegetales	22 620	25 340	12,0

Fuente: OMPI (2021).

Para el año 2022, el índice mundial de innovación se ve concentrado en países con fuertes economías, la OMPI (2022) publicó que Suiza, Estados Unidos, Suecia, Reino Unido y Países Bajos son las economías más innovadoras del mundo, según la edición de 2022 del Índice Mundial de Innovación de la OMPI, y China, por su parte, se acerca al décimo puesto. Otras economías emergentes también están mostrando un sólido desempeño, de manera sostenida, como la India y Turquía, que, por primera vez, se sitúan entre las 40 economías principales (OMPI, 2022).

Conclusiones

El acelerado avance de la tecnología ha sometido a la regulación de la PI a un constante estado de alerta y cambio, es claro que, mientras exista un constante progreso en las invenciones, sin importar de qué índole estas sean, esta rama del derecho igual debe permanecer en estado de transformación. Actualmente, las protecciones y regulaciones referentes a la PI cumplen con su cometido de manera eficaz; sin embargo, estas pueden llegar a ser insuficientes en cualquier instante. Es claro que la monetización de cualquier invención del ser humano ha abierto las puertas a la necesidad de proteger cualquier fruto de la imaginación humana, lo que, a su vez, se ve complicado por la intervención de inteligencias no humanas en los procesos de creación.

Es importante trazar una clara línea de diferenciación entre lo que debe ser protegido y lo que no, si bien, la IA actualmente es capaz de crear por sí misma, su mera existencia depende de la invención humana, por lo cual la protección debe estar siempre ligada a un ser humano, y no reconocerse a la IA como un ente separado e independiente, esto basado en el propósito principal de la PI, que es incentivar la innovación y la creatividad.

Garantizar la protección de la PI, buscando como objetivo final la fomentación de un entorno propicio para que prosperen la creatividad y la innovación, así como permitiendo obtener reconocimiento o ganancias por las invenciones o creaciones, sin crear un desequilibrio con el interés público, debe ser la base para cualquier cambio en materia de legislación.

La PI como rama del derecho debe estar siempre sujeta a cambio y en constante adaptación es claro que la realidad de las creaciones es siempre distinta, como se está evidenciando con el metaverso, por lo que mantener siempre a la vanguardia los acuerdos internacionales o convenciones referentes a este tema es de vital importancia, con el propósito de lograr evitar conflictos de tipo comercial entre compañías que ofrezcan este tipo de servicios digitales.

Asimismo, es importante señalar que problemáticas mundiales como la pandemia del COVID-19 demuestran la importancia de que la protección de la PI sea flexible cuando esta puede generar un beneficio público como lo es en el caso de las vacunas.

De igual forma, proyectos digitales como el Metaverso (OMPI, 2022), ya se encuentran regulados de forma indirecta por el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor que establece la protección que debe darse a una invención que sea intangible, por lo cual es posible afirmar que hasta el momento la legislación ha podido seguir el paso del avance de la tecnología, trasladando de forma sencilla la PI del mundo físico al mundo digital.

Muchas de las marcas actuales tienen modelos de negocios híbridos que desarrollan actividades bajo distintos tipos de PI, es por esto que es necesario que los abogados del futuro estén preparados y sepan cómo registrar una marca, una patente o una obra, y diferenciar cada una de estas invenciones, los negocios actuales y del futuro son interdisciplinarios, por lo cual es imperativo adaptarse a este conjunto de invenciones que deben ser protegidas desde ángulos y supuestos distintos.

El panorama actual de las invenciones es muy alentador, aun saliendo de una crisis global, los niveles de invenciones aumentaron de forma exponencial lo que supone un excelente panorama para la PI, y una importante necesidad de atención; actualmente, invenciones como las referentes a la protección del medio ambiente son buscadas excesivamente por distintas compañías, por lo que existe ahí un nicho de trabajo que igual debe ser resguardado bajo la tutela de la PI.

Finalmente, es de vital importancia, como siempre en el derecho, recordar el propósito con el que se creó la legislación, aunque la PI busca generar un beneficio en el autor o inventor, es necesario recordar que este no debe primar sobre el bien común, sino que, por el contrario, este podría ser considerado un factor excluyente para dicha protección.

Referencias

- Avatar (Internet). (28 enero de 2023). En *Wikipedia*. [https://es.wikipedia.org/wiki/Avatar_\(Internet\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Avatar_(Internet))
- ABC. (21 de marzo de 2022). *La liberación de Mickey Mouse*. <https://www.abc.es/xlsemanal/a-fondo/mickey-mouse-derechos-autor-liberacion-2023-propiedad-walt-disney-dominio-publico.html>

- Apple. (2022). *Help. Copyright*. <https://help.apple.com/compressor/mac/4.0/es/compressor/usermanual/Copyright.html>
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1977). *Ley 6083: Convención de Berna Protección Obras Literarias y Artísticas*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=9275&nValor3=9942&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1982). *Ley 6683: Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=3396
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2000). *Ley 7978. Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=45096&nValor3=72368&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1983). *Ley 6867. Patentes Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos Utilidad*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8148&nValor3=74713&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1887). *Ley 63. Código Civil*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437
- Certika. (s.f.). *¿Qué es la tecnología blockchain?* <https://certika.co/que-es-la-tecnologia-blockchain/>
- Eiuris. (27 de junio de 2020). *¿Qué derechos de propiedad industrial tiene una consola?* <https://www.eiurisweb.com/derechos-de-propiedad-industrial-consola/>

- El Economista. (31 de enero de 2019). *Tesla libera sus patentes para combatir el cambio climático*. <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Tesla-libera-sus-patentes-para-combatir-el-cambio-climatico-20190131-0092.html>
- El País. (10 de agosto de 2018). *Las curiosas patentes que protegen a las grandes marcas*. <https://www.elpais.com.uy/el-empresario/curiosas-patentes-protogen-grandes-marcas.html>
- Equipo Editorial Etecé. (13 de junio de 2022). *Software*. Concepto.de. <https://concepto.de/software/>
- Facebook. (2022). *Servicio de ayuda. Propiedad intelectual*. <https://www.facebook.com/help/399224883474207>
- Forbes Peru. (2022). *Listado Forbes: estas son las 10 empresas más grandes del mundo*. <https://forbes.pe/editors-pick/2022-05-20/listado-forbes-estas-son-las-10-empresas-mas-grandes-del-mundo/>
- La Manzana Mordida. (2022). *Las patentes más locas de Apple, ¿se harán realidad*. <https://lamanzanamordida.net/reportajes/apple/patentes-apple/>
- Made for Minds. (2022). *Disney perderá pronto los derechos de autor del ratón Mickey original*. <https://www.dw.com/es/disney-perderá-pronto-los-derechos-de-autor-del-ratón-mickey-original/a-62433464>
- Municipalidad de Heredia. (12 de diciembre de 1998). *Dictamen C-278-98*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=8757&strTipM=T
- Netflix. (s.f.). *Avisos legales*. <https://help.netflix.com/legal/notices>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2017a). *Francis Gurry habla del futuro de la propiedad intelectual, sus oportunidades y desafíos*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0001.html

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2017b). *La inteligencia artificial y el derecho de autor*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2019). *La IA y la política de PI: el Diálogo de la OMPI*. Recuperado el 20 de marzo de 2023 de https://www.wipo.int/about-ip/es/frontier_technologies/ai_and_ip_policy.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2021). *La intersección de los videojuegos con la PI*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2021/02/article_0002.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2022). *El metaverso, los TNF y los derechos de propiedad intelectual: ¿reglamentar o no reglamentar?* https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2022/02/article_0002.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.a). *La OMPI por dentro ¿Qué es la OMPI?* <https://www.wipo.int/about-wipo/es/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.b). *Derecho de autor ¿Qué es el derecho de autor?* <https://www.wipo.int/copyright/es/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.c). *Reseña histórica de la OMPI*. <https://www.wipo.int/about-wipo/es/history.html>
- Organización Mundial del Comercio. (2006). *Las patentes de productos farmacéuticos y el Acuerdo sobre los ADPIC*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/pharma_ato186_s.htm
- Organización Mundial del Comercio. (s.f.). *ADPIC: aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm
- Panda Mediacenter. (s.f.). *¿Qué es un TNF?* <https://www.pandasecurity.com/es/mediacenter/mobile-news/que-es-un-tnf/>
- Peiró, R. (1 de setiembre de 2021). *Streaming*. Economipedia. Recuperado el 20 de marzo de 2023 de <https://economipedia.com/definiciones/streaming.html>

Registro Nacional de Costa Rica. (2023). *Sistema de Consulta de Marcas y Otros Signos, Patentes, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales*. <https://rpi.rnp.go.cr/wopublish-search/public/trademarks?0#>

Registro Nacional de Costa Rica. (s.f.). *Historia*. https://www.rnpdigital.com/derechos_autor/derechos_autor_historia.htm

TikTok. (2023). *Política de Propiedad Intelectual*. <https://www.tiktok.com/legal/copyright-policy?lang=es>

Programas de compliance y su relevancia para la empresa privada, a la luz de la Ley N.º 9699 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Compliance Programs and their relevance for private companies, according to Law N.º 9699 of Criminal Liability of Legal Entities Law)

Marianella Solís Benavides¹

Resumen

El 10 de junio del año 2019 entró en vigor la Ley n.º 9699, denominada Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos, la cual incluyó a las personas jurídicas entre los sujetos que pueden perseguirse y sancionarse penalmente, pues atribuyó a estas la capacidad de delinquir y afectar la esfera jurídica de terceros. Este cuerpo legal que responde a una de tantas necesidades sociales derivadas del crecimiento exponencial del entorno corporativo pretende, además de sancionar a los entes jurídicos, fomentar que estos participen mediante la autorregulación de las medidas necesarias para combatir la corrupción que afecta diariamente a la sociedad. La norma prevé un modelo preventivo, el cual en la práctica y la doctrina se conoce como un programa de cumplimiento o *compliance program*, concepto que, a pesar de que en otros países es de vieja data y algunas empresas costarricenses ya lo incluían desde antes, para muchas entidades es novedoso y desconocido. Sin embargo, la entrada en vigor de esta ley, aunque lo contempla de forma optativa, convierte este programa en una necesidad para las organizaciones que pretendan proteger sus operaciones de actos irregulares que puedan acarrearlas severas contingencias.

Palabras clave

Cumplimiento, persona jurídica, sanción, corrupción, responsabilidad, autorregulación.

Abstract

On June 10, 2019, Law #9699, called “Corporations’ Liability on domestic bribery, transnational bribery and other crimes”, entered into force, which included legal corporations

1 Bachiller en Derecho. Estudiante de Licenciatura en Derecho con énfasis en Derecho Penal en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Correo electrónico: solis.marianella@icloud.com

within the subjects that can be prosecuted and criminally sanctioned, since it attributed to them the capacity to commit crimes and affect the legal sphere of third parties. The law responds to one of many social needs, that derived from an accelerated and exponential growth of the corporate environment, which aims in addition to sanctioning legal entities, to encourage them to participate through self-regulation, of the necessary measures to combat the corruption that affects society daily. Law #9699 provides a preventive model, which in practice and doctrine is known as a compliance program, a concept that, even though in other countries is not new, and some Costa Rican entities have already included it, for many entities it is brand new and unknown. However, the entry into force of this Law, although it contemplates it on an optional basis, makes this compliance program a necessity for organizations that intend to protect their operations from irregular acts that may lead to severe contingencies.

Keywords:

Compliance, legal corporations, sanction, corruption, responsibility, self-regulation.

Introducción

La criminalidad en el ámbito empresarial es un fenómeno recurrente en el mundo globalizado actual. Sin embargo, las prácticas ilícitas a lo interno de las organizaciones en el ámbito comercial se volvieron comunes desde hace varias décadas, lo que provoca repercusiones sociales y económicas lamentables para las comunidades en donde llevan a cabo sus operaciones y aún más allá de estas. Numerosos casos de corrupción que involucran a entidades, tanto públicas como privadas, han propiciado con el tiempo una corriente de pensamiento que atribuye a las personas jurídicas la capacidad de ser juzgadas en sede penal, en consonancia con su capacidad de delinquir y afectar la esfera jurídica de terceros. Por este motivo, se han desarrollado normativas especiales para procurar la erradicación de tales prácticas ilícitas, en especial, las que se relacionan directamente a la corrupción en la función pública.

No obstante, la implementación de normativa especial que posibilite a los estados sancionar penalmente a las personas jurídicas por incurrir en prácticas irregulares no resulta suficiente para erradicar tales comportamientos. Por ende, junto con las normas de acatamiento obligatorio, se ha buscado promover de manera optativa la autorregulación de las empresas, al prever las mismas leyes la implementación de sistemas preventivos por parte de cada entidad. Podría considerarse que esta previsión de un modelo preventivo, cuya implementación es comúnmente voluntaria, puede interpretarse por quienes desconocen de la materia como un aspecto de poca importancia, o bien solo como un tipo de invitación a promover en sus

prácticas una cultura de respeto al marco jurídico vigente. Sin embargo, su relevancia va mucho más allá de eso y su puesta en práctica de forma efectiva y comprobada puede beneficiarlas significativamente.

La necesidad de autorregularse para evitar la vulneración de disposiciones legales ha propiciado la creación por parte de distintas organizaciones de guías y lineamientos que pretenden facilitar a las empresas la creación de las estructuras organizacionales necesarias para adaptar la forma en la que llevan a cabo sus operaciones, a las normativas vigentes en sus ubicaciones. De manera paralela a esto, conforme se ha expandido a través de los países la posibilidad de perseguir penalmente a una persona jurídica, se incluyó en las mismas normativas la implementación de programas de prevención, como un factor categórico para determinar una eventual responsabilidad.

Metodología

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, el cual, de acuerdo con los supuestos de este método, se orienta a profundizar en algunos casos específicos y no a generalizar con base en grandes volúmenes de datos. Su preocupación no es medir prioritariamente, sino describir de manera textual y analizar el fenómeno social a partir de sus rasgos determinantes (Bonilla y Rodríguez, 1997). El estudio incluye, entre otros, la consulta bibliográfica respecto de los antecedentes relevantes de los programas de cumplimiento, así como de las normativas en el ámbito internacional que han marcado las pautas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las figuras que necesariamente deben conocerse, de modo que se facilite la comprensión del tema por desarrollar. Además, analiza los factores que propiciaron la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, junto con las modalidades de responsabilidad existentes.

En esa línea, se opta por utilizar el método cualitativo como el que se adapta mejor, según describen Quecedo y Castaño (2002):

El diseño cualitativo, se adapta especialmente bien a las teorías sustantivas, ya que facilita una recogida de datos empíricos que ofrecen descripciones complejas de acontecimientos, interacciones, comportamientos, pensamientos ... que conducen al desarrollo o aplicaciones de categorías y relaciones que permiten la interpretación de los datos. En este sentido el diseño cualitativo, está

unido a la teoría, en cuanto que se hace necesario una teoría que explique, que informe e integre los datos para su interpretación. (p. 12)

Durante la investigación se realiza, además, un breve estudio de la normativa vigente en algunos países que implementaron previamente leyes contra la corrupción, junto con la previsión de programas de cumplimiento, lo que impactó en otras latitudes impulsando la cultura de *compliance* como un medio para instar a autorregular y prevenir la comisión de delitos. Mediante la consulta de disposiciones legales vigentes, se analiza la idoneidad de los programas de cumplimiento para constituir medios probatorios en el momento de una eventual defensa.

Finalmente, se analizan las implicaciones para las organizaciones privadas costarricenses, sobre la base de que, aunque la norma no establece que estas puedan ser eximidas de responsabilidad, como sí sucede en otros países, estas sí pueden protegerse contra graves sanciones económicas, desde la óptica de un eventual proceso penal en su contra. Asimismo, se examina el escenario normativo en el país y la afectación en el ámbito operativo que implica para las empresas privadas la actual facultad del Estado para investigar y juzgar a personas jurídicas.

Origen histórico del compliance

La popularidad de la figura del *criminal compliance* comienza a tomar fuerza junto con la necesidad de los estados de sancionar las prácticas ilícitas llevadas a cabo por personas jurídicas, que se relacionan con el soborno de funcionarios. Según Gómez-Jara (2006), uno de los principales referentes sobre el origen de la responsabilidad penal de personas jurídicas se sitúa en 1909 en Estados Unidos, sin embargo, su resonancia viene con el surgimiento del instituto del *criminal compliance* en esta misma latitud. Esta figura comienza a tomar fuerza en los Estados Unidos, como consecuencia del escándalo Watergate, sonado caso de corrupción que se conoció en los años 70, de tal magnitud que provocó el fin de la Presidencia del entonces mandatario Nixon. Este acontecimiento expuso al ojo público una serie de prácticas deshonestas que involucraban a la clase política y a la empresarial, lo que evidencia la corrupción presente, tanto en el ámbito público como en el privado, tratándose principalmente de sobornos a funcionarios extranjeros (Alguacil, s.f.a).

Como resultado de estos eventos de corrupción surge en ese país en el año 1977 la Foreign Corrupt Practices Act o FCPA (ley estadounidense de prácticas de corrupción en el extranjero) (FCPA Américas Blog, s.f.). Este cuerpo normativo federal comprende dos secciones,

una dedicada al antisoborno y otra dirigida a los temas contables. Esta última sección exige a los emisores de valores contar con libros, registros y cuentas contables (*books and records*), así como el desarrollo interno de controles de seguridad suficiente (Alguacil, s.f.a). Según el FCPA Américas Blog (s.f.): “El Congreso de Estados Unidos aprobó la FCPA con la finalidad de cercenar dichos sobornos, y restaurar la confianza de la ciudadanía en la forma en que las compañías estadounidenses conducían sus negocios en el exterior” (párr. 1).

Después de la implementación de esta ley, que ha sufrido algunas modificaciones para ajustarse a la realidad de las relaciones comerciales empresariales y, después de la exposición de otros sonados e importantes casos de corrupción (por ejemplo, los de las compañías Enron y Worldcom), en los siguientes años se promulgaron en este país una serie de disposiciones normativas. Estas normas delimitaron todavía más el ámbito de acción de ese Estado para sancionar tales prácticas, por ejemplo, la Ley Sarbanes - Oxley del año 2002, la cual como dispuso el Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress (2002) fue creada para proteger a los inversionistas, mejorando la precisión y confiabilidad de divulgaciones corporativas hechas de conformidad con las leyes de valores, y para otros fines. Además, se implementaron las Federal Sentencing Guidelines for Organizations del año 1991, cuyo capítulo octavo se diseñó para que las sanciones impuestas a las organizaciones y sus agentes brinden un castigo justo, así como incentivos para que estas mantengan mecanismos internos para prevenir, detectar y denunciar conductas delictivas (United States Sentencing Commission, 2021).

Estas leyes tuvieron eco en otros países, de modo que con el paso del tiempo comenzó a expandirse la implementación de normativas tendientes a combatir la corrupción que se hace presente en los entornos corporativos y relacionada principalmente con entidades públicas y sus funcionarios, por lo que tales directrices se diseñaron para afectar de forma directa las actividades empresariales. Al endurecerse la legislación e incluirse la capacidad de atribuir culpabilidad a las personas jurídicas empezó a aumentar la necesidad de implementar políticas y normativas a lo interno de las organizaciones, con el fin de prevenir la comisión de ilícitos.

El concepto de compliance y los programas de cumplimiento

El *compliance* se relaciona con el cumplimiento de los diferentes bloques normativos que conforman la legislación de un país, así como al cumplimiento de las normas que voluntariamente sean asumidas por las organizaciones. Respecto a la definición de *compliance*, Bacilagupo (2021) señala lo siguiente:

El término «*compliance*» proviene, como ya se ha dicho, del derecho anglosajón y significa «cumplimiento», «obediencia», «respeto», entre los primeros significados del término. En el ámbito jurídico se identifica con el «cumplimiento normativo» y desde el punto de vista de la estructura empresarial se refiere de forma más extensa a la «organización de las empresas para el desarrollo de la actividad empresarial conforme a derecho». Por regla general, se refiere de forma específica al cumplimiento de normas legales, pero también a normativa o políticas internas y estándares de buenas prácticas o de soft law. También encontraremos, en este contexto, el uso del término «*compliance regulatorio*» (*regulatory compliance*) (Lin, 2017, p. 159). En este sentido, *compliance* surge y se utiliza en el contexto del «marco de autorregulación» y de la libertad para decidir la organización interna de las sociedades mercantiles de Derecho privado orientada a la prevención de los riesgos provenientes de su actividad empresarial. (p. 262)

Para efectos de facilitar y procurar el efectivo cumplimiento existen guías que pueden aplicarse a todo tipo de organización, las cuales se componen de un conjunto de lineamientos que son ajustables a cada tipo de empresa, los que, a la vez, se asocian con políticas internas y códigos de ética, entre otros elementos. Esto es lo que se conoce en la doctrina como programa de cumplimiento o *compliance program*. Un programa de *compliance* es un documento detallado en el que se explica cómo se van a llevar a cabo en la entidad los compromisos y obligaciones que han establecido en la Política de Compliance, este debe incluir un conjunto de elementos sin los cuales no es posible hacer con eficacia los compromisos adquiridos (Alguacil, s.f.b).

Los programas de *compliance* deben contener ciertos elementos que son esenciales para su eficacia y validez, los cuales se definieron a raíz de guías que han publicado distintos organismos en el ámbito internacional, por ejemplo, los que indica Alguacil (s. f. b):

Las Federal Sentencing Guidelines, publicadas por la United States Sentencing Commission, en las que se establecen ocho elementos esenciales que debe contener un programa de *compliance* para ser efectivo.

A Resource Guide To The Fcpa U.S. Foreign Corrupt Practices Act, publicado por la Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, la cual establece diez elementos distintos para determinar si un programa de *compliance* es eficaz.

Además, existen organizaciones no gubernamentales, desarrolladoras de normas de acatamiento voluntario, las cuales han puesto a disposición de las empresas interesadas una serie de estándares aplicables en el ámbito internacional, que pueden implementarse a lo interno de las compañías. Estas se ajustan a la estructura específica de cada organización y facilitan la gestión interna, para promover la prevención de delitos, por lo que pueden llevar a cabo sus operaciones con un menor riesgo de vulnerar disposiciones legales, lo que eventualmente puede resultar en algún tipo de responsabilidad para la empresa, incluidas severas sanciones económicas. Un ejemplo de estos estándares son los desarrollados por la International Organization for Standardization (ISO), como la norma ISO 19600, diseñada para incorporar buenas prácticas a las empresas, además, que cuenten con sistemas de gestión sobre campos específicos de *compliance*. Asimismo, la norma ISO 37001, cuya finalidad principal es la de establecer sistemas de gestión de *compliance* para la prevención, detección y gestión de riesgos de soborno (Casanovas, 2018).

Responsabilidad de las personas jurídicas en Costa Rica y otros países

Este tipo de prácticas de corrupción no conoce fronteras. Por lo tanto, ante el acelerado crecimiento y evolución del mundo corporativo se ha expandido a distintos países del orbe la necesidad y pertinencia de contar con legislación especial que permita sancionar penalmente las prácticas ilícitas llevadas a cabo por las compañías en el ejercicio de sus operaciones, a través de las personas jurídicas que las conforman. Amézquita (s.f.a) apunta respecto a este fenómeno que: “Es una tendencia que tiene casi cincuenta años de desarrollo en los países anglosajones y que se ha acelerado durante estas dos primeras décadas en una progresión que viene incrementándose a pasos agigantados” (p. 4).

Siguiendo esta tendencia, países como Francia, Alemania, Australia, Italia, Reino Unido y España, han adoptado diferentes modelos normativos, que permiten sancionar a las personas jurídicas ante infracciones que se relacionan principalmente con la corrupción y las cometidas en el desarrollo de su actividad, cuando se procuren beneficios contrarios a la ley. En Latinoamérica, además de Costa Rica, también otros países han implementado normativa anticorrupción, por ejemplo, Chile, Brasil, México, Perú, Argentina, Ecuador y Colombia, quienes han suscrito diversos acuerdos y promulgado leyes para combatir la corrupción (Alguacil, s.f.a).

En España, a modo de ejemplo, se implementó la Ley Orgánica n.º 5/2010, que entró en vigor en diciembre del 2010, la cual estableció que las personas jurídicas son sujetos inmediatos del derecho penal, quienes son susceptibles de cometer delitos, a través de las personas físicas que las integren y, por esto, al igual que las personas físicas, son también susceptibles de que se les atribuyan delitos y sancionarse con penas. En referencia a los programas de cumplimiento, en este país se contempló como eximente de responsabilidad la implementación de un protocolo interno de cumplimiento normativo y prevención del delito (Alguacil, s.f.a). Esta disposición tuvo por objetivo que las organizaciones desarrollaran una cultura de cumplimiento, procurando evitar que la persona jurídica incurriera en la comisión de algún ilícito, mediante la implementación de sistemas de control adecuados.

En Costa Rica, el avance más reciente contra la corrupción relacionada con las empresas privadas y a funcionarios se da mediante la promulgación de la Ley 9699, denominada Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos, vigente desde junio del año 2019 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019a). Esta ley puede considerarse como una respuesta a los requerimientos que debía cumplir el país para formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), puesto que en la justificación del proyecto de Ley n.º 21.248 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019b), se hace referencia directa a esto, al considerar las recomendaciones hechas al país sobre las reformas legales necesarias para investigar y sancionar a las personas jurídicas, cuando participen en actos contrarios a la administración pública. Como consecuencia, se definió el alcance de la Ley 9699, cuyos objetivos, según se estipulan en el numeral primero de este cuerpo normativo, son:

Regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos contemplados en la Ley n.º 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriqueci-

miento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004, en sus artículos 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57 y 58 y los delitos contemplados en la Ley n.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970, en sus artículos 347, 348, 349, 350, 351, 352, 352 bis, 353, 354, 355, 361, 363, 363 bis y 368 bis, el procedimiento para la investigación y el establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones penales correspondientes y la ejecución de estas, así como los supuestos en los cuales la presente ley resulta procedente. (Asamblea Legislativa, 2019a, art. 1)

De esta forma, se instauró en el país la posibilidad de que las personas jurídicas se sometieran a un proceso penal, para ser juzgadas y sancionadas por delitos que se relacionan con la corrupción, cuando procuren un beneficio directo o indirecto. Asimismo, la citada Ley n.º 9699, al igual que algunas leyes que se implementan en otros países, previó la autorregulación de las organizaciones, al incluir la implementación facultativa de un modelo de organización y prevención de delitos, es decir, la implementación de un *compliance program*, el cual eventualmente puede funcionar como un atenuante de responsabilidad. Respecto de este modelo de organización, señala García-Chaves (2022), que:

Es posible concluir que, a pesar de que se postule que es facultativo, y sea diferente según la naturaleza de cada persona jurídica, la amenaza que se cierne sobre aquellas que no lo adopten (únicamente atenuación de pena, la cual puede ser económicamente severa) es importante, dado que eliminaría cualquier beneficio en caso de ser declaradas culpables. (p. 82)

Esta normativa de reciente implementación dota al Estado de herramientas en la lucha contra la corrupción, que pueden tener consecuencias muy positivas para la sociedad. Sin embargo, es necesario comprender las repercusiones que para las empresas privadas pueden acarrear esas facultades otorgadas a las autoridades costarricenses, tanto en el proceso de investigación en procura de asentar las responsabilidades como en el momento de aplicar las sanciones correspondientes. Es decir, estas nuevas herramientas con las que cuenta el sistema judicial costarricense no necesariamente sean la solución más conveniente a este problema

social, en el tanto puede alejarse de la postura garantista que debe primar en el derecho penal. Al respecto, señaló Castellón (2017):

Desde el punto de vista de la política criminal, la solución de abolir el principio *societas delinquere non potest* no es necesariamente la mejor. Se trata, nuevamente, de dotar al Estado de poderes extraordinarios de persecución penal dentro del marco de la tutela de bienes jurídicos no totalmente claros. Por ello el punto de vista imperante (y a ello apuntan Enrique Bacigalupo y Luis Arroyo Zapatero), es admitir la posibilidad en tanto reúna condiciones específicas de necesidad. En otras palabras, nuestra postura garantista puede eventualmente ceder a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aras de admitir un Estado más eficiente. Ello no significa que sea la mejor solución. (p. 42)

La empresa que no cuenta con un control adecuado sobre cómo su organización interna lleva a cabo sus negocios, o bien que recurre a métodos contrarios a la ética para obtener beneficios irregulares, debe considerar que, en la actualidad, ya no solo se enfrentan al riesgo de que su reputación y buen nombre se vea afectado, aspecto que por sí solo puede ser devastador, sino que también se enfrentan a la posibilidad de que les sean impuestas medidas cautelares dentro de un proceso judicial penal -lo que puede entorpecer sus operaciones- para, por último, enfrentarse a recibir severas sanciones, las cuales dirigidas directamente a la persona jurídica que la conforma afectarán a todo su entramado organizacional. De este modo, debe observarse un cambio cultural a lo interno de estas organizaciones, donde, entre otros factores, el adecuado control de las actuaciones de sus personeros y altos mandos, la prevención y capacitación, se traduzcan en una disminución de los índices de corrupción.

Desde el punto de vista del derecho penal, existen importantes interrogantes en cuanto a la verdadera necesidad de implementar este modelo punitivo en el país, por lo que surgen cuestionamientos respecto a la imputación adecuada que pueda hacerse a la persona jurídica, bajo la premisa de que esta se encuentre directamente responsable de la comisión de un delito. Lo anterior ya que la citada Ley n.º 9699, haciendo referencia al art. 18 del Código Penal, considera que estas pueden consumir ilícitos por acción u omisión, con independencia de la responsabilidad que se atribuya a las personas físicas involucradas. Este aspecto resulta

un tanto contradictorio, en el sentido de que la persona jurídica no puede actuar si no es a través de los individuos que la conforman o que se relacionan directamente a esta, incluso, según esta ley, uno de los requisitos para que la persona jurídica pueda ser sancionada, es que la persona física que actuó lo haya hecho en beneficio de esta.

Persona jurídica. *Societas delinquere potest. Sed puniri potest*

Según el art. 35 del Código Civil Español, se define a las personas jurídicas de la siguiente forma:

1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. (Ministerio de Justicia y Gracia de España, 1889, art. 35)

En la normativa costarricense, en el capítulo denominado Existencia y Capacidad Jurídica de las Personas, se hace referencia al concepto de persona jurídica de forma menos específica, como se observa en el art. 33 del Código Civil, el cual establece que la existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley. Es claro que la existencia de estas deviene de la facultad que otorga la propia ley a los individuos, para que puedan formar sociedades de distintos tipos, ya sea corporaciones, asociaciones y fundaciones, de modo que estas no conforman una persona, sino que, a través de sus miembros, estas adquieren la capacidad de ser sujetos de obligaciones y responsabilidades jurídicas, como lo mencionan Tamayo y Salmorán (1986):

En la actualidad ‘persona jurídica’ (*legal person, personne juridique, juristische person*) es un término jurídico altamente técnico, con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible o capaz de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas. (p. 79)

Sin embargo, a pesar de que la persona jurídica ostente derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades, desde la óptica del derecho penal, como se ha sostenido desde mucho antes de la promulgación de la referida Ley n.º 6699, en Costa Rica un ente jurídico no podía ser perseguido penalmente. Esto conforme al principio *societas delinquere non potest*, el cual refiere que la sociedad no puede delinquir. Este principio según Castellón (2017): “Pareciera tener sus orígenes en la propia Revolución Francesa, cuya actividad incluyó medidas abolicionistas respecto a bandos reales que decretaban sanciones para sociedades basadas en la orientación religiosa de sus miembros” (p. 40).

El principio referido establece que, al no ser la figura social capaz de delinquir, cuando se cometa algún delito en el núcleo de esta, debe atribuirse la responsabilidad penal a quienes actuaron en representación de esta. Debido a que supone que las personas jurídicas no pueden delinquir, al carecer de capacidad de acción, no pueden materializar por sí solas un comportamiento que necesariamente requiere de la voluntad humana (Loaiza, 2013). Este precepto que ha estado vigente por muchos años tiene mucho sentido si se analizan los supuestos de la teoría del delito, así como los elementos de los tipos penales, en los cuales se contempla una acción u omisión, llevada a cabo por un sujeto, ya sea determinado o indeterminado, acción u omisión a partir de la cual, después de un análisis de tipicidad, puede tener por configurado un delito. A esto se debe que necesariamente, al encontrarse involucrada una persona jurídica en una investigación penal, se recurre a sus personeros para que sean quienes afronten el proceso judicial en nombre de esta.

Jurisprudencialmente, la incapacidad de delinquir de una persona jurídica se ha sostenido a través del tiempo, al prevalecer la responsabilidad personal del sujeto, es decir, de la persona física. Este supuesto se encuentra presente en el derecho penal, como lo señala el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José (2015):

En Derecho Penal rige el principio *societas delinquere non potest* en virtud del cual se parte, como subprincipio de la acción, que esta, tanto como la responsabilidad, son personales. Así las cosas, aunque un sujeto actúe en representación de otra (sea esta física o jurídica), si comete alguna conducta ilícita responde, personalmente, por ella. (Resolución 00096-2015)

En esta línea de pensamiento, García-Chaves (2022) cuestiona la elección de la vía penal para responder al fuerte fenómeno de la corrupción en el ámbito corporativo, perpetrada por los económicamente poderosos, refiriéndose a las grandes empresas que, mediante actos delictivos, desmejoran las condiciones de vida del resto de la sociedad, apuntando que: “Algunas de las conductas ilícitas que más daño generan a la sociedad, son las cometidas por los entes jurídicos” (p. 26). Sin embargo, deja de lado que no necesariamente esta vía sea la más efectiva o adecuada para erradicar los problemas sociales que acarrea la corrupción en grandes corporaciones. Esta disposición legal ya vigente ahora ubica al país en una nueva realidad.

Modalidades de responsabilidad de las personas jurídicas

Como se mencionó, la responsabilidad de la persona jurídica se origina a partir de las actuaciones de los miembros de la organización que esta conforma, de modo que los actos contrarios a la ley que se lleven a cabo, ya sea por sus directivos, altos mandos, niveles medios en el ámbito jerárquico y hasta los subordinados, siempre que tengan facultad para actuar o tomar decisiones en nombre de la empresa, o bien actúen en provecho y beneficio de esta, directa o indirectamente, pueden traducirse en sanciones para la compañía. Para efectos de atribuir la responsabilidad penal a la entidad jurídica, en el ámbito doctrinal y en derecho comparado, se han desarrollado algunos modelos, para establecer si las conductas ilícitas cometidas por las personas físicas en su representación en efecto las relacionan al evento delictivo.

En los países donde se estableció el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, comúnmente pueden encontrarse dos tipos de modelos de atribución de responsabilidad o títulos de imputación, como el modelo de autorresponsabilidad y el modelo de heteroresponsabilidad (Amézquita, s.f.a). El primer modelo atribuye la responsabilidad de manera directa al ente jurídico, mientras que el segundo, también conocido como vicarial, supone una transferencia de la responsabilidad por las conductas de las personas físicas que forman parte de la entidad.

El modelo de autorresponsabilidad se refiere a hechos propios de la persona jurídica, derivados principalmente de defectos organizacionales. Respecto a sus supuestos, García-Chaves (2022) señala que:

El “modelo de autorresponsabilidad (directa - autónoma)” plantea la no violación del principio de responsabilidad penal por hecho propio. A partir de

cuatro criterios alternativos, deriva que dicha responsabilidad es producto de un acto propio de la persona jurídica (manifestado por el representante o empleado), ya que en ella se encuentran el origen de las infracciones y quienes ordinariamente reciben sus beneficios ... se pondera y se reprocha que, durante un espacio temporal importante - y no un momento específico - la empresa no tuvo una adecuada estructura para la prevención de la comisión de delitos por parte de sus representantes o empleados, no fue capaz de autorregularse de manera correcta. (pp. 32-33)

Asimismo, en relación con el modelo de heterorresponsabilidad o modelo vicarial, también conocido como de *simple transferencia*, García-Chaves (2022) apunta lo siguiente:

Mediante este último se imputa responsabilidad penal al ente jurídico por una acción cometida por una persona física con determinado ligamen o relación con la empresa, comportamiento que debe ser por cuenta propia y en beneficio del ente abstracto. Es decir, parte de la determinación de un hecho de conexión - o referencia - llevado a cabo por la persona física, pero que tiene ligamen directo con la persona jurídica ... se parte de que los hechos fueron cometidos por directivos, administradores o empleados; que el acto delictivo es consecuencia de un defectuoso control o vigilancia de ellos por parte de la persona jurídica ... y que, por consiguiente, el hecho fue por cuenta y en provecho del ente jurídico. (pp. 30-31)

Respecto a este último modelo, Amézquita (s.f.a) señala que se atribuye a la persona jurídica una cuota de responsabilidad al actuar en su representación las personas físicas que la conforman, de modo que, bajo esa representación, el comportamiento delictivo de la persona física puede considerarse una actuación de la persona jurídica. Para esos efectos deben considerarse diversos elementos de *conexión* entre la persona física y la jurídica, como que el

ilícito se produzca entre las actividades societarias o que el autor tenga un vínculo formal o material con el ente jurídico, o bien que la conducta ilícita de la persona física implique un beneficio para la persona jurídica.

Según Gómez-Jara (2006), los criterios o presupuestos de imputación de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes, pueden enumerarse de la siguiente forma:

1. Vínculo orgánico o societario entre la persona física y la jurídica.
2. Beneficio directo o indirecto para la persona jurídica derivado de la comisión delictiva.
3. Ausencia de un modelo de organización y gestión dirigido a la prevención de delitos. (p. 46)

El vínculo orgánico o societario enumerado en el punto primero se relaciona ciertamente al nivel representativo que pueda tener un determinado miembro de la organización, o bien a la capacidad que tenga de actuar o ejecutar acciones o tomar decisiones en nombre de esta; este vínculo debe acreditarse. Respecto al segundo elemento, debe evidenciarse que la persona jurídica ha obtenido algún tipo de beneficio a raíz de la actuación ilícita de la persona física que la representa, beneficio que puede ser económico, aunque no limitado a esto, pues pudo haber obtenido beneficios de otra índole.

Por último, respecto al tercer criterio enumerado, puede decirse que este obedece a la falta de medidas a lo interno para prevenir la comisión de ilícitos que puedan presentarse durante las operaciones de la entidad, siendo necesaria la existencia de lineamientos que procuren mantener este riesgo en un nivel técnicamente aceptable (Amézquita, s.f.a). Este último otorga un papel importante a la organización y prevención interna de una compañía, lo que implica contar con un programa de cumplimiento, pero más allá de esto, que el mismo sea adecuado y efectivo.

Para García-Chaves (2022), respecto a la imputación a la persona jurídica a partir del modelo de autorresponsabilidad, pueden considerarse cuatro criterios, estos son el hecho delictivo societario, el defecto de organización concreto, la cultura corporativa defectuosa y la reacción defectuosa frente al delito. En cuanto al hecho delictivo societario, se imputa a la persona jurídica la acción delictiva que se lleva a cabo por un directivo, sin perjuicio de que a

este también se le atribuya responsabilidad penal. En el caso del defecto de entidad concreto se relaciona con la deficiencia organizativa, de modo que el ente facilitó o no evitó que sus representantes o empleados cometieran el delito. Este criterio se relaciona estrechamente al de la cultura organizativa defectuosa, en donde se reprocha a la entidad que fomente la comisión de hechos delictivos o que a través del tiempo no haga nada para impedirlo. Por último, en cuanto a la reacción defectuosa frente al delito, se atribuye la responsabilidad ante la incorrecta actuación del ente jurídico una vez que se ha cometido el delito por alguno de sus miembros.

El artículo cuarto de la Ley n.º 9699 establece los supuestos en los cuales las personas jurídicas son penalmente responsables de los ilícitos cometidos por personas físicas. Sus incisos a y c refieren a la actuación de quienes cuenten con capacidad de actuar en nombre de esta, lo que incluye no solo a quienes ostentan su representación legal, sino también a quienes tengan autorización de tomar decisiones:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades generales de organización y control dentro de esta.
- c) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto, por medio de intermediarios ajenos a la persona jurídica, pero contratados o instados por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019a, art. 4)

Adicionalmente, en el inciso b de esta norma, se dispone la falta al deber de vigilancia y control, como un factor que puede ocasionar responsabilidad de la persona jurídica:

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades de las personas jurídicas y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de estas, por quien, estando sometido a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019a, art. 4)

Se observa entonces cómo cobra relevancia el modelo de prevención en el momento de establecer una eventual responsabilidad de la entidad, o bien evitarla. Por un lado, se considera un factor determinante la incapacidad de la organización para autorregularse, sin contar con una adecuada estructura para prevenir la comisión de ilícitos por parte de sus personeros o sus empleados. Por otro lado, influye la existencia de un defectuoso control o una defectuosa vigilancia de sus miembros, por lo que se le pueden atribuir los eventos delictivos por el solo hecho de omitir el control de las actuaciones de quienes operen en su nombre.

De esta forma, puede decirse que el descuido por parte de quienes dirigen las operaciones de la organización, o bien el desconocimiento de las normativas vigentes o la mala interpretación de estas puede traducirse en severas contingencias para una empresa, que sin darse cuenta puede incurrir en prácticas contrarias a la ley. Asimismo, puede establecerse que el deber de las organizaciones de vigilar y controlar las prácticas que en su representación o beneficio lleven a cabo sus personeros no puede tomarse a la ligera, tampoco la oportuna y adecuada actuación de estas, una vez que se tiene conocimiento de la comisión de un ilícito por parte de alguno de sus integrantes.

Idoneidad de los programas de cumplimiento para constituir medios probatorios como defensa de la persona jurídica ante un eventual proceso penal

En Costa Rica, ante un escenario donde se presente un hecho delictivo cometido por una persona jurídica, el *criminal compliance program* puede traducirse en un atenuante de la pena por imponer. Esto porque la ley únicamente lo contempla de esa forma. En otros sistemas como en el de España, la implementación de estos programas puede incluso ser una causa eximente de sanción (García-Chaves, 2022). La citada Ley n.º 9699 establece en el título segundo el modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control (Asam-

blea Legislativa de Costa Rica, 2019a), capítulo respecto al cual, mediante Decreto Ejecutivo 42399-MEIC-MJP (Poder Ejecutivo de Costa Rica, 2020), se creó su necesario reglamento, el cual establece en el artículo tercero que el modelo es de adopción facultativa por parte de las personas jurídicas, pero que en caso de adoptarse debe contener tanto los requisitos mínimos establecidos en la ley como los incluidos en ese reglamento.

En el numeral 12 de la referida ley, el cual trata sobre las circunstancias atenuantes de responsabilidad, se dispone que, respecto a los delitos referidos en el artículo primero del mismo cuerpo normativo, el juez puede rebajar hasta en un 40 % la pena por imponer, cuando concurren una o más de las circunstancias consideradas atenuantes. Estas circunstancias contemplan acciones como la denuncia ante las autoridades por parte de los mismos directivos, la colaboración con la investigación del hecho, a los efectos de establecer las correspondientes responsabilidades, así como la toma de medidas, para procurar que no se cometa nuevamente el ilícito por parte de algún representante de la persona jurídica. Los incisos a, b y c de esta norma establecen como atenuantes expresamente lo siguiente:

- a) Denunciar, por parte de sus propietarios, directivos, integrantes de órganos de administración, representantes, apoderados o encargados de supervisión, la posible infracción ante las autoridades competentes, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella.
- b) Colaborar, por parte de sus propietarios, directivos, integrantes de órganos de administración, representantes, apoderados o encargados de supervisión, con la investigación del hecho, aportando, en cualquier momento del proceso, pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales derivadas de los hechos investigados.
- c) Adoptar, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019a, art. 12)

Asimismo, en el caso en el que quienes cometen el delito actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica, ostentando facultades de representación o teniendo autorización para tomar decisiones en nombre de esta y, quienes sean intermediarios ajenos, pero contratados por la persona jurídica, con capacidad para tomar decisiones en su nombre (incisos a y c del art. 4º supracitado) la misma norma establece en su inciso d, supuestos donde claramente se incluye al modelo de prevención como factor determinante para atenuar la sanción. Por lo tanto, puede aplicarse cuando:

- i) Se demostrará que el órgano de administración ha adoptado e implementado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, prevención de delitos, gestión y control que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar delitos de la misma naturaleza o para reducir, de forma significativa, el riesgo de su comisión.
- ii) Se verificará que el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
- iii) Se comprobará que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención de delitos.
- iv) Se acreditará que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere el subinciso ii) del inciso d) de este apartado. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2019a, art. 12)

Respecto a este modelo, se estableció una serie de requisitos mínimos para su implementación, por lo que la persona jurídica debe realizar una evaluación de riesgos, como lo establece el artículo sexto de la referida ley, el cual indica que, para llevar a cabo esta evaluación, la persona jurídica debe considerar sus procesos, así como sus contrapartes, tanto en el sector

público como el privado y también debe considerar los lugares y espacios donde la empresa opera. Asimismo, debe entrevistar a las personas clave de la entidad, hacer una revisión de reportes de auditoría, analizar la categoría de riesgo de la compañía, adoptar una respuesta al riesgo, entre otros criterios relevantes para que el modelo pueda cumplir su función preventiva. Esto quiere decir que no se trata únicamente de crear un modelo de prevención solo por pretender que se cumple con lo que pide la norma, sino que este debe hacerse con base en la realidad de la organización y de los riesgos a los que puede exponerse en el sector en el que opere.

La Ley n.º 9699, junto con el Reglamento del decreto ejecutivo 42399 (Poder Ejecutivo de Costa Rica, 2020), como señala García-Chaves (2022): “Hace nacer a la vida jurídica nacional a la figura del “oficial de vigilancia” (compliance officer), de implementación obligatoria, quien estará a cargo de supervisar el funcionamiento del compliance program” (p. 91). La persona que ostente ese cargo puede ser interna o externa a la organización, sin embargo, indistintamente de esto, debe contar con medios y facultades para llevar a cabo su función. Esta implementación obligatoria de un oficial de cumplimiento aplica para las grandes empresas, pues según el artículo 10 de esta ley, en el caso de las pequeñas y medianas compañías, tal función puede ser asumida por el órgano de administración, el dueño, o bien un socio o un accionista que se encargue de la dirección de la persona jurídica.

Por lo tanto, puede extraerse que, desde antes de la creación del programa de cumplimiento, donde se inicia con una serie de análisis y recolección de datos, debe existir un registro adecuado de todos los datos, el cual debe extenderse hasta la incorporación de obligaciones y sanciones internas, hasta el registro de que estas se comunican a todos los miembros de la entidad. Este proceso de documentación, donde se plasme cada una de las acciones, decisiones y medidas que se pretenden implementar, con el fin de contar con una efectiva autorregulación y prevención de ilícitos, puede funcionar eventualmente, junto con otros elementos, como un medio idóneo para comprobar que la entidad realizó los esfuerzos necesarios para contar con un modelo adecuado para tal fin.

Desde que se inicia con la creación y puesta en práctica del modelo preventivo debe adoptarse un enfoque probatorio, en el que se considere una eventual defensa en un proceso penal, recayendo tal deber de documentación principalmente en el oficial de cumplimiento. Al respecto Amézquita (s. f. b) señala lo siguiente:

Se advierte así la importancia de adoptar un enfoque probático en la operación rutinaria del sistema de cumplimiento de la organización, en el que el profesional en cumplimiento conciba dicho sistema, desde el momento mismo de su diseño, como una actividad que a futuro podrá ser objeto de prueba. En este sentido, deberá plantearse si el modelo cumple en su estructura con esos elementos esenciales establecidos por los sistemas regulatorios de cada país y los estándares en cumplimiento (código de ética, políticas, evaluación de riesgos, plan de tratamiento, debida diligencia, canal de denuncias, auditoría interna, protocolo de investigaciones internas, etc.). Pero además de ello, deberá considerar que no sólo debe lograr el funcionamiento de cada componente, sino además levantar en forma continua evidencias sobre la aplicación efectiva de dichos elementos. (p. 9)

El modelo preventivo se extiende también a crear políticas de prevención, códigos de ética, canales de denuncia y atención de estas, capacitación de sus miembros, sistemas de sanciones, monitoreo, auditorías, entre otras herramientas que conforman un adecuado programa de cumplimiento, aspectos que en su totalidad también deben contar con el registro documental, de modo que puedan funcionar como un medio probatorio. Respecto a estos aspectos y a la necesidad de su documentación, se hace referencia en el citado reglamento, estableciéndose en el artículo octavo el deber de documentar la información obtenida a partir de evaluación de riesgos, información que, aunque es privada al interior de la persona jurídica, eventualmente puede ser requerida por las autoridades. De esta forma, la implementación de un *compliance program* bajo la dirección de un profesional en la materia, que pueda gestionar toda la información de manera adecuada y estructurar las medidas que deben tomarse, se traduce en una inversión de recursos conveniente y necesaria para las empresas.

Es claro entonces que, el acopio documental de todas las acciones llevadas a cabo por la persona jurídica, para cumplir con el deber de supervisión, vigilancia, control y prevención, constituye un elemento de prueba idóneo y necesario en favor de la organización, el cual, junto con elementos periciales e incluso testimoniales, puede marcar la diferencia en el momento en el que a una persona jurídica se le imponga una determinada sanción penal.

Asimismo, desde el punto de vista interno de una empresa, la constante revisión de sus lineamientos, políticas y protocolos, se traducirán en una mejor gestión de sus operaciones, por lo que se pueden ajustar de manera efectiva al marco legal vigente.

Adicionalmente, el respeto a la figura del oficial de cumplimiento y el nivel de autonomía que se haya otorgado a este es un factor relevante para la estrategia de defensa. Sobre este aspecto señala García-Chaves (2022) que en el caso de que el programa de cumplimiento lo utilice una persona jurídica en un proceso penal seguido en su contra, se considera la forma en la que este ente haya potenciado y respetado la autonomía y el papel del *compliance officer*. De esta forma, en el momento en el que el juzgador valore la correspondiente sanción puede ponderar todos los factores que demuestran que en la organización existe una cultura de respeto a la ley.

Implicaciones de las disposiciones contenidas en la Ley n.º 9699 para las organizaciones privadas costarricenses

Como se expuso, la entrada en vigor de esta ley faculta a la autoridad judicial para investigar, imponer medidas cautelares y, aplicar, finalmente, sanciones a una persona jurídica, que se encuentre responsable de la comisión de ilícitos. Todas estas facultades pueden traducirse en severas consecuencias para una empresa privada que se vea envuelta en una investigación penal, por lo que, aunque ya existen mecanismos para sancionar a una organización por faltas de otra índole, el encontrarse una compañía involucrada en la comisión de uno o varios delitos puede representarle muchas más dificultades incluso que la propia sanción.

A partir del capítulo segundo de la ley, el cual dispone los lineamientos sobre la imposición de medidas cautelares, se establece la posibilidad de que el proceso penal sea anotado al margen de la inscripción de la persona jurídica, así también, el deber de que esta deba solicitar autorización a la autoridad jurisdiccional correspondiente, para realizar movimientos en la sociedad; además, se instaura la posibilidad de llegarse incluso a inmovilizar al ente jurídico. Asimismo, las normas contenidas en este capítulo establecen la posibilidad de que se haga el decomiso o secuestro de bienes, los cuales pueden ser puestos en depósito provisional, lo que implica no disponer de ellos hasta que se resuelva el asunto, así como en el caso de dineros decomisados, los cuales se depositan en una cuenta del juzgado correspondiente.

Incluso, con base en el art. 110 del Código Penal, se establece la posibilidad del decomiso, el cual según lo dispone esta norma, refiere que:

El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1970, art. 110)

Debido a que para cada caso pueden existir muchas variantes, en relación con los elementos que consideren las autoridades que deban retenerse, o bien el tipo de procedimientos que deben limitarse a la persona jurídica, las implicaciones económicas, operativas y reputacionales que puede sufrir una empresa pueden ser devastadoras. Sobre este aspecto señala García-Chaves (2022):

El solo análisis hipotético de cómo podría afectar las finanzas y la dinámica de la empresa - pudiendo llegar a valorarse como un efecto, su desaparición - debería ser un insumo y aliciente para la implementación de un adecuado y completo programa de cumplimiento (salvo que la empresa se hubiese creado para la comisión de hechos delictivos y una vez asegurados los réditos de dichas acciones, no existiera interés en la vigencia del ente jurídico). (p. 86)

Es claro que las implicaciones de estas nuevas disposiciones legales, para una persona jurídica que no cuenta con ningún tipo de estructura ni orientación, para actuar de manera diligente y oportuna ante un requerimiento judicial y ante un eventual proceso penal, pueden ser serias y de gran magnitud. Las facultades otorgadas a las autoridades para actuar, ahora no solo sobre las personas físicas involucradas, sino sobre la propia empresa, no se deben tomar a la ligera, pues incluso, puede decirse que si en un determinado caso no se determinó la culpabilidad de la persona jurídica al final de la investigación, está por el solo hecho de haberse visto sometida a medidas cautelares y, haberse hecho de conocimiento público el proceso penal en su contra, puede resultar afectada seriamente, incluso no logrando sobrevivir al proceso, si no tiene el músculo operativo para solventar las limitaciones que se le impongan.

Por otra parte, al considerar que llevar a cabo una investigación en los estrados judiciales costarricenses puede tardarse algunos años, la posibilidad de que los activos de una empresa

se vean afectados y sus operaciones limitadas, en el tanto se logran esclarecer los hechos que se investiguen, se traduce en un gran riesgo para la supervivencia de una compañía. Por consiguiente, queda claro que la entrada en vigor de esta ley debe tomarse con la seriedad requerida por parte de los directivos de las empresas costarricenses.

Conclusión

Las facultades que ostenta el Estado para luchar contra la corrupción no bastan para combatir este problema que tanto daño causa a la sociedad. Es claro que se necesita la cooperación del sector corporativo, de modo que, mediante el fomento de una cultura de respeto a la ley, se contribuya con la disminución de las prácticas ilícitas. No obstante, existen muchas interrogantes respecto a si la vía de la persecución y sanción penal es la más adecuada para tales fines, en el tanto la persona jurídica, aunque ostenta facultades, derechos y obligaciones, no es un sujeto que pueda ejecutar por sí misma una acción u omisión.

Sin embargo, esta ley en definitiva cambió la forma en la que los personeros de las entidades jurídicas deben atender los asuntos a lo interno de sus organizaciones, cuando involucren a sus miembros en la comisión de ilícitos que se relacionan con la función pública, siendo claro que las medidas que puede tomar la autoridad judicial les afectan de forma directa. Asimismo, aunque en Costa Rica la legislación permite sancionar penalmente a las personas jurídicas en relación con los actos ilícitos donde medie algún interés del Estado, esto no impide que en el futuro el ámbito de acción de las autoridades se extienda a otro tipo de delitos, si se modifica la legislación.

Los programas de *compliance* dotan de importantes herramientas a las empresas privadas, tanto para cumplir con el deber de vigilancia y control que se les exige como para prevenir que estas se vean envueltas en extensos procesos judiciales que puedan paralizar sus operaciones. El contar con lineamientos internos, códigos de ética, políticas de cumplimiento, así como una estructura definida que permita supervisar las actuaciones de los miembros de una organización, solo puede traer beneficios.

El único eximente de responsabilidad penal para la persona jurídica que contempla la ley refiere a los supuestos en donde el delito que cometa la persona física fuera en ventaja propia o a favor de un tercero, o bien si la representación que esta indica ostentar fuera falsa. Por otro lado, las atenuantes que establece la norma refieren a la posibilidad de demostrar que la entidad jurídica cuenta con un modelo de prevención, ajustado a su entorno y el ámbito donde opera, que sea eficaz y efectivo. A pesar de que se dispone que este modelo es optati-

vo, es necesario como una forma de defensa para el ente jurídico, puesto que a través de su implementación y de la documentación de todo lo relativo al programa pueden comprobarse tales aspectos.

El realizar una correcta evaluación de riesgos, diseñar una adecuada estructura para detectar y atender situaciones irregulares, así como un procedimiento para investigar y denunciar los eventos que puedan constituir un ilícito, puede marcar una gran diferencia para prevenir la comisión de ilícitos y, a la vez, constituir una gran herramienta de defensa en favor de una entidad, ante una eventual investigación penal. Asimismo, el programa de *compliance* aplicado de forma efectiva supone la voluntad del ente jurídico de actuar en apego a la legislación, aspecto que junto con la cooperación que el mismo ente pueda brindar a las autoridades es ponderado por las autoridades, tanto para la imposición de medidas cautelares como de la propia sanción.

A partir de lo anterior, puede concluirse que actualmente el *compliance program* –junto con la adecuada asesoría profesional– es la herramienta de defensa por excelencia para las personas jurídicas, puesto que es el medio idóneo para prevenir, controlar, documentar, corregir y responder eficientemente, ante actos irregulares de los miembros de la organización, que puedan constituir ilícitos. Por lo tanto, en el caso de una sentencia condenatoria se puede lograr una reducción significativa de la sanción penal.

Referencias

Alguacil, J. (s.f.a). *Orígenes de Compliance*. <https://docer.com.ar/doc/n5000ne>

Alguacil, J. (s.f.b). *Sistema de gestión de Compliance*.

Amézquita, J. (s.f.a). *Presupuestos de Responsabilidad Penal Corporativa*. <https://docer.com.ar/doc/n50n8cs>

Amézquita, J. (s.f.b). *El Compliance como mecanismo de defensa procesal corporativa*. ADEN Business School

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1970). *Ley 4573: Código Penal*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2019a). *Ley 9699: Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=TC
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2019b). *Proyecto de Ley n.º 21.248. Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos*. http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx
- Bonilla, E. y Rodríguez, P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos*. Editorial Norma.
- Casanovas, A. (2018). *Estándares internacionales en Compliance: ISO 19600 y 37001*. KPMG. <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2018/07/estandares-internacionales-compliance.pdf>
- Castellón, G. (2017). El principio *societas delinquere non potest* y el sistema de compliance. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 145, 33-64. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/33461/32974>
- FCCA Américas Blog. (s.f.). *Introducción*. <https://fccpamericas.com/languages/espanol/introduccion>
- García-Chávez, A. (2022). *Defensa Penal de la Persona Jurídica en Costa Rica: Análisis crítico de la Ley n.º 9699*. Editorial Jurídica Continental.
- Gómez-Jara, C. (2006). *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.* Editorial Ramón Areces.

- Loaiza, N. (2013). *Societas Delinquere Potest: rompiendo el paradigma ¿Responsabilidad Penal de la persona jurídica y derecho administrativo sancionador?* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica, Costa Rica]. <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/SOCIETAS-DELINQUERE-POTEST-ROMPIENDO-EL-PARADIGMA-Responsabilidad-Penal-de-la-persona-jur%C3%ADdica-y-derecho-Administrativo-sancionador.pdf>
- Ministerio de Justicia y Gracia de España. (1889). *Código Civil Español*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Poder Ejecutivo de Costa Rica. (2020). *Decreto Ejecutivo 42399- MEIC-MJP. Reglamento al título II de la Ley n.º. 9699 Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, sobornos transnacional y otros delitos. Modelo Facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=92268&nValor3=122111&strTipM=TC
- Quecedo, R. y Castaño, C. (2002). *Introducción a la metodología de investigación cualitativa*. *Revista de Psicodidáctica*, 14, 5-39. <https://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>
- Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress. (2002). *Sarbanes-Oxley Act of 2002*. <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763/text>
- Tamayo y Salmorán, R. (1986). *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9885?show=full>
- Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. (2015). *Resolución N° 00096 – 2015 [exp. 03-012842-0042-PE]*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-624926>

United States Sentencing Commission. (2021). *Guidelines Manual Annotated-Chapter Eight-Sentencing of Organizations*. <https://www.ussc.gov/guidelines/2021-guidelines-manual/annotated-2021-chapter-8>

Influencers: un análisis del fenómeno social a partir del Derecho de Consumo y la Protección de Datos Personales

Mauricio J. Garro¹
María Vanessa Zamora²

Resumen

Desde que a principios de los años setenta comenzó el desarrollo regulatorio de las actividades propias de la denominada doctrina de la extimidad, reflejadas en el control del tratamiento automatizado de la data personal, el mundo ha conocido cambios sustanciales tanto en el desarrollo de las tecnologías como en los usos que las mismas han motivado para el crecimiento del consumo masivo de bienes y servicios. Particularmente, luego de la aparición del Big Data y sus derivados, la explosión de las redes sociales en los últimos veinte años, ha ocasionado el surgimiento de una infinidad de nuevos mercados y emprendimientos a partir de las herramientas constituidas de forma voluminosa. El fenómeno de los *influencers* como conducta socioeconómica, no solo resulta de sumo interés en el estudio de este contexto global, sino que importa una serie de riesgos y oportunidades en el enfoque concreto de su mercado meta y, por ende, resulta importante analizar los factores jurídicos correspondientes desde la perspectiva del consumo y el control regulatorio para garantizar la protección de los datos personales.

Palabras clave

Comercio internacional, derechos humanos, derecho del consumidor, derechos de la personalidad, nuevas tecnologías, *big data*, comercio electrónico, privacidad de datos.

Abstract

Since the regulatory development of the activities of the so-called extimacy doctrine began in the early 1970s, reflected in the control of the automated processing of personal data,

1 Abogado, Master en Empresas Internacionales y Comercio Exterior; Master en Derecho de la Empresa (Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, Barcelona, España); Delegado de Protección de Datos (Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España). Docente de las Facultades de Ciencias Empresariales, Derecho y Relaciones Internacionales, ULACIT. Correo electrónico: mgarrog872@ulacit.ed.cr

2 Abogada, PhD. en Ciencias Económicas y Administrativas; Máster en Comercio Internacional. Investigadora Instituto de Formación, Capacitación, Asesoría Municipal y Desarrollo Local (IFCMDL). Correo electrónico: mazamorag@uned.ac.cr

the world has known substantial changes both in the development of technologies and in the uses that they have motivated for the growth of the mass consumption of goods and services. Particularly, after the appearance of Big Data and its derivatives, the explosion of social networks in the last twenty years has caused the emergence of an infinity of new markets and ventures from the tools constituted in a voluminous way. The phenomenon of influencers as socioeconomic behavior is not only of great interest in the study of this global context, but also imports a series of risks and opportunities in the specific approach of its target market in the specific approach of your target market and, therefore, it is important to analyze the factors from the perspective of consumption and regulatory control to guarantee the protection of personal data (data privacy).

Keywords

International trade, human rights, consumer law, personality rights, new technologies, big data, electronic commerce, data privacy.

Introducción

El impacto del crecimiento de Internet, junto con los continuos avances tecnológicos, provocaron cambios en la forma en la que las empresas publicitan sus productos. En este sentido, el 63 % de la población mundial son usuarios de Internet y un 58,7 % son usuarios de redes sociales solo en sus celulares, siendo necesario destacar que el crecimiento de las redes sociales y el aumento notable de uso de smartphones y celulares cambiaron de manera rotunda la comunicación de las nuevas generaciones. “Desde hace unos años, las marcas y empresas descubrieron el valor de contar con líderes de opinión en el mundo digital, y empezaron a trabajar con ellos en campañas debido a la pérdida de credibilidad en la publicidad tradicional” (Zuccherino, 2016, p. 213). Por lo anterior, las empresas eligen a estos líderes de opinión para crear lo que se llama marketing boca en boca o marketing del rumor. El comercio electrónico o *e-commerce* no se encuentra ajeno de esta realidad.

La interacción de los agentes sociales en la red genera un efecto en la toma de decisiones que, precisamente para llegar al concepto de *influencer*, se componen de un importante grupo de usuarios (a nivel de un micro-influencer, menos de diez mil; a nivel de un mega-influencer al menos un millón y medio de seguidores). Con esta capacidad de intervención, las marcas y en general las empresas han empezado a idear planes de marketing y publicidad acompañadas de un *influencer* que les sirva incluso como imagen corporativa, de forma que, estas figuras empiezan a consolidarse en el mercado de la publicidad y el marketing. Y, además, surge una figura atípica contractual provisto de ciertas características jurídicas propias.

Se considera que el comercio electrónico o *e-commerce* llegó para quedarse, lo cual se puede afirmar que surgió desde antes de la pandemia, pero que fue la COVID-19 la que se encargó de potenciarlo.

En virtud de lo anterior, por ejemplo, la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica (PROCOMER, 2022) confirmó que para nuestro país el comercio electrónico o *e-commerce* se ha convertido en la solución de muchas empresas para sobreponerse a una crisis económica sin precedentes como la ocasionada por la COVID-19 y, además, ha abierto un sinnúmero de posibilidades para impulsar el posicionamiento de su oferta y diversificar los mercados que pueden alcanzar a través de las exportaciones. El *e-commerce* hace referencia a la compra y venta de bienes o servicios a través de medios electrónicos, tales como plataformas de venta, página web y redes sociales.

Para esto, la figura del *influencer* ha emergido como un sujeto activo que tiende a influenciar en las decisiones de compra de las personas usuarias de diversos productos, bienes o servicios; es decir se han llegado a convertir en esos voceros sociales a los cuales seguir y en quienes confiar. La duda aquí surge en el hecho, de que si esta capacidad de influir puede llegar tan lejos como para considerar algún grado de afectación en la capacidad de los consumidores de hacer valer sus derechos y proteger sus compras.

Este tema resulta bastante novedoso e innovador, y hasta podría considerarse tabú, pues aún no ha sido ampliamente estudiado en Costa Rica. Por este motivo, es que surge el interés de investigar sobre el tema y profundizar en algunos elementos constitutivos de este tipo de profesional, para asimismo, brindarle al lector alguna orientación en términos del grado de influencia y en el impacto al momento de una decisión de compra, utilizando la vía del comercio electrónico, para así también poder reconocer si emerge alguna luz en cuanto a la implicación de esta población en la defensa de los derechos de los consumidores en Costa Rica.

Aunque es claro que la capacidad de reacción de los *influencers* dependerá del rango de edad del usuario de la red social, no es menos cierto que la economía se mueve en gran parte, gracias a las personas que oscilan entre los 21 y 34 años (*millennials*) de acuerdo con un estudio realizado por la firma holandesa Nielsen en 2016. Tampoco puede perderse de vista que, en el 2014, la Cámara

de Comercio Internacional consideraba que el perfil demográfico de usuarios y consumidores de Internet era mayoritariamente integrado por personas entre los 15 y 34 años, siendo la moda, viajes y electrónica las categorías más demandadas por los compradores en *online* en Colombia, de acuerdo con un estudio de la mencionada institución realizado en el mismo año.

Así, todo parece confirmar que las publicaciones en diferentes redes sociales por parte de los *influencers* pueden significar un riesgo muy alto para el Derecho del consumo, pues no solo puede conllevar a la desconfianza en el consumidor y un cambio en sus patrones de decisión; sino también, pueden tratarse de publicaciones disfrazadas de neutralidad, y en realidad consistir en publicidad disfrazada que obtiene el consumidor sin estar consciente de la misma, constituyéndose en una amenaza a la democratización de la información y al derecho a estar informado. (Miranda, 2019, párr. 6)

Percepción bibliográfica

Ehlers (2017) explica que como consumidores astutos se puede coincidir en que actualmente las audiencias no se conectan con logos, sino con humanos. Continúa diciendo que el contenido que proviene de un *influencer* no abocado a una marca, es auténtico y logra que el consumidor se relacione, permitiendo que la audiencia se conecte con la marca en un nivel identificable. En este sentido, Zuccherino (2016) indica que según un estudio realizado por Deloitte en EE. UU, el 47 % de los *millennials* (nueva generación) son influenciados por lo que consumen en sus redes sociales a la hora de comprar, mientras que en los otros grupos de edades este número gira en torno al 20 % (p. 13). Según Gómez-Nieto (2018):

Es necesario realizar una diferenciación conceptual entre *influencer*, líder de opinión o prescriptor y famoso. Un *influencer* suele conocer el tema del que habla, se le reconoce cierta experiencia y conocimiento del tema mientras que un famoso, como Rafa Nadal, no tiene por qué saber de coches o de seguros de

vida o del hogar. Las marcas utilizan las celebridades y los *influencers* de forma diferente para objetivos diferentes.

Propiamente dicho, el marketing de influencia fusiona las redes sociales como espacios publicitarios con líderes de opinión o los personajes famosos como prescriptores e *influencers*, a los que las marcas dirigen su empréstito comunicativo para llegar a más consumidores potenciales. Las redes sociales se convierten en la piedra angular del *influencer*.

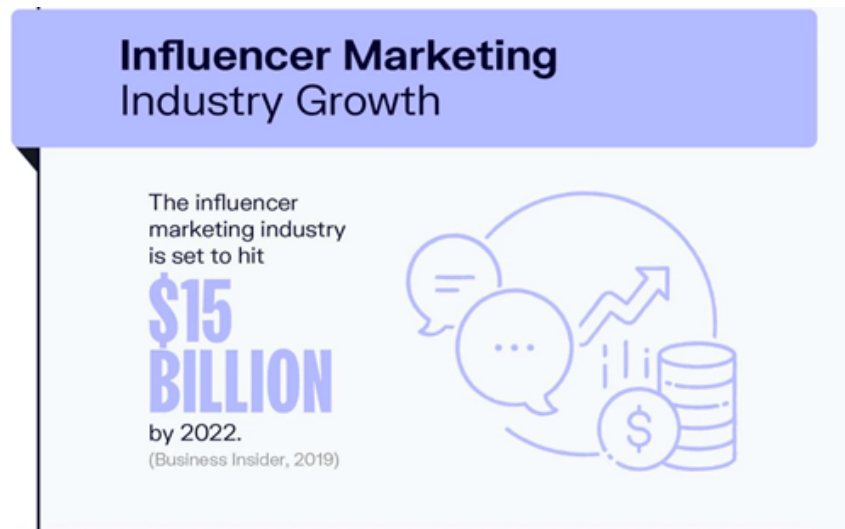
Zuccherino (2016) agrega que “un influenciador generalmente ha construido su comunidad de seguidores de manera natural u orgánica (prescindiendo de pago de pauta publicitaria). Esto genera que su comunidad sea más proclive a reaccionar positivamente (*engagement*) a sus ideas (contenido publicitario)” (p. 215).

Lo que destaca a un influenciador es que su contenido es personal, hace sus propias recomendaciones y, generalmente, tienen libertad a la hora de generar el contenido. En conformidad lo antes expresado, “los influenciadores son profundamente apasionados de sus temas y probablemente saben más acerca de su mercado que hasta la marca misma” (Zuccherino, 2016, p. 217). Las empresas y marcas deben tener en cuenta que “el éxito con nuestras audiencias e influenciadores depende de cuánto estemos dispuestos a arriesgar para ser reconocidos por ellos” (Zuccherino, 2016, p. 217).

¿Qué es un *influencer*?

Insúa (2020) menciona que:

Los *influencers* se podrían definir como aquellas personas con un alto nivel de influencia sobre el público, con un elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicación digitales. Dichas personas interactúan con sus seguidores casi diariamente a través de las redes sociales más destacadas, ya sea Youtube, Twitch, Twitter, Instagram, Tiktok, etc. Gracias a estos miles de seguidores, estos *influencers* cuentan con un tremendo potencial de marketing y *engagement*, pudiendo influir en la decisión de compra de determinados productos o servicios relacionados con el contenido que llevan a cabo. (Insúa, 2020, párr. 5)



Fuente: Insúa (2020).

Segmentación de *influencers* o tipos de *influencers* por sectores

Moreno (2017, como se citó en Gómez-Nieto, 2018), indica que:

Por eso, es necesario saber identificar aquellos *influencers* que, por sus valores, estilo, tono, se asemejen al negocio que se quiere que representen. Respecto a las cualidades debe tener un *influencer*, se destacan las siguientes: el *influencer* debe ser un modelo a seguir, buen comunicador, debe actuar de modo constante, poseer una escucha activa (responder a los seguidores). (p. 150)

En los últimos años el mundo de la publicidad y el marketing ha evolucionado a pasos agigantados, abriendo paso a una nueva estrategia publicitaria que tiene como protagonista la figura del *influencer*.

Protección jurídica del *influencer* y las repercusiones jurídicas de sus actos

El *influencer* es una persona con capacidad de influir en el comportamiento del consumidor de una manera más sutil y cercana que la publicidad a la que se acostumbran las personas consumidoras (Gómez-Nieto, 2018).

No obstante, se ha de tener en cuenta que la velocidad a la que avanza el mundo digital es mucho mayor que aquella a la que se desarrolla la legislación que

lo regula, produciéndose así un vacío legal, ya que es poca la doctrina que se puede encontrar acerca de este tema ... Al desarrollar la mayor parte de su actividad en plataformas digitales, se deben tener en cuenta las normas de la red social en la que se vaya a volcar el contenido, ya que estas tienen una serie de obligaciones legales propias que deben cumplir todas las publicaciones que se realicen en la plataforma; también entran los derechos de los usuarios de Internet y por consiguiente la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (o LSSI) que los regula, además de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Y, dado que el fin de la actividad que desarrollan es publicitario habrá que actuar bajo los preceptos tanto de la Ley General de Publicidad (LGP), como de la Ley de Competencia Desleal (LCD). (Casajuana Abogados, s.f., párr. 3,7)

En Costa Rica, este tema no está tan claramente establecido, el límite de protección sigue estando en el limbo y no queda tan claro cuáles son sus derechos y obligaciones en cuanto a la normativa nacional; dado que también atañe a estos profesionales la Ley de Protección de Datos Personales (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2011), así como temas de garantía de los derechos digitales, la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Por otra parte, un tema que tampoco ha sido ampliamente es lo que concierne al *feed*, dado que el vacío legal del que “se ha hablado previamente deja a libre elección del *influencer* el carácter del contenido que publica, y de ahí la importancia de delimitar en el contrato los servicios a prestar y las obligaciones recíprocas de las partes, así como la responsabilidad” (Casajuana Abogados, s.f., sección: Feed, párr. 1).

A modo de derecho comparado, regulación jurídica de los *influencers* en España

A pesar de que es un tema relativamente novedoso, en España, sí existen leyes que en conjunto cubrirían todas las necesidades regulativas de los *influencers* y de su actividad en el mercado. Para ello, este apartado se completa con dos fuentes confiables, a saber: el *Libro blanco marketing de influencers* del Interactive Advertising Bureau (IAB Spain, 2019); y el *Código*

de Conducta sobre el Uso de Influencers en la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y Asociación Española de Anunciantes de España (2020). Según Insúa (2020), entre la legislación de aquel país aplicable al tema de los *influencers*, se podrían citar las siguientes normas:

Normativa sobre contratación:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Normativa aplicable en publicidad:

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Normativa sobre Internet:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Normativa sobre consumidores:

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Asimismo, a partir del 1º de enero de 2021, entró en vigor el Código de Conducta sobre el Uso de Influencers en la Publicidad, que consiste en un reglamento de autocontrol que regulará el uso de estos influencers en la publicidad y que seguro afectará en gran medida a este mercado. (sección: Regulación jurídica de los influencers en España, párr. 4)

Particularmente sobre el tema de **Propiedad intelectual e influencers en España**. Insua (2020) ha señalado entre los muchos aspectos que se deben analizar en la actividad de los *influencers* está su relación con los derechos de propiedad intelectual. Siempre que el *influencer* sea el autor de todos sus contenidos, le pertenecerán a él todos los derechos morales y de explotación.

Esta regla, se traslada virtud de los orígenes y el desarrollo del Derecho Continental Europea a los países latinoamericanos, incluyendo por rigor, Costa Rica.

Por otro parte, en el contexto internacional pueden observarse las diferentes fórmulas utilizadas por plataformas o redes:



Al subir Contenido al Servicio, YouTube se granjea una licencia mundial, no exclusiva, gratuita y libre de regalías, transferible para usar dicho Contenido. Con el fin de operar, promocionar y mejorar el Servicio. Misma solución opera en los casos de Instagram y Twitch (Insúa, 2020, párr. 25)

Un vistazo a la normativa norteamericana (FTC) en cuanto a la regulación jurídica de los *influencers*

Según Díez-Estella (2018),

En los Estados Unidos de América, la *Federal Trade Commission* (en adelante, por sus siglas, FTC), o Comisión Federal del Comercio, es la agencia federal que tiene competencia tanto en el ámbito de la protección del consumidor, como en la privacidad (Protección de Datos Personales). Dicho órgano ha publicado una guía de actuación sobre la forma de actuar en el ámbito de los *influencer marketing* (IM) para no incurrir en infracciones legales.

La FTC, establece un principio de publicidad veraz, destacando que las publicaciones y mensajes por *influencers* no pueden ser ni erróneos ni engañosos. A este respecto cabe destacar lo establecido en la Guía mencionada en la Sección 5^a, donde establece que ha de considerarse ilegal cualquier acto engañoso o falso que afecte al comercio; entendiendo por engañoso cualquier acto que suponga una representación que afecte a la decisión de los consumidores con omisión de la información que debiesen obtener estos en circunstancias normales.

Directamente relaciona respecto la Red Social Instagram (señala Díez-Stella), considerando que al incluirse tantos *hashtags* dentro de una misma publicación, el consumidor queda limitado para leer toda la información, por lo que es fácil que la divulgación se esconda dentro de tanto *hashtag*, esto es, no sirve con añadir simplemente el *hashtag* #publi #publicidad #ad, etc. (Díez-Stella 2018).

***E-commerce* o comercio electrónico, los derechos del consumidor y la privacidad de los datos**

El *e-commerce* o comercio electrónico hace referencia al “uso de Internet y web para hacer negocios. Dicho de manera más formal, las transacciones comerciales con capacidad digital entre organizaciones e individuos” (Andre, s. f., párr. 1) propiciando la posibilidad de estar conectados. Internet permite que se comparta información con sólo unos “clics”. Se destaca el uso de Internet por parte de los usuarios a la hora de tomar decisiones importantes de su vida, ya sea para comprar un auto, obtener información sobre una escuela o para hacer inversiones financieras (Insúa, 2020).

Por otra parte, el comercio electrónico abarca los procesos de compra y venta que se encuentran apoyados por medios electrónicos, especialmente por medio de los medios digitales desde la Internet; y dado que, el crecimiento mundial del uso de Internet es la clave de la nueva era digital y brinda a las empresas y a los consumidores la posibilidad de estar conectados; la Internet permite que se comparta información con sólo unos “clics”; se destaca el uso de Internet por parte de los usuarios a la hora de tomar decisiones importantes de su vida, ya sea para comprar un auto, obtener información sobre una escuela o para hacer inversiones financieras (Kotler y Gary, 2007).

Si bien sobre este tema se ha hablado muy poco, desde los años 2000 ya se conocía el término de *influencers*, solamente que se les consideraba como descriptores de moda, un concepto quizás no tan socialmente adoptado ni de tendencia, pero desde hace varios años, la figura del *influencer* cobró vida y ha venido a impactar las decisiones de compra de los consumidores. Resta ahora asociar esta capacidad de influencia con el grado de afectación positiva o negativa que como grupo de presión social pueda ejercer sobre la defensa de los derechos del consumidor que efectúa una transacción mediante el comercio electrónico. (Díez, 2018).

Martínez-Caballero y Vázquez-Casco (2008) destacan el rol del prescriptor que: es una persona a la que se considera experta o famosa, de la que se siguen sus consejos o se imitan sus comportamientos. En moda existe toda una maquinaria de creación de iconos como prescriptores; en su mayoría se trata de deportistas, actores/actrices, o personajes de los medios de comunicación o del mundo de la música. Uniendo el nombre de un personaje al de una marca, sea de forma contractual u oficiosa (por amistad, sintonía, etc.), se consigue potenciar la imagen tanto de la marca como del personaje imitación.

Actualmente, estos grupos de referencia se han extendido a las redes sociales, donde las personas siguen a determinados usuarios como deportistas e *influencers* para ver qué usan, y de *celebrities*, de esta manera se genera así un deseo de imitarlos. Díaz-Soloaga (2016) tam-

bién recalca el papel de los líderes de opinión y los prescriptores. No necesariamente estas personas tienen que ser *celebrities*, por lo tanto, un líder de opinión puede ser un profesional reconocido con prestigio. La voz del líder es escuchada y su opinión es valorada y se destaca su carisma, su experiencia y la sinceridad. Dentro de los prescriptores, los *bloggers* ocupan un papel fundamental. No obstante, la importancia de lo recientemente indicado, la presente investigación no ahondará ni se centrará en el tema de los blogueros o *bloggers*.

Resulta interesante indicar en este momento de la investigación, que, según lo analizado, “con el paso del tiempo, el *e-commerce* en la moda ha ido creciendo y es muy frecuente hoy en día que, tanto marcas nacionales e internacionales, posean una tienda *online* en donde se pueden efectuar las compras. Pese al crecimiento de esta plataforma nueva para efectuar negocios, es notorio que todavía se tenga cierta resistencia debido a la inseguridad que le provoca a muchos comprar en línea. Otro factor que afecta específicamente a la industria es la preferencia de la tienda física a la establecida *online* ya que brinda la posibilidad de probarse el producto en el momento y poder ver su confección” (Cáceres et al., 2017).

Sobre la protección de datos en materia de comercio electrónico y de los derechos del consumidor, así como el derecho al no repudio o el derecho a la oposición ante la negativa de decisiones automatizadas individuales en materia de comercio electrónico y derechos del consumidor

Según Quirós-Fonseca (2021),

los medios digitales facilitan a las empresas la obtención de información personal exacta sobre sus usuarios, lo cual, a la vez, beneficia la creación de estrategias efectivas para promover el consumo ... Sin embargo, las campañas publicitarias digitales encuentran su límite en la protección de datos del consumidor, con la cual tienen una estrecha relación, esto ya que es común el almacenamiento y tratamiento de datos de los usuarios para la elaboración de planes de comunicación ... estas prácticas podrían ser contrarias al ordenamiento jurídico costarricense, e inclusive a marcos regulatorios internacionales. Dentro de este grupo de normas no es posible encontrar una ley especial

en materia de publicidad y medios de comunicación electrónicos; sin embargo, son aplicables la ley número 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales y su Reglamento, la cual hace especial énfasis en la protección del Derecho a la autodeterminación informativa, la ley número 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento, en donde se establece, de forma detallada, los derechos atinentes al consumidor en campañas promocionales; ambas normas aunadas a la legislación general, como el Código Civil, el Código de Comercio y la Constitución Política. (p. 3)

Sobre la protección de datos

El derecho a la intimidad abarca la protección de la vida privada para impedir intervenciones arbitrarias, incluso las del propio Estado. En la Unión Europea y desde el año 2002, es considerado propiamente, un derecho humano. Existe un debate sobre la concepción de la protección de los datos de carácter personal como un componente del derecho a la intimidad. Al respecto debe decirse que el fuero del derecho a la intimidad reside particularmente en ese ámbito interno de la persona. La “extimidad” propiamente dicha refiere al control de los datos. A esa externalidad originada desde principios de finales de los años sesenta cuando se dispuso el tratamiento automatizado de la información, a través de los primeros semiconductores. Allí es donde comenzamos a hablar de protección de datos.

Manifiesta García (2007) que gracias a las nuevas tecnologías el almacenamiento de los datos personales se ha convertido en una práctica habitual; por ello, el derecho a la intimidad ha redireccionado su ámbito de aplicación para facultar a los individuos a rechazar invasiones a su privacidad y a controlar el acceso a sus informaciones. Así, los estados tienen el deber de brindar las herramientas para que los civiles protejan sus datos personales.

Lo que menciona el autor, se conoce como autodeterminación informativa, es el principio constitucional desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional de la República Federal

Alemana en el año 1983, y que por propia naturaleza constituye el nacimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales. Hablar de autodeterminación informativa, es hablar de protección de datos y viceversa.

Entonces, es necesario recordar el deber de información de los anunciantes y comerciantes. Este deber, según Saavedra (2012), no solo aplica en cuanto a la oferta publicitaria, sino que, también, cubre el tratamiento que se da a los datos suministrados por los consumidores. La mencionada obligación se vincula con el principio de veracidad que es parte del derecho del consumidor y que, según Salinas (1995), busca la transparencia en las ofertas y apertura la posibilidad de que un consumidor acceda, por sus propios medios, a conocimientos respecto de su elección de compra.

Sobre las decisiones individuales automatizadas

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores indica que:

Se considera que se elaboran perfiles cuando sus aspectos personales son evaluados para elaborar predicciones sobre su persona, incluso si no se toman decisiones, por ejemplo, si una empresa u organización evalúa sus características (como la edad, el sexo, la altura) o le incluye en una categoría, significa que se está elaborando un perfil sobre usted; Únicamente se toman decisiones automatizadas cuando se toman decisiones sobre usted por medios tecnológicos sin la intervención humana; incluso pueden tomarse sin la elaboración de perfiles. (Comisión Europea, s.f.a, párr. 1)

Igualmente, en la Unión Europea, el Reglamento de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo (Comisión Europea, s.f.b) dispone que la persona tiene derecho a

no ser objeto de una decisión basada únicamente en medios automatizados, si la decisión le produce efectos jurídicos o le afecta significativamente de modo similar. Una decisión tiene efectos jurídicos cuando sus derechos jurídicos se ven afectados (como su derecho de voto). Además, el tratamiento puede afectarle significativamente si ejerce una influencia en sus circunstancias, comportamiento o preferencias.

Según Comisión Europea (s.f.a), el anteriormente citado reglamento, prevé situaciones relativas a elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas, como práctica habitual en muchos sectores: bancario y financiero, el fiscal y la sanidad.

Puede ser más eficiente, pero es menos transparente y puede limitar su elección. Aunque, como norma general, puede que alguien no sea objeto de una decisión basada exclusivamente en un tratamiento automatizado, este tipo de decisión puede estar permitida excepcionalmente si una ley concreta permite el uso de algoritmos y prevé las garantías adecuadas. Las decisiones exclusivamente automatizadas también están permitidas en los casos siguientes:

- la decisión es necesaria (es decir, no debe haber ninguna otra manera de lograr el mismo objetivo) para celebrar o ejecutar un contrato con usted,
- usted ha dado su consentimiento explícito.

En ambos casos, la decisión adoptada debe garantizar sus derechos y libertades aplicando las garantías adecuadas. La empresa u organización debe, como mínimo, informarle de su derecho a obtener intervención humana y establecer los requisitos de procedimiento obligatorios; además, la empresa u organización deberá permitirle expresar su punto de vista e informarle de que puede impugnar la decisión. Las decisiones basadas en algoritmos no pueden utilizar categorías especiales de datos, a menos que usted haya dado su consentimiento o que el proceso esté permitido por la legislación de la UE o nacional. (Comisión Europea, s.f.a, párr. 4)

Discusión

El tema principal de este artículo versa sobre la responsabilidad del consumidor y de las personas con influencia digital, en términos de cuán avanzado este o no la normativa y qué tan informados estén estos sobre sus derechos y deberes, en temas tan actuales como la protección de sus datos personales, el consentimiento informado, los contratos de adhesión, las políticas de privacidad, entre otros.

En este sentido, partiendo de la premisa de que la sociedad actual puede ser calificada como una sociedad del espectáculo, en la que la opinión se superpone al ser e incluso al tener, es posible hablar del sesgo existente en la sociedad de la información (Internet), especialmente en las redes sociales; lo que lleva a considerar temas de responsabilidad civil del consumidor y la existencia o no de responsabilidad de los *influencers* digitales por daños en los productos o servicios anunciados por ellos.

La relevancia de la investigación es notoria, crucial y actual, considerando el momento de hiper conexión en que se desenvuelve el mundo actual, en el que los digital *influencer* comienzan a dictar el estándar de consumo para los consumidores y/o usuarios.

La investigación ayuda a reconocer que no obstante lo anterior, y la presión social y hasta comercial, los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa; dadas las dos figuras que se encuentran prestadoras de servicios: el proveedor de servicio de Internet, encargado de disponer un espacio en su servidor para alojar los contenidos que son colgados por los proveedores de contenido y el proveedor de contenidos, persona física o jurídica que produce o publica información en Internet, utilizando recursos propios o valiéndose de los suministrados por cualquier proveedor de acceso al servicio. Entonces, la responsabilidad de estos prestadores de servicios puede ser de tipo civil o penal, cuando con la publicación de un contenido vulnera alguna de los derechos fundamentales siguientes (Código Penal, Ley 8968 de la Protección de Datos Personales, entre otros).

Debe recordarse también la existencia de acuerdos de confidencialidad, políticas de privacidad, derechos de autor, derechos de imagen, consentimientos informados y contratos; sobre todo cuando se considera que se puede dar la vulneración del derecho a la imagen o a la intimidad personal y familiar; entendiéndose este como el derecho a la intimidad personal y familiar entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión o de información que debe ser resuelto mediante el examen de la trascendencia e importancia con la que se vean afectados.

Asimismo, en este mismo orden de ideas, se debe reconocer que el derecho a la libertad de información tiene una protección jurídica especial cuando trata de personalidades públicas, o cuya información sea de carácter e interés público, dado que esto resulta relevante para formar la opinión de la sociedad, sea proporcional al interés público, y esté justificado por los usos sociales.

Surge la necesidad -que no llegó al alcance de esta investigación- de preguntarse qué sucede cuando la responsabilidad no pueda individualizarse, y entonces se considerará qué se podría reclamar por responsabilidad solidaria, así como también pensar en temas de suplantación de identidad en cuentas falsas o *fake* cuentas, tan comunes en nuestra cotidianidad.

Lo que sí es cierto el hecho de que, el rápido crecimiento de estos *influencers* y su intromisión en el mercado digital casi siempre ha tomado a la legislación 'fuera de juego', no existiendo una normativa específica que adapte y regule la actividad profesional que desempeñan estas personas a través de las redes sociales. Para ello, es posible aprovechar para Costa Rica lo ya expuesto e implementado por el derecho comparado tanto en España como lo estipulado en la normativa norteamericana.

Por otra parte, la particularidad que atañe a los *influencers* es que estos viven de su imagen y de las fotografías que suben a sus redes sociales. Por ello, es normal que deben llegar a acuerdos sobre la cesión de sus derechos de imagen con las marcas con las que trabajen, para que puedan tener el control de lo que se hace o no con sus fotos. Es lógico pensar que en un contrato de cesión de derechos de imagen el *influencer* autoriza a un tercero a utilizar su imagen a título gratuito o a cambio de una contraprestación económica, quedando claro que es por un tiempo determinado y que podrá ser revocable, en cualquier caso.

En suma, podría decirse que este nuevo campo de acción se encuentra aún en proceso de consolidación a nivel legal en su rama comercial, corporativa, contractual, civil y de protección de datos y de los derechos del consumidor. Lo anterior, inevitablemente, puede producir inseguridad jurídica y descontento en los usuarios, ya que la gran mayoría desconocen los posibles escenarios que podrían llegarse a dar, y no hay una ley o doctrina suficiente a la que atenerse. Simplemente no existe integración normativa. Por ello, es siempre recomendable para los *influencers* buscar el apoyo de profesionales del derecho con el fin de proteger sus intereses y poder desarrollar su carrera profesional sin percances, contratiempos o demandas.

Conclusiones

La presente investigación partió de la existencia de un presunto vacío normativo en el ordenamiento jurídico. Si bien las publicaciones de los *influencers* constituyen una práctica cada vez más recurrente en Costa Rica, actualmente no hay una normativa específica ni existen pronunciamientos por parte de una entidad oficial que definan los parámetros de conducta de los *influencers* digitales respecto de este tipo de publicaciones, o que delimiten el alcance de su responsabilidad, ya sea contractual, civil, comercial, de protección de datos, etc.

De ahí que el objetivo de la presente investigación haya consistido en presentar con la mayor precisión posible, la situación actual en cuanto a la protección jurídica de los *influencers* y el comportamiento provocado en las personas usuarias del comercio electrónico al momento de reclamar sus derechos como consumidores de bienes, productos y servicios en cuanto a protección de datos, el no repudio o el derecho a la oposición ante la negativa de decisiones automatizadas individuales.

Lo anterior puede al menos apoyar la tesis para establecer si los regímenes normativos existentes sobre publicidad, derecho de autor y marcas son aplicables a los *influencers* digitales, o si será necesario regular la temática mediante un cuerpo normativo independiente. En este orden de ideas, aun cuando en el ordenamiento jurídico costarricense actual no existe una regulación explícita sobre las actuaciones publicitarias de los *influencers*, sí hay un marco general sobre responsabilidad civil extracontractual que les resulta aplicable siempre que se cumplan todos sus presupuestos; a la vez, que dicho marco general abarca una normatividad específica sobre publicidad, derecho de autor y marcas.

Dicho lo anterior, se reconoce que, en caso de que un *influencer* incumpla dicha normatividad, será responsable frente al consumidor o frente al titular de derechos de propiedad intelectual, según sea el caso. En lo que al alcance general del derecho de autor y marcas se refiere, dado que el contenido tiene una naturaleza claramente publicitaria, los *influencers* también deberían evitar incluir materiales protegidos por el derecho de autor o cualquier elemento de una marca registrada, a menos que cuenten con la respectiva autorización para su manejo por parte de los titulares de esos derechos.

En todo caso, una alternativa para prescindir de dicha autorización es que la obra ya esté en el dominio o acceso público, caso en el cual el *influencer* deberá respetar los derechos morales del autor. Así las cosas, en caso de que un *influencer* digital incluya en su contenido un material protegido por el derecho de autor o marcas sin la debida autorización, procederán las acciones penales y civiles respectivas.

Por otra parte, en materia de derecho de consumo, por interpretación analógica sobre publicidad en el tema de *influencers*, deberá respetar todo tipo de cláusula, política de privacidad, protección de datos personales, contrato, confidencialidad o comunicación al ofertar un producto. En tal sentido, el *influencer* digital debe cumplir con los lineamientos del cuerpo normativo, que a su vez busca que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo informada y ajustada a la realidad.

En virtud de la protección al consumidor, tendrá que aclarar en el contenido publicado en Instagram o cualquier red social, de ser el caso, que tiene una relación con el proveedor del o directamente con el producto. Por su parte, es importante recordar que los regímenes de responsabilidad aplicables a los *influencers* digitales no son excluyentes entre sí. De esta manera, una misma actuación publicitaria de un *influencer* digital que sea contraria a lo establecido o que violente cualquier derecho u obligación podrá generar el inicio de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, y a la vez generar responsabilidad en materia de derecho del consumo, comercial, en cuanto a derechos del consumidor y/o hasta de propiedad intelectual.

Posiblemente, el presente artículo pueda suscitar nuevas interrogantes que ojalá también sean resueltas oportunamente; como por ejemplo si el *influencer* digital recomienda a sus seguidores sin recibir ningún beneficio del proveedor ni tener relación alguna con la marca, ¿se puede incluir este tipo de información en su contenido sin ningún tipo de exigencia, aun si con dicha información se está induciendo a una audiencia a tomar una explícita y determinada decisión de consumo y, consecuentemente, generará con ello un beneficio para el comerciante del producto?

Asimismo, surge la interrogante de si este contenido promovido por el *influencer* digital podría entenderse como publicitario por el que lo produce, o si estaría respaldado por el ejercicio de la libertad de expresión, entre otras más, en contextos tan variantes y evolutivos, propiciados, promovidos y generados a partir de las dinámicas y funcionalidades tan dinámicas e interactivas de las redes sociales y el comercio electrónico.

Referencias

Andre, R. (s. f.). *Glosario de Administración de Riesgos de Negocios (Unidad 1)*. Chegg. <https://www.chegg.com/flashcards/glosario-de-administracion-de-riesgos-de-negocios-unidad-1-f12bb032-d225-414d-b199-f4b7507598d0/deck>

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2011). *Ley 8968. Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=85989
- Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y Asociación Española de Anunciantes de España. (2020). *Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>
- Cáceres, G., Perea da Silva, T., Vásquez, M., y Torres, M. G. (2017). *El impacto de los Influencers de Instagram en la decisión de compra de indumentaria de los jóvenes*. Fundación Universidad Argentina de la Empresa.
- Casajuana Abogados. (s.f.). ¿Quién protege a los influencers? <https://www.jlcasajuanaabogados.com/asesoria-legal-startups/quien-protege-a-los-influencers/>
- Díaz-Soloaga, P. (2016). Comunicación y gestión de marcas de moda. *Arte, Individuo y Sociedad*, 28(3), 623. http://dx.doi.org/10.5209/rev_ARIS.2016.v28.n3.49145
- Díez-Estella F. (15 de mayo de 2018). *El régimen jurídico de los “influencers”*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/aspectos-legales-tener-en-cuenta-las-colaboraciones-con-fernando-d%C3%ADez/?originalSubdomain=es>
- Ehlers, K. (2017). *2017: the year of the Influencer*. Forbes. <https://www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2017/02/23/2017-the-year-of-the-influencer/?sh=5eb39c122d19>
- Gómez-Nieto, B. (2018). El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa. *Methaodos. Revista de ciencias sociales*, 6(1), 149-156. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>

- Insúa, R. (24 de diciembre de 2020). *Influencers: aproximación a su régimen jurídico*. ADefinitivas. <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/influencers-aproximacion-a-su-regimen-juridico/>
- Interactive Advertising Bureau Spain. (2019). *Libro blanco marketing de influencers*. IAB. <https://iabspain.es/estudio/libro-blanco-de-marketing-de-influencers/>
- Gobierno de España. (12 de julio de 2002). *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>
- Kotler, P. y Gary, A. (2007). *Marketing, versión para Latinoamérica* (11^a. ed.). Pearson Educación.
- Martínez-Caballero, E., y Vázquez-Casco A. (2008). *Marketing de la moda* (1^a. Ed.). ESIC.
- Miranda, N. (26 de marzo de 2019). “*Influencers*”: ¿Una amenaza para los derechos del consumidor? Blog de Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/influencers-una-amenaza-para-los-derechos-del-consumidor/>
- Comisión Europea. (s.f.a). ¿Puedo estar sujeto a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles? https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_es
- Comisión Europea. (s.f.b). ¿Qué rige el Reglamento general de protección de datos («RGPD»)? Recuperado el 20 de marzo de 2023 de https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-does-general-data-protection-regulation-gdpr-govern_es
- Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica. (3 de febrero de 2022). *La esencia de Costa Rica a un clic de la exportación*. <https://www.procomer.com/exportador/programas/e-commerce/>

Quirós-Fonseca, M. (2021). La protección de datos del consumidor en las campañas publicitarias digitales y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico costarricense. *Revista Derecho en Sociedad de la ULACIT*, 15(2), 1-26. <https://www.ulacit.ac.cr/wp-content/uploads/Revista-Derecho-en-Sociedad-15-2.pdf>

Zuccherino, S. (2016). *Social media marketing: la revolución de los negocios y la comunicación digital* (1ª. ed.). Temas Grupo Editorial.

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.
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; directora de la Revista Derecho en Sociedad.
- Lic. Vicente Calatayud Ponce de León, profesor-investigador de la Escuela de Derecho de ULACIT; editor en jefe de la Revista Derecho en Sociedad.

Revisión filológica

Licda. María Fernanda Sanabria Coto

Asociación Costarricense de Filólogos. Carné nro. 225

Colypro. Código 75402

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