TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN DIGITAL

Artículos

Dra. Erika Hernández Sandoval
M.Sc. Andrés J. Bogarín Bustamante
Dr. Víctor Edo. Orozco Solano
Dr. Eric Briones Briones
M.Sc. Luis Alonso Rojas Rishor
M.Sc. Eduardo Abarca Vargas

Documentos Digitales

Edición 18/1 Agosto 2025

Undécima Edición Digital

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

TRIBUNA LIBRE

REVISTA TRIBUNA LIBRE UNDÉCIMA EDICIÓN DIGITAL

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla
Director

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa
Dr. Alban Bonilla Sandí
M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Revista Tribuna Libre es una publicación sin fines de lucro, patrocinada por la Universidad Escuela Libre de Derecho, dedicada a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (1-130). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

AVISO LEGAL

La Universidad Escuela Libre de Derecho no se hace responsable de las opiniones que expresa el autor y en ningún caso representan la opinión de la Universidad Escuela Libre de Derecho. El autor se hace responsable de que la obra sea inédita y original. Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

PRESENTACIÓN

El volumen 18 de la Revista Tribuna Libre consta de seis artículos de investigación científica con gran variedad temática.

Inicia con el tema: La realidad jurídica frente a la Inteligencia Artificial de la Dra. Erika Hernández quien presenta cómo el uso de la IA ha sido incorporado en el mundo del Derecho y propone formas en las que asistentes legales, abogados y jueces pueden prepararse para mejorar su trabajo, sin que ésta llegue a reemplazarlos y más bien se convierta en una beneficiosa herramienta.

El derecho de garantía es básico en la materia del Derecho del Consumidor, el M.Sc. Andrés Bogarín realiza un análisis sobre su origen, tipos y utilización, además expone cambios necesarios en el tratamiento de esta figura en Costa Rica, para que se ajuste a la evolución que ha tenido el comercio y las necesidades que esta ha provocado.

El Dr. Víctor Orozco continua con el tema de su artículo en la edición anterior, pero ahora adentrándose en el estudio de la laicidad positiva haciendo una aproximación histórica y de Derecho comparado; proponiendo un nuevo tratamiento constitucional a este tema en Costa Rica.

Dentro de los cambios que provocó la pandemia COVID-19 y a los que tuvimos que adaptarnos los seres humanos, uno importante fue la virtualización de muchos procesos y situaciones. En su artículo: Las acciones inspectivas virtuales en Costa Rica, el Dr. Eric Briones revisa a profundidad la directriz interna no. DNI-DIR-01056-24, del 7 de mayo del año 2024, que expone el procedimiento y las actuaciones, que deben seguir las personas inspectoras de trabajo, a la hora de efectuar acciones inspectivas de tipo virtual.

La propuesta del M.Sc. Luis Alonso Rojas en cuanto a las tendencias de autoría y participación en el Derecho Penal económico y empresarial, plantea el tratamiento de la figura del llamado "hombre de atrás" en las organizaciones empresariales. Analizando las formas (coautoría, omisión, instigación…) en las que se ha tratado de involucrar a los altos mandos de la estructura empresarial, por delitos que se comenten bajo la misma (Rojas Rishor, A., 2025) y por qué se debe tratar cada caso particularmente.

En su investigación sobre el derecho de receso el M.Sc. Eduardo Abarca propone cambios normativos al tratamiento de éste, en la legislación costarricense principalmente para dar "la posibilidad a los socios de escoger ejercer su derecho de receso para que se les reembolsen sus cuotas, participaciones sociales y salir de la empresa" (Abarca Vargas, E. 2025).

Esperamos con este número seguir promoviendo la discusión e investigación jurídica, indispensables para que el Derecho evolucione y sirva a la sociedad, fines fundamentales de esta publicación.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

CONTENIDOS

1 **Dra. Erika Hernández Sandoval.**
La realidad jurídica frente a la inteligencia artificial.

2 **M.Sc. Andrés J. Bogarín Bustamante.**
Algunas consideraciones en torno al Derecho de Garantía en Costa Rica.

3 **Dr. Víctor Edo. Orozco Solano.**
Laicidad positiva y Constitución: Una aproximación histórica y de Derecho Comparado.

4 **Dr. Eric Briones Briones.**
Las acciones inspectivas virtuales en Costa Rica.

5 **M.Sc. Luis Alonso Rojas Rishor.**
Tendencias de autoría y participación en el Derecho Penal Económico y Empresarial.

6 **M.Sc. Eduardo Abarca Vargas.**
El Derecho de Receso.

7 **Documentos Digitales.**
Podcast.

Artículos

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (9-29). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

LA REALIDAD JURÍDICA FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Law and Artificial Intelligence: The Legal Reality.

ERIKA HERNÁNDEZ SANDOVAL

- Abogada y Notaria Pública.
- Doctora en Derecho Penal y Procesal por la Universidad de Sevilla, España.
- Máster en Derecho Tributario, Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).
- Máster en Derecho Empresarial, Universidad para la Cooperación Internacional (UCI).
- Diplomado Internacional en el nuevo Derecho Público del Siglo XXI y la Protección Multinivel de los Derechos Humanos, Universidad para la Paz y Universidad de Heidelberg, Alemania .
- Curso Superior en Derecho: Inteligencia Artificial y Derecho, Universidad de Salamanca.
- Mediadora certificada por la Cámara de Comercio de Costa Rica.

1

LA REALIDAD JURÍDICA FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE LEGAL REALITY.

Resumen.

El presente trabajo aborda en una primera parte la discusión y análisis que se ha venido dando en diferentes regiones del mundo, en cuanto a la necesidad de contar con un marco regulatorio para el uso de la Inteligencia Artificial (IA), dado el avance exponencial que ha tenido en los últimos años, con lo cual surge la necesidad de proteger derechos que han quedado vulnerables con el uso de la IA. Lo anterior, con el fin de evitar resultados lesivos que puedan ser ocasionados por los sistemas de IA. En una segunda parte se analiza el desarrollo y aplicación de la IA en el sistema de justicia, hasta donde una máquina puede decidir en un proceso, cuáles serían los riesgos éticos y sobre todo como evitar los sesgos y la llamada discriminación algorítmica. Además, se analiza la necesidad actual de la IA en los despachos de abogados, el aprendizaje de nuevas destrezas por parte de los abogados y los beneficios que trae para la profesión.

Abstract.

This article, in its first part, addresses the ongoing global discussion and analysis regarding the necessity of establishing a regulatory framework for the use of Artificial Intelligence (AI), considering the exponential advancements it has experienced in recent years. The rapid development of AI has generated a pressing need to safeguard rights that have become vulnerable through its deployment. Such protection is essential to prevent harmful outcomes that may arise from the implementation of AI systems. The second part of the article analyzes the evolution and application of AI within the justice system, specifically the extent to which a machine may make determinations in legal proceedings, as well as the attendant ethical risks. Special emphasis is placed on strategies to mitigate bias and so-called algorithmic discrimination. Additionally, the work examines the current necessity of integrating AI into law firms, the acquisition of new skills by legal practitioners, and the benefits that AI offers to the legal profession.

Palabras clave.

Derecho e Inteligencia artificial, derechos humanos, algoritmo, no discriminación.

Keywords.

Law and Artificial Intelligence, human rights, algorithm, non-discrimination.

Sumario.

Generalidades.
I. Análisis del marco regulatorio de la Inteligencia Artificial en diferentes lugares del mundo.
II. La Inteligencia Artificial en el Derecho: Análisis desde el punto de vista de la Administración de Justicia y los retos para la abogacía.
Conclusiones.
Bibliografía.

Generalidades.

La transformación digital que ha habido en los últimos años y el impacto que ha tenido en el Derecho, sobre todo con el avance acelerado de la Inteligencia Artificial (IA)

hace que como profesionales en Derecho nos enfrentemos a una nueva realidad, sin que dispongamos de toda la normativa necesaria acorde a los cambios. Las empresas invierten millones en tener equipos cada vez más innovadores, mientras que, para las Autoridades de algunos países, tal es el caso de Costa Rica, se hace más difícil por la burocracia y los costos que conlleva el tema de la tecnología.

Todos estos avances tecnológicos traen cambios beneficiosos para la sociedad; pero también traen sistemas que nos podrían hacer retroceder en logros que ha tenido la humanidad, sobre todo en temas de derechos humanos, protección de datos, etc. Por lo tanto, es aquí donde como abogados y/o profesionales en Derecho debemos buscar que exista un marco regulatorio acorde a los avances de la IA.

Cómo pueden los gobiernos anticipadamente determinar cuáles serán los siguientes avances tecnológicos que se están dando en el mundo y cómo pueden beneficiar o afectar a un país y a sus habitantes; ya sea para mejorar o para actuar de manera preventiva, para evitar violaciones a la normativa ya existente, tales como discriminaciones, el respeto a los derechos humanos, a la privacidad, transparencia, protección de datos, detección de fraudes bancarios, etc. Requerirán los diferentes Poderes (Legislativo, Judicial y Ejecutivo) un vigilante virtual que les dé una alerta para proponer reformas o que se les alerte de los peligros informáticos de manera preventiva y/o se beneficien los habitantes de un país de las herramientas novedosas en los diferentes campos: educación, economía, ambiente, competencia, etc., o que puedan tener sistemas que ayuden en las investigaciones judiciales sin violentar los derechos humanos o hacer uso de la innovación de la IA para tener una justicia pronta y cumplida. Por tanto, cómo enlazar esos perfiles tan competitivos de profesionales que trabajan creando la tecnología de IA, con softwares cada vez más sofisticados, con los profesionales en Derecho que son los que tienen el conocimiento para proponer cambios en el marco regulatorio, que se respeten los derechos humanos y no se den discriminaciones, sesgos, competencia desleal, violación a la intimidad, protección de datos, etc.

Se nos hace necesario entonces definir que es Inteligencia Artificial: *"Es la base a partir de la cual se imitan los procesos de inteligencia humana mediante la creación y la aplicación de algoritmos creados en un entorno dinámico de computación. O bien, dicho de forma sencilla, la IA consiste en intentar que los ordenadores piensen y actúen como los humanos"*[1].

Trataremos en esta monografía de analizar como convergen con el avance acelerado de la IA desde dos aspectos fundamentales:

I. Análisis del marco regulatorio de la Inteligencia Artificial en diferentes lugares del mundo.

II. La Inteligencia Artificial en el Derecho: Análisis desde el punto de vista de la Administración de Justicia y los retos para la abogacía.

I. Análisis del marco regulatorio de la Inteligencia Artificial en diferentes lugares del mundo.

El avance de la inteligencia artificial ha obligado a los países a discutir y aprobar nueva normativa, para que tanto las personas físicas como las jurídicas puedan disfrutar de todos los beneficios de la IA, con la seguridad y confianza de que hay un marco regulatorio que los protege y respalda.

El proceso de aprobación de este marco regulatorio ha sido lento, destacándose como uno de los aspectos de mayor complejidad y debate; su eventual impacto sobre el ple-

1 NetApp (2023) ¿Qué es la IA y por qué es importante? https://www.netapp.com/es/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence/#:~:text=La%20inteligencia%20artificial%20(IA)%20es,un%20entorno%20din%C3%A1mico%20de%20computaci%C3%B3n.

no respeto y la garantía de los derechos humanos. Desde 1948 se aprobó por Naciones Unidas la Declaración Universal de Derechos Humanos, y muy claramente señala el artículo 1:
"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (…)" (Lo subrayado no es del original)

y el artículo 2, inciso 1) indica que:

"*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*" (El subrayado no es del original).

En este contexto, resulta pertinente advertir que, si las personas encargadas del desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, así como aquellas responsables de suministrar los datos que los alimentan, imprimen en dichos procesos sus propias visiones del mundo, existe un riesgo latente de que los sistemas resulten sesgados. Surge entonces la necesidad de cuestionar y revisar críticamente la composición demográfica de quienes actualmente lideran estos desarrollos, dado que, en su mayoría, se trata de hombres, blancos y pertenecientes a clases socioeconómicas medias o altas. Esto plantea la posibilidad de que tales sesgos estructurales puedan traducirse en vulneraciones indirectas o silenciosas a derechos fundamentales, tales como la igualdad y no discriminación por razones de raza, clase social, religión, género, entre otros.

Así que para lograr una IA no estereotipada resulta importante garantizar que los algoritmos y los datos utilizados sean representativos, tomando en cuenta rasgos y características interseccionales, de modo de reflejar una mayor pluralidad de experiencias y contextos de las mujeres y poblaciones vulnerables. Así que es un deber garantizar que los algoritmos y los conjuntos de datos utilizados sean representativos y libres de sesgos estructurales no es una mera recomendación técnica, sino una obligación jurídica derivada del deber estatal de asegurar la igualdad sustantiva y la no discriminación por razones de género. Por lo tanto, es imprescindible incorporar enfoques interseccionales que visibilicen la pluralidad de contextos, trayectorias y realidades que atraviesan las mujeres, particularmente aquellas en condiciones de mayor vulnerabilidad, para evitar que la inteligencia artificial reproduzca estereotipos y desigualdades históricas. En consecuencia, solo mediante el cumplimiento estricto de estos estándares podrá considerarse que la inteligencia artificial respeta el bien jurídico superior de la dignidad humana de las mujeres y poblaciones vulnerables y el derecho a un trato equitativo en todos los ámbitos, incluido el digital.[2]

También, evitar eventuales afectaciones al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. Por ende, se impone la necesidad de establecer un marco regulatorio robusto y eficaz que permita prevenir, detectar y corregir estas posibles afectaciones a los derechos humanos; entonces, cómo prevenir la discriminación algorítmica. La pregunta obligatoria sería ¿Puede un Estado garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, tanto en el ámbito público como en su esfera privada, si no existe trazabilidad, transparencia ni control efectivo sobre los sistemas algorítmicos que inciden en la toma de decisiones?

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante advertir que, aun cuando se cuente con un marco regulatorio robusto, la velocidad con la que la inteligencia artificial evoluciona ha demostrado que, en muchos casos, los reglamentos y normas que se emiten se tornan rápidamente obsoletas. Esta falta de sincronía entre el avance tecnológico y la actualización normativa genera vacíos que pueden traducirse en riesgos reales para la protección efectiva de los derechos humanos, al

2 Piombo, D. I. M. (2024). Inteligencia artificial y género. Revista de la Escuela Judicial, (5). Argentina.

no existir mecanismos regulatorios suficientemente ágiles para responder a las nuevas dinámicas y sus eventuales afectaciones.

En el año 2017 un grupo de expertos de diversas disciplinas se conglomeraron en California, Estados Unidos con el propósito de analizar el tema ha profundidad y al finalizar emitieron un documento, que se denominó como "*Principios ASILOMAR sobre Inteligencia Artificial*", que sirvió de base para la industria y para los países que empezaron a discutir un marco regulatorio. Esos principios se basaron principalmente en el respeto a la dignidad humana, no discriminación, transparencia, privacidad, seguridad, supervisión, etc.[3]

Ahora bien, una de las regiones que avanzó en esta discusión del marco regulatorio es la Unión Europea, aunque China ha aprobado algunas medidas generales que señalaré más adelante; así en Europa, en el año 2018 se formó un grupo asesor para la Comisión Europea, que se denominó "*Grupo Europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías*". En un primer plano, ese mismo año, el 9 de marzo la Comisión emitió un primer documento denominado "*Declaración sobre inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos*" teniendo como fundamento los principios éticos y democráticos que deben regir sobre la IA y que se han considerado la base de una sociedad, partiendo de los valores previamente reconocidos en los Tratados de la Unión Europea y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[4]. Esta Comisión también se hizo acompañar de un grupo de expertos en IA de muy alto nivel, para que pudieran dialogar entre el gobierno de la Unión Europea y las empresas que trabajan con los sistemas de IA y así surgió otro documento denominado: "*Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable*", partiendo que la IA debe ser ética, lícita y fiable desde un punto de vista técnico y social[5] y que fue publicado el 8 de abril del 2019.

La Comisión Europea propuso al Parlamento Europeo, el 14 de junio del 2023, el primer marco regulatorio de la Unión Europea, llamado "*Ley de Inteligencia Artificial*"[6], la cual establece que los sistemas de IA que vayan a aplicarse se clasifiquen de acuerdo con el riesgo que pueda darse para los ciudadanos; por lo que la normativa sería más compleja de acuerdo con el riesgo en que se haya clasificado. En ese sentido, se propusieron, en su momento tres iniciativas jurídicas que ayudarían a crear una IA más segura y confiable[7]:

a. Un marco jurídico que abarque el tema de los derechos fundamentales, tales como la protección de los datos personales, la privacidad y la no discriminación.

b. Un marco jurídico de la responsabilidad civil para adecuar la normativa a la IA.

c. Las reformas necesarias en materia de seguridad, robótica, etc.

Se señaló en dicho marco regulatorio que se establecieran niveles de riesgo para determinar una mayor o menor regulación. De los riesgos que discutió la Comisión Europea como inaceptables son los sistemas de reconocimiento facial en los espacios públicos que se pretendan dar en tiempo real, o los instrumentos policiales predictivos, o aquellas aplicaciones de puntuación social, que establecen una especie de calificación de

3 Binario, H. (2023, 26 de junio). IA: La declaración de derechos de la Inteligencia Artificial, sus limitantes y alcances.https://www.heraldobinario.com.mx/tendencias/2023/6/26/ia-la-declaracion-de-derechos-de-la-inteligencia-artificial-sus-limitantes-alcances-36204.html

4 Comisión Europea. (2018, 9 de marzo). Declaración sobre Inteligencia Artificial, Robótica y sistemas autónomos. https://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/pdf/EGE_inteligencia-artificial.pdf

5 Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial. (2019). Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable. Comisión Europea. https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1

6 Parlamento Europeo. (2023, junio). Ley de Inteligencia Artificial. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html

7 Comisión Europea, (2023, julio). Un enfoque europeo de la Inteligencia Artificial. https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/european-approach-artificial-intelligence

la salud de acuerdo con el comportamiento y que actualmente se usa en países como China. Por consiguiente, estos parámetros se consideraron como inaceptables por la Comisión y se propuso que debían estar presentes en la normativa de los países en general, pero más específicamente a través de un Tratado Internacional, para que los países de los diferentes continentes se sumen a esta tipo de normativa con esta prohibición, porque es donde más riesgo puede existir en violaciones de derechos humanos. Finalmente, en el mes de junio del 2024 se aprobó la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, cuyo objetivo señalado en el artículo 1° párrafo primero señala que:

"(…) es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA (en lo sucesivo, «sistemas de IA») en la Unión así como prestar apoyo a la innovación".

Ahora bien, esa novedosa Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea indica, en su artículo 2, a quién se aplica y en qué, dejando claro el tema de los proveedores al indicar:

"a) los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA o que introduzcan en el mercado modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si dichos proveedores están establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país;

b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión;

c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión;

d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA;

e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca;

f) los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión;

g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión".

También, es claro cuando no se aplica esa ley, entre otros: Que no se aplicará a ninguna actividad de investigación, prueba o desarrollo relativa a sistemas de IA o modelos de IA antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, tampoco se aplicará cuando se utilicen en la Unión exclusivamente con fines militares, de defensa o de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad que lleve a cabo estas actividades, etc.

En el año 2019 se aprobaron los *"Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial"*, en los cuales se estableció que la IA debía servir a la humanidad y al planeta, especialmente promoviendo un crecimiento inclusivo, un desarrollo sostenible y un bienestar general; de tal forma que los sistemas de IA respeten el Estado de derecho, los valores democráticos, los derechos humanos y la diversidad. Además, se debe garantizar la intervención de un ser humano en caso de ser necesario, para tener una sociedad más justa y equitativa. Asimismo, se debe garantizar la transparencia para poder cuestionar los resultados y, por consiguiente, la posibilidad de evaluar los posibles riesgos, con el fin de que se pueda analizar el diseño del algoritmo y medir posibles riesgos por parte de expertos que puedan auditar el algoritmo para evitar

sesgos, errores y cualquier vulnerabilidad, sobre todo el impacto desde el punto de vista ético o legal. Por lo anterior, los desarrolladores de los sistemas de IA deben garantizar un funcionamiento acorde con los principios éticos aprobados[8].

En el año 2021, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que en su momento era Michelle Bachelet, emitió un informe, con fundamento principalmente en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre los peligros para la privacidad originados por el uso de la IA (A/HRC/48/31) que es uno de los riesgos coincidentes en las diferentes discusiones sobre el tema. Entre los principales riesgos señalados en dicho informe están los siguientes:

a. Violación al derecho a la privacidad
b. Riesgo de discriminación por sesgos en los algoritmos
c. Violación al principio de transparencia

Partiendo de esos riesgos, la Alta comisionada hizo algunas recomendaciones, como prohibir las aplicaciones que no respeten los derechos humanos, establecer una moratoria en la venta de sistemas de IA que puedan resultar un riesgo para los derechos humanos hasta tanto no exista normativa que respalde y autorice su uso y que no se utilice por parte de los Estados el uso del reconocimiento biométrico en lugares públicos, hasta que no se compruebe que se respetan los principios de intimidad o privacidad, que se protegen los datos de las personas y que no hay imprecisiones en el reconocimiento facial ni discriminaciones[9].

Lo que nos lleva a determinar que las preocupaciones son compartidas, que el tema de reconocimiento facial es uno de los que más preocupa, porque errores en el sistema podría generar que se cometan injusticias inaceptables, cuando una máquina inteligente señale a una persona como responsable de un delito o existan sesgos que señalen a determinadas razas responsables de infracciones a las leyes en un proceso judicial.

Ahora bien, partiendo de esa premisa, cómo están controlando actualmente los Estados el desarrollo de la IA y su uso, ya que en el mercado mundial hay desde aplicaciones gratuitas, páginas web o dispositivos inteligentes a la venta, muchos con reconocimiento facial y de voz, sin saberse realmente el uso que se le da, y si hay una correcta protección de esos datos; por otro lado, muchos de los dispositivos inteligentes dan respuestas y soluciones, sin que quien las recibe pueda determinar sin son reales, si son discriminatorias, ya que se alimentan de diferentes fuentes e incluso de los usuarios. Otra gran interrogante es si hay una violación al principio de privacidad o intimidad, ya que el micrófono de muchos de estos aparatos considerados también "inteligentes" están permanentemente encendidos, en modo de escucha. Esto nos lleva a reflexionar sobre los sistemas de IA más avanzados que utilizan tecnología de aprendizaje automático, y como trabaja su capacidad de autoalimentación y programación sin que interfiera un ser humano. Este nivel de desarrollo es muy probable que sea mucho más avanzado de lo que imaginamos; por ende, es crucial aprobar un marco regulatorio apropiado, con la cautela de no ir en contra de la innovación tecnológica que también trae muchos beneficios para la humanidad, pero que en alguna medida otorgue protección legal.

Por tanto, no debería existir opacidad algorítmica para así evitar vulnerar derechos humanos que mencioné, como el derecho a la información, la protección de datos personales, el principio de no discriminación, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. A nivel nacional, este desafío interpela direc-

8 OCDE. (2019, 22 de mayo). Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial. París.

9 De Souza, M. R. (2021). Inteligencia Artificial: Desarrollos importantes en el marco legal internacional. Revista digital Derechos Digitales: Derechos Humanos y Tecnología. https://www.derechosdigitales.org/17396/inteligencia-artificial-2021-desarrollos-importantes-en-el-marco-legal-internacional/

tamente el deber del Estado costarricense de asegurar la legalidad, proporcionalidad y rendición de cuentas en toda intervención de IA que pueda afectar derechos consagrados en la Constitución Política, la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Ley N.º 8968), y los tratados internacionales ratificados por el país. La ausencia de leyes, de mecanismos de control y auditoría sobre estos sistemas expone a los habitantes de la República no solo a decisiones arbitrarias, sino también a formas de vigilancia invasiva y discriminación estructural, incompatibles con un Estado democrático de derecho.

Por tal motivo, lo que señalaba al principio, surge una necesidad real que los profesionales que diseñan y configuran los sistemas de IA trabajen junto a profesionales en Derecho, para que dichos sistemas tengan datos confiables que cumplan con un marco regulatorio, establecido en convenios internacionales, tratados, leyes, reglamentos que han sido el resultado de años de luchas. Por otro lado, se crea la necesidad que estos profesionales Derecho comuniquen oportunamente a las Autoridades responsables de los Estados cuál es el marco regulatorio que debe mejorarse una vez que se implemente.

De ahí la necesidad de la creación de un Observatorio Nacional e Internacional de Inteligencia Artificial con enfoque en derechos humanos, que funcione como un órgano independiente, interdisciplinario y participativo, encargado de monitorear de forma continua el desarrollo, implementación y uso de estas tecnologías. Este observatorio debería estar facultado para emitir alertas tempranas sobre posibles vulneraciones, formular recomendaciones vinculantes para los Estados y los desarrolladores de programas de IA, para promover estándares éticos, y garantizar la transparencia y rendición de cuentas, ya que solo mediante este tipo de mecanismos de vigilancia permanente se podría asegurar que la inteligencia artificial avance de manera compatible con los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación, conforme al mandato internacional de protección integral de los derechos fundamentales.

Siguiendo esta línea de reflexión sobre la urgente necesidad de establecer marcos regulatorios adecuados y efectivos, es importante señalar que esta preocupación también ha sido compartida por la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO) y en noviembre del año 2021 aprobó en la 41 reunión de su Conferencia General una serie de recomendaciones relacionadas con la ética de la IA; con el fin de fortalecer las capacidades y las políticas de los diferentes Estados para aprovechar las ventajas de los sistemas de IA y plantear los riesgos que se pudieran generar para frenar desigualdades y discriminación con fundamento en las normas y recomendaciones internacionales[10].

Otro aspecto importante que se ha discutido en algunos países, es la necesidad de crear una Agencia de Inteligencia Artificial, que otorgue licencias para el desarrollo de este tipo de sistemas de IA y de la cual considero que su creación sería relevante, ya que por medio de auditorías se podría determinar si lo que se va a poner en el mercado respeta los derechos humanos, la ética, cumple estándares de seguridad, cumple el principio de transparencia, se respeta la privacidad de datos, contiene información confiable, no manipula, etc.

En el caso del Congreso de los Estados Unidos de América se ha discutido principalmente lo siguiente:

a. La necesidad de crear una Agencia de Inteligencia Artificial.

b. Aprobar leyes que permitan un uso controlado de la IA, sin necesidad de frenar el desarrollo tecnológico, y que este marco regulatorio pueda mitigar los riesgos ante una

10 UNESCO. (2021, 23 de noviembre). Recomendaciones sobre la ética de la Inteligencia Artificial. 41ª reunión de la Conferencia General.

IA cada vez más poderosa.

c. Establecer requisitos para otorgar una licencia, sin que estos sean excesivos.

d. El respeto a la transparencia, garantizando que las personas que interactúan con la IA no seas engañadas[11].

Ahora bien, en China, como señalé anteriormente, entraron en vigor el 12 de agosto del año 2023 las *"Medidas provisionales para la gestión de los servicios de inteligencia artificial generativa"* y las mismas se han establecido sobre la base de otra normativa ya existente, tales como la *"Ley de ciberseguridad de la República Popular China"*, la *"Ley de seguridad de datos de la República Popular China"*, la *"Ley de protección de la información personal de la República Popular China"*, la *"Ley de progreso de la ciencia y la tecnología de la República Popular China"* y otras leyes y reglamentos administrativos. Establece el artículo primero de las Medidas en cuanto a su fin:

"(…) promover el desarrollo saludable y la aplicación estandarizada de la inteligencia artificial generativa, preservar la seguridad nacional y el interés público social, y proteger los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, las personas jurídicas y otras organizaciones"[12].

Muy interesante ver que como en esa normativa se establece que la IA debe respetar la moral, la ética social y que, además, debe haber una gobernanza legal donde se incluya una regulación inclusiva y que el Estado se adhiere el principio de dar importancia al desarrollo innovador y al tema de la seguridad; y que como pilares fundamentales del diseño de los algoritmos de la IA, deben ser conformes a los valores socialistas, el respeto de la propiedad intelectual, la ética empresarial, prevenir todo tipo de discriminación, no poner en peligro salud física y mental, ni la imagen de las personas, la reputación, el honor, la privacidad y la información personal; y además, un tema muy relevante en estas medidas y que se ha discutido mucho a nivel de profesionales en Derecho y sobre todo en el tema de justicia es que dejaron establecido que se deben:

"(…) emplear medidas eficaces para aumentar la ***transparencia*** *de los servicios generativos de IA y aumentar la* ***precisión y fiabilidad de los contenidos*** *generados"*[13] (El subrayado no es del original)

En el caso de Costa Rica, se presentó en la corriente legislativa en mayo del 2023 un proyecto denominado *"Ley de Creación de la Regulación de Inteligencia Artificial en Costa Rica"* (N°23771) que señala, también, la creación de la Autoridad Reguladora de Inteligencia Artificial y que en el artículo 12 de dicho proyecto se establece:

"(…) entidad encargada de supervisar el cumplimiento de esta ley y establecer directrices técnicas y éticas en el desarrollo y uso de la inteligencia artificial. (…)"

Lo que se pretende en el proyecto de ley con la creación de esa autoridad, es que los desarrolladores de la IA realicen un registro del producto indicando el propósito de este, cuáles son las funcionalidades, los algoritmos empleados y las medidas de seguridad implementadas.

Del mismo modo que en otros países, el proyecto de ley N°23771 plantea el respeto a principios éticos, tales como el respeto a la equidad, ya que la IA debería impulsar la

11 Polo, J. D. (2023, 17 de mayo). La regulación de la Inteligencia Artificial: Congreso optimista y cauteloso en Estados Unidos. https://wwwhatsnew.com/2023/05/17/la-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-congreso-optimista-y-cauteloso-en-estados-unidos/

12 Cyberspace Administration of China. (2023, 12 de agosto). Medidas provisionales para la gestión de los servicios de inteligencia artificial generativa. Artículo 1. China. http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm

13 Cyberspace Administration of China. (2023, 12 de agosto). Medidas provisionales para la gestión de los servicios de inteligencia artificial generativa. Artículo 4. China. http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm

igualdad de trato y oportunidades para las personas, impidiendo la discriminación y sesgos injustos. Un principio fundamental que debe quedar regulado, y así se contempla en el proyecto es el de transparencia que, para los efectos del uso de la IA, como lo indicaré en un apartado más adelante, en los procesos judiciales es indispensable que se conozca cómo funciona, cuáles son los criterios utilizados para su desarrollo y cómo se tomaron las decisiones para el funcionamiento y los datos incorporados. Y esto es relevante para que en un proceso las partes conozcan como se llegó a una resolución final, para poder tener todos los elementos para un recurso, un incidente o una nulidad. Y al igual, que en otras latitudes el tema del respeto a los derechos humanos se contempla en el proyecto.

Este proyecto de ley N°23771 costarricense ha sido criticado, ya que la propuesta fue elaborada en su totalidad por el sistema de IA ChatGPT-4; sin embargo, tanto se ha discutido desde hace varios años en diferentes latitudes de como regularlo, que el sistema de IA lo que hizo fue tomar lo más relevante y presentarlo de una manera resumida en un proyecto de ley. Se convierte en una iniciativa importante, ya que no había nada de IA en la corriente legislativa, deberán ahora los legisladores analizar lo que con seriedad expertos de otras regiones como la Unión Europea trabajaron y que culminó con la aprobación de la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea

Otro proyecto de ley en la corriente legislativa costarricense es el expediente N°23919 denominado "Ley para la Promoción Responsable de la Inteligencia Artificial en Costa Rica" que tiene dictamen afirmativo de mayoría desde marzo del 2025 y se encuentra en el Plenario sin ser aún votado. Teniendo como objeto lo mismo que se regula en otros países y así lo señala el artículo primero:

"El objeto de esta ley es la promoción del uso, investigación, diseño, desarrollo, despliegue, utilización, implementación y aplicación de la inteligencia artificial (en adelante IA), en Costa Rica, de conformidad con los principios de la ética, responsabilidad, dignidad humana, igualdad, equidad y la transparencia, a efectos de tutelar los derechos de las personas ante el nuevo cambio tecnológico y contribuir al mejoramiento de las condiciones, sociales, laborales, económicas, ambientales, productivas y humanas del país"

Por tanto, en general la preocupación en la mayoría de las regiones es el respeto a los derechos humanos, la privacidad y la equidad; por lo que contar un marco regulatorio es con el objeto de que la IA sea usada de manera responsable y ética en beneficio de la sociedad, previniendo arbitrariedades e injusticias. La transparencia se convierte en indispensable, por lo que las empresas deben ser capaces de revelar cómo funcionan sus sistemas, sobre todo para que se dé un debido proceso en el sistema de justicia y no se dé una indefensión para las partes; sin que sea necesario que se les obligue a presentar información protegida de propiedad intelectual.

Otro aspecto relevante es la cooperación internacional para abordar desafíos globales como la ciberseguridad, la protección de datos y como se indicó el respeto a los derechos humanos, temas de los cuáles sin sistemas de IA ya son regulados en tratados internacionales, pero que con la IA debe darse un abordaje más específico en el marco regulatorio nacional.

II. Análisis de la Inteligencia Artificial en el Derecho: desde el punto de vista de la Administración de Justicia y los retos para la abogacía.

A. La IA desde el punto de vista de la Administración de Justicia.

Un principio fundamental, que en las diferentes latitudes del mundo se dificulta cumplir es el principio de justicia pronta y cumplida, cómo hacer cumplir este derecho por parte de los Tribunales de Justicia, para que la justi-

cia llegue de manera oportuna y no de manera tardía cuando todas las circunstancias han variado. El alto volumen de casos provoca que el sistema de justicia este colapsado y que a lo largo de los años se busquen herramientas para hacerlo más ágil y así poder cumplir ese principio. Hoy en día con el avance de la tecnología que ha crecido vertiginosamente, el uso de la IA se convierte en una herramienta muy importante para el sistema de justicia; sin embargo, una de las mayores preocupaciones es la aplicación de la IA en este sistema que es donde más regulaciones y protecciones debería existir; porque un algoritmo "*mal alimentado*", con relación a los datos que se le han introducido, puede generar injusticias irreparables por sesgos, discriminaciones, no transparencia, etc.; ya que dentro de este escenario, no solo se ponen juego la libertad, el patrimonio o el honor de una persona, sino también cuestiones tan delicadas como los derechos familiares y laborales.

La llegada de esta transformación digital a este ámbito de justicia enfatiza la importancia de reforzar el Estado de Derecho, amparado en el principio de seguridad jurídica. En este contexto, es indispensable que las personas tengan la confianza de que ya sea un sistema inteligente o un Juez humano los que toman las decisiones, estos tienen acceso a todos los recursos necesarios para fundamentar sus resoluciones con base a un marco regulatorio vigente. Y aquí es donde se hace relevante en conocer, por el principio de transparencia, quién, cómo funciona y con qué datos se ha alimentado al algoritmo, porque al final la IA hará uso de sus algoritmos para tomar decisiones, pero no será solo el diseño o configuración del algoritmo, sino los datos que se le incorporan, donde no puede haber sesgos, datos discriminatorios, o información que ha sido superada en sentencias o normativa vigente. Por ejemplo, pensar que, en un proceso de divorcio, la mujer debe siempre recibir una pensión alimentaria y quedarse con los hijos y en algunos países hasta con la casa; o que en un caso de violencia intrafamiliar el hombre siempre es el agresor o que una persona de raza negra siempre es la que ha cometido un delito frente a una de raza blanca. Por lo tanto, es en este punto donde debemos examinar el origen de la información que el sistema de IA va a utilizar para procesar o "*razonar*" para llegar a una decisión en un caso particular[14].

En el campo del Derecho, con esta transformación digital, una de las principales técnicas usadas es la de aprendizaje automático o machine learning, como habíamos indicado anteriormente, y como señala GONZÁLEZ BRIONES "*(…) se basa en el análisis de datos de forma que no haya una incidencia de factores que puedan influir en la toma de decisiones críticas, a diferencia de los primeros sistemas de IA empleados como los sistemas de razonamiento basados en casos (CBR) los cuales emplean conocimiento de experiencias pasadas para la toma de una decisión*"[15]. Por tal motivo, la importancia del acompañamiento de los profesionales en Derecho para determinar y decidir la información objetiva, imparcial, actual con la que se debe alimentar al algoritmo, porque lo que se pretende es que la IA resuelva como lo haría un juez humano; es decir, que con el uso de técnicas avanzadas para lograr un procesamiento matemático de datos, con tecnologías como el deep learning o las redes neuronales artificiales que se basan en la estructura biológica del cerebro de un ser

14 Véase Martin Diz, F. (s. f.). Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales Procesales. Doin Global, Universidad de Salamanca, p. 31. En ese sentido, tratándose sobre todo del principio de presunción de inocencia que: "(…) puede verse desvirtuado de raíz cuando el sistema de inteligencia artificial aplicado a la prueba es discriminatorio y sesgado en relación con determinados perfiles de personas por su origen, condición, raza, género, lugar de residencia e, incluso, en razón de ostentar posibles antecedentes penales. Incluso, puede generarse un efecto pernicioso sobre la presunción de inocencia en virtud del manejo de datos o hechos desarraigados del proceso y totalmente ajenos al mismo que puedan perjudicar al investigado o encausado, como puedan ser los de tipo socioeconómico, laborales o educativos. Dilucidar sobre la culpabilidad o inocencia de una persona no es una mera cuestión de perfilación automática sobre patrones preestablecidos por un sistema de inteligencia artificial, siempre y en todo proceso penal hay una diferencia concurrente: los hechos y las circunstancias de posible comisión del hecho delictivo."

15 González Briones, A. (s. f.). Nociones básicas de Inteligencia Artificial para juristas. Fundación Universidad de Salamanca, Doing Global, p. 4.

humano y que busca que tenga las mismas capacidades en el proceso mental que haría un juez cuando toma la decisión de como fallar un caso[16], porque la "máquina o el sistema" estaría aprendiendo constantemente y por cuenta propia para predecir el mismo resultado que hubiera tomado el juez humano.

Ahora bien, con se señaló, si lo que se pretende es que la IA realice un análisis de un caso e interprete los datos para emitir una resolución "razonada", objetiva e imparcial, se convierte aún más relevante el cuidado que se debe existir en la configuración del algoritmo y los datos. Además, la importancia de que las partes de un proceso puedan conocer como está configurado el sistema y de dónde se han extraído los datos, para así evitar el uso de jurisprudencia superada con sesgos o evitar el uso de información que pueda generar algún tipo de discriminación o violación de derechos humanos. Por lo tanto, resulta fundamental que haya una actualización constante de la información, para que las decisiones o aportes que haga la IA sean con el fundamento legal de la realidad del momento.

Ahora bien, si hablamos de una IA donde el programador y el profesional en Derecho trabajan juntos se puede generar un sistema de IA con información más fiable para realmente tener "jueces virtuales inteligentes", y esto podría generar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia que utiliza IA, porque el principio de seguridad jurídica y legalidad se verían fortalecidos, pues no se darían casos con votos salvados que muchas veces lo que genera es confusión en las personas. Otro aspecto importante, que debe tomarse en cuenta a la hora de programar e integrar información es que no se incluya en el algoritmo la ideología de los jueces, para que no se genere desconfianza. En este contexto, nos planteamos la pregunta si la IA puede llegar a tomar decisiones por sí sola, sobre todo para acelerar procesos menores o repetitivos (como ya ocurre en otras latitudes) y en procesos complejos pueda apoyar a los jueces. Lo cierto, es que debería haber un algoritmo diseñado para simular la estructura de pensamiento de los operadores de justicia.

Señala MARTÍNEZ BAHENA que cuando hablamos de IA aplicada al Derecho, pero especialmente al sistema de justicia, se debe utilizar lo que se ha denominado sistema experto, donde, además, de poder tomar decisiones, el sistema de IA pueda ser competente para simular particularidades de la conducta humana y además tiene una ventaja que es su disponibilidad, porque mientras el juez duerme, come, toma vacaciones, etc., el sistema estará disponible las veinticuatro horas, todos los días del año[17]. La implementación de manera progresiva de herramientas con IA se configura como una vía legítima y eficaz para enfrentar estructuralmente el fenómeno de la mora judicial. En efecto, el uso de la IA permite automatizar tareas de carácter operativo o repetitivo que actualmente sobrecargan a los despachos judiciales y generan mora judicial. En ese sentido, por ejemplo, resulta inadmisible que, en el contexto actual del Poder Judicial costarricense, donde se ha implementado un sistema de gestión judicial completamente digital, persistan demoras equivalentes o incluso superiores a las que se presentaban bajo el sistema de expediente físico tradicional, particularmente en actuaciones tan elementales como el traslado de un expediente a otro despacho ya sea por razón de alzada o por declaración de incompetencia. Estas dilaciones, que dependen exclusivamente de que un auxiliar o tramitador ingrese al sistema para actualizar el estado del expediente, constituyen ineficiencias difíciles de justificar en estos tiempos, en un entorno donde bastaría una acción mínima —como un click— para ejecutar dicho trámite. Más aún,

16 Miró Llinares, F. (2020). Inteligencia Artificial y Justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. Revista de Derecho Penal y Criminología, (20), 87–130. https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446

17 Martínez Bahena, G. C. (2013, 5 de febrero). La Inteligencia Artificial y su aplicación al campo del Derecho. Revista Alegatos, (82), 828-830. México. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf

tales operaciones podrían ser automatizadas mediante inteligencia artificial, permitiendo su ejecución inmediata en el momento en que se dicta la resolución judicial correspondiente, evitando así afectaciones al derecho fundamental de acceso a una justicia pronta y cumplida. Además, la IA puede ofrecer un soporte técnico especializado que potencia la capacidad analítica del juez, sin sustituir su función en los casos en que se requiere valoración jurídica compleja, pero que con la implementación de sistemas de inteligencia artificial con capacidad resolutiva que tenga una programación sustentada en una actualización rigurosa, sistemática y permanente del marco normativo aplicable, así como de la jurisprudencia relevante y vinculante. Solo así es posible configurar algoritmos que actúen conforme a criterios jurídicos vigentes y consistentes, minimizando el margen de error en sus determinaciones. Bajo estas condiciones, el resultado emitido por la IA podría adquirir tal grado de solidez argumentativa y conformidad con el ordenamiento, que el Ad quem se vería en posición de confirmar, sin reparos, lo resuelto por el Juez A quo, al constatar que el razonamiento aplicado por el sistema se encuentra debidamente alineado con la normativa y doctrina jurisprudencial vigente. Debe destacarse que, en un Estado de Derecho, el rol de los abogados litigantes continúa siendo esencial como garantes del debido proceso y del control de legalidad en el uso de tecnologías aplicadas a la función jurisdiccional. La experiencia comparada ha evidenciado casos lamentables en otras jurisdicciones, en los que jueces, sus auxiliares o letrados han incorporado razonamientos provenientes de sistemas de inteligencia artificial sin verificar la validez normativa ni la autenticidad de la jurisprudencia utilizada, llegando incluso a sustentarse resoluciones en precedentes inventados generados por error algorítmico[18].

Por tal motivo, frente a tales situaciones, se vuelve imperativo que los sistemas de IA destinados al apoyo o sustitución parcial en tareas jurisdiccionales cuenten con motores de búsqueda jurídicamente confiables, algoritmos transparentes y bases de datos permanentemente actualizadas con el ordenamiento vigente y la jurisprudencia consolidada. Solo mediante estos estándares de calidad puede garantizarse que las decisiones automatizadas respondan a criterios jurídicos válidos, con "razonamientos" coherentes, de forma tal que el superior jerárquico, al conocer de los recursos respectivos, se limite a confirmar, una vez verificado, que lo resuelto cuenta con la confianza que el "razonamiento" aplicado por la IA respeta los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables al caso concreto.

Por consiguiente, en virtud del principio de eficiencia en la administración de justicia, siempre que se garantice una estricta observancia de los principios constitucionales indicados que rigen el debido proceso, la legalidad, la rendición de cuentas, el control jurisdiccional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales, es jurídicamente admisible considerar la incorporación de sistemas algorítmicos para la resolución automatizada si con esto se favorece, de manera ágil y expedita, la tramitación y resolución de asuntos de menor complejidad jurídica. Tomando en consideración lo indicado, que dicha implementación deberá estar sujeta a rigurosos mecanismos de auditoría, trazabilidad y supervisión institucional que permitan verificar el correcto funcionamiento del algoritmo, su apego al marco normativo vigente y su capacidad para generar decisiones compatibles con el ordenamiento jurídico. Solo bajo estos estándares es posible armonizar

18 Brasil: un juez usó inteligencia artificial e incorporó jurisprudencia inexistente – Comercio y Justicia. (s. f.). "El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de Brasil abriría una investigación contra un juez federal brasileño que utilizó la inteligencia artificial para redactar una sentencia, pero por error incluyó una supuesta sentencia del Superior Tribunal de Justicia Regional como jurisprudencia en la argumentación, la que resultó ser inexistente. El caso se suma a otros donde ChatGPT "inventa" contenido, como ocurrió con un abogado de Nueva York que adjuntó una serie de supuestos precedentes que resultaron inexistentes y que derivó inclusive en una sanción para los letrados. En el caso de referencia, el abogado del caso advirtió la circunstancia al Departamento Regional de Asuntos Internos de la Justicia Federal de la 1° Región, donde se consideró que se trató de un mero error por la sobrecarga de trabajo y se archivó el expediente (...)".

la innovación tecnológica con las garantías propias de un Estado democrático de Derecho, dejando a los jueces asuntos de mucha complejidad, donde se requiere supervisión humana rigurosa[19].

Por lo tanto, únicamente mediante la implementación de mecanismos tecnológicos confiables de IA, sujetos a control y respeto por las garantías fundamentales, será posible incidir efectivamente en la reducción de la mora judicial. Ha señalado, MARTIN DIZ "Y este es el reto que la Justicia ha de acometer: conjugar modernidad y garantías, eficacia y derechos con equilibrio y desde una legalidad oportuna y adecuada."[20] Pasando esa barrera y aplicando la IA se podría hacer realidad el mandato contenido en los artículos 41 y 49 de la Constitución Política, conforme al cual toda persona tiene derecho a una resolución jurisdiccional sin dilaciones indebidas. Así lo ha sostenido reiteradamente la Sala Constitucional, al afirmar que una justicia tardía equivale, a una denegación de justicia. No obstante, es importante señalar que dicha Sala, pese a ser garante de este principio, no escapa a la realidad del sistema y ha incurrido también en incumplimientos en cuanto a la resolución oportuna de los asuntos sometidos a su conocimiento; por consiguiente, es urgente recurrir a la IA como medio legítimo para cumplir con su deber constitucional de administrar justicia de manera oportuna, transparente y equitativa, fundamentada en el principio de eficiencia en la función pública, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica, así como en el derecho de acceso efectivo a la justicia contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige al Estado adoptar medidas razonables, técnicas y administrativas para garantizar esa justicia pronta y cumplida.

Así las cosas, la calidad de los datos se vuelve relevante, porque la IA buscará casos similares y tendrá un abanico de situaciones ya resueltas para buscar la verdad real y tomar una decisión, que en principio debería ser similar a la que tomaría el juez humano, imparcial, sin sesgos ni discriminaciones, con un marco regulatorio vigente, con un "*razonamiento*" jurídico, que acompañado de todos esos datos jurídicos, objetivos y legales pueda llegar a una conclusión, después del análisis de la prueba de acuerdo con la sana crítica; ya que en teoría estaría diseñada para imitar el proceso de razonamiento que define al cerebro de los humanos y en este caso al razonamiento jurídico de los operadores de la justicia.

Es fundamental que esté fortalecido el principio de transparencia, porque las partes de un proceso judicial deben saber cómo la IA llegó a determinada conclusión, qué datos se utilizaron y cómo estaba programado el algoritmo, para que les permita realizar una buena defensa para la elaboración de un recurso. Por lo tanto, negar esta información le estaría dando ventaja a una de las partes. Por consiguiente, los argumentos de las empresas que trabajan en la creación de sistemas de inteligencia artificial, que se escudan en que, por secretos de empresa, propiedad intelectual, etc. no pueden mostrar nada del diseño o del proceso seguido para llegar a un resultado que evidentemente deja en desventaja a una parte. Y en el sector justicia debería ser inaceptable no conocerlo, por lo que en el marco regulatorio debería estar contemplado este supuesto, respetando la propiedad intelectual, pero revelando lo necesario, para litigar en igualdad y para que el sistema de IA genere la seguridad y la confianza en los habitantes de un país, como se señaló anteriormente; pero también esa confianza sería para los jueces que podrían conocer cuál fue la ruta utilizada para llegar a determinada decisión, porque a la larga es la misma que ellos hubieran tomado, pero con la ventaja de que se hizo en un tiempo mucho menor, lo que ayudaría, como se señaló a descongestionar los despachos judiciales.

19 Martin Diz, F. (s. f.). Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales Procesales. Doin Global, Universidad de Salamanca, p. 23.
20 U.O.C., pág. 7.

En algunos países, donde se ha vuelto inmanejable la cantidad de casos, el uso de la IA se ha vuelto indispensable. Vamos a citar algunos países que en su sistema de justicia utilizan IA:

1. China:
El caso de China que creó jueces robots fue uno de los países pioneros en el uso de IA en los Tribunales de Justicia. Se estableció el Juez-robot en el año 2017 en la ciudad de Hengezhou para casos menores. Posteriormente, los tribunales de Pekín y Guangzhou implementaron la IA para dirimir asuntos de propiedad intelectual, comercio electrónico y operaciones en red y en el Tribunal de Beijín se utilizó en diferentes procesos ordinarios, como el procesamiento y apertura de casos, que lo que ha hecho es que con una imagen y voz femenina ayuda a los jueces a resolver temas que se repiten con frecuencia y que los mismos se puedan automatizar[21]. Además, esta jueza de IA fue diseñada para analizar casos anteriores y revisar la jurisprudencia en tiempo real[22].

2. Estonia:
Estonia uno de los sistemas judiciales donde por medio de la IA se resuelven disputas con un valor menor a 7.000 euros, para reducir la acumulación de casos en los tribunales. Las partes de un proceso suben la documentación a una plataforma digital, el algoritmo estudia el caso y emite una sentencia que puede ser apelable ante un juez humano[23].

3. Australia:
El sistema de justicia de Australia introdujo una herramienta llamada "Split-up", la cual es una combinación de un sistema experto fundamentado en reglas y redes neuronales. Este sistema se diseñó específicamente para asuntos familiares, en particular para resolver cuestiones relacionadas con la participación de bienes y la determinación de la custodia de los menores de edad. Finalmente, para tomar la decisión, el sistema analiza múltiples factores y dicta la sentencia[24].

4. Argentina:
Un sistema de IA considerado en América Latina como muy exitoso es el de Argentina, con el sistema denominado Prometea y que básicamente automatiza tareas reiteradas, elabora dictámenes jurídicos de casos donde hay precedentes judiciales reiterados. Con este sistema la Fiscalía redujo tiempos en diversas labores como la resolución de un pliego de contrataciones de 90 minutos a un minuto, para procesos de requerimiento a juicio de 167 días a 38 días, para amparos habitacionales con citación a terceros de 190 días a 42 días, etc., lo que evidentemente ayuda a descongestionar los despachos judiciales donde se utiliza[25].

5. Brasil:
En Brasil desde el año 2018 se implementó el sistema de IA, llamado Víctor, para que el Supremo Tribunal Federal (STF) agilizara la resolución de una gran cantidad de recursos. Sólo en el 2019 se recibieron 72 mil recursos, para 11 jueces; por lo tanto, la finalidad es que la IA reconozca los patrones de funcionamiento en procesos relativos a decisiones sobre casos de Repercusión General; es decir, que el recurso tenga un impacto social amplio, para que tenga prioridad de estu-

21 Palacios Gómez, M. (2020). China a la vanguardia en materia de Inteligencia Artificial. https://forojuridico.mx/china-a-la-vanguardia-en-materia-de-inteligencia-artificial/
22 Confilegal. (2019, 13 de octubre). China y Estonia desarrollan "jueces virtuales" basados en Inteligencia Artificial para resolver demandas de cantidad. https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/
23 Confilegal. (2019, 13 de octubre). China y Estonia desarrollan "jueces virtuales" basados en Inteligencia Artificial para resolver demandas de cantidad. https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/
24 Martínez Bahena, G. C. (2013, 5 de febrero). La Inteligencia Artificial y su aplicación al campo del Derecho. Revista Alegatos, (82), 839-840. México. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf
25 Estevez, E., Linares Lejarraga, S., & Fillottrani, P. (2020). Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/PROMETEA-Transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial.pdf

dio. Lo anterior, por cuanto un proceso se resolvía en promedio en 4 años y 11 meses. Se ha considerado que ha habido una hipernormativización artificial, porque Víctor produce parámetros rígidos en la valoración que realiza; sin embargo, estos parámetros indirectamente son dados por el propio Supremo, quien es el que calibra a Víctor[26]. Evidentemente, ante esas cifras de recursos una herramienta como Víctor, va a ayudar a tener una justicia más pronta y cumplida y los avances de la IA son herramientas que cada vez darán mejores resultados. En este caso siguen siendo los jueces humanos los que resuelven, solo que Víctor es el que les dice a que hay que darle prioridad.

6. Colombia

En el caso de Colombia en la Corte Constitucional se inició con un sistema de IA denominado Pretoria, diseñado para analizar dos mil dieciséis decisiones en menos de dos minutos, lo cual evidentemente un ser humano no podría hacer, subir al blockchain o registro treinta y dos providencias y tener redactado catorce documentos en dieciséis minutos. Y en temas como acciones de tutela lo más solicitado lo responde de manera masiva[27].

7. Costa Rica

El Poder Judicial costarricense, hace más de una década inició con un sistema denominado Sistema de Gestión en Línea, el cual es un sistema de "cero papel", abarcando una gran cantidad de despachos judiciales. En el año 2020 se empiezan a dar los primeros pasos con IA en los Juzgados de Cobro Judicial, la IA clasifica y distribuye documentos para agilizar procesos, expandiéndose a otros juzgados de cobros en 2023. En junio de 2025, la IA empieza a da sus primeros pasos en la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, para acelerar y refinar decisiones judiciales, siguiendo experiencias y buenas prácticas internacionales[28].

B.La IA: Los retos para la abogacía

Ahora bien, en el mundo de la abogacía, la IA se ha convertido en una herramienta muy útil también para los abogados, para realizar investigaciones de doctrina, jurisprudencia y la normativa vigente y, además, la elaboración y revisión de contratos, lo que genera una efecto positivo, ya que reduce la carga laboral en tareas esenciales y que generalmente eran lentas, logrando la automatización de una gran cantidad de documentos; por lo que se convierte en una herramienta necesaria para los Bufetes.

Por otro lado, puede ayudar con la predicción del resultado de casos de acuerdo con el Tribunal o el Juez, ya que es una herramienta eficiente en la investigación y el análisis de casos.

Desde el año 2015 existe en Estados Unidos el famoso primer abogado robot inteligente llamado Ross, que fue creado por una empresa emergente en la Universidad de Toronto. Los creadores emplearon la tecnología del superordenador Watson, desarrollado por la empresa IBM. En el año 2016 la firma legal estadounidense Baker & Hostetler contrató a Ross para colaborar con el Departamento de Gestión de Quiebras, junto a 50 abogados y la contratación de Ross fue con el fin de que formulara hipótesis y las fundamentara con los artículos respectivos de las leyes y la jurisprudencia[29].

De acuerdo con la configuración y al diseño de sus algoritmos, que fue hace más de una década, Ross puede buscar 10 000 pági-

26 Calderón Valencia, F., & Pérez Montoya, J. J. (2021, mayo). Sistemas de IA en la experiencia del Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Constitucional colombiana: Análisis prospectivo. The Law, State and Telecommunications Review, 13(1), 143-16

27 Calderón Valencia, F., & Pérez Montoya, J. J. (2021, mayo). Sistemas de IA en la experiencia del Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Constitucional colombiana: Análisis prospectivo. The Law, State and Telecommunications Review, 13(1), 143-169.

28 El Observador CR. (s. f.). Poder Judicial implementa inteligencia artificial para disminuir circulante en materia cobratoria. Igualmente, inteligencia artificial llega a Sala I para analizar casos.

29 Pasión por el Derecho. (2018, 5 de septiembre). Ross, el primer abogado robot que litiga usando inteligencia artificial. https://lpderecho.pe/ross-primer-abogado-robot-litiga-usando-inteligencia-artificial/

nas por segundo y puede dar una respuesta acertada a un caso específico más rápido que un abogado humano, en tiempo real, analizando la jurisprudencia y la normativa vigente[30]. Si esto fue hace más de una década qué está haciendo Ross hoy día.

En el 2016 un sistema de IA compitió contra veinte abogados en revisar contratos de confidencialidad, los abogados tardaron 92 minutos y tuvieron un promedio del 85% de precisión al identificar los problemas legales, mientras que la IA solo se demoró 26 segundos y su precisión fue de un 94%[31].

Por lo anterior, la preocupación de los abogados es si la IA va a sustituirlos, considero que el tema plantea todo un reto. Si bien es cierto, los abogados juniors o asistentes legales deben desde ahora aprender nuevos conocimientos y destrezas en el área de la tecnología para hacerse más competitivos y necesarios para los Despachos; por lo que el aprendizaje en el uso de sistemas de IA en toda el área legal y de los negocios los hará más responsables.

Ahora bien, una cuestión de creciente relevancia en el ámbito jurídico contemporáneo es determinar en qué medida la IA podría asumir funciones propias de un abogado con mucha trayectoria y experiencia profesional. Esta posibilidad debe analizarse en función del nivel de desarrollo tecnológico alcanzado por los sistemas de IA, particularmente en lo relativo al diseño algorítmico, la calidad de los conjuntos de datos disponibles (*Big Data*) y los mecanismos de aprendizaje automático (*machine learning*) utilizados para optimizar su desempeño en contextos jurídicos; ya que a medida que estas tecnologías sean entrenadas con información normativa, jurisprudencial y doctrinal actualizada y adquieran capacidad para identificar patrones, formular razonamientos jurídicos y estructurar estrategias procesales, podrían replicar, en ciertos escenarios delimitados, procesos de análisis y decisión equiparables a los de un Abogado. En consecuencia, desde las Facultades de Derecho debe sumarse el aprendizaje y uso de la IA para ejercer hoy día la abogacía y adaptarse a esta transformación mediante una capacitación constante que permita integrar eficazmente las nuevas herramientas tecnológicas que van surgiendo todos los días, potenciando así la labor profesional sin comprometer los principios éticos y la calidad del servicio legal prestado.

Entonces, con el uso de la IA, con diferentes plataformas existentes hoy día que pueden realizar el análisis en un universo de información, en un tiempo corto y de los cuáles la misma IA podrá señalar la estrategia a seguir de acuerdo con el caso, seguir patrones ocultos que hacen perceptible información selecta y valiosa para un litigio, una negociación, etc.; por lo tanto, los abogados también deberían tener otras destrezas para mantenerse vigentes.

Lo cierto, es que la inteligencia artificial está transformando el ejercicio de la abogacía y los abogados debemos ser más inteligentes que la IA para seguir vigentes con otros recursos que nos hagan más competitivos, porque ahora nos enfrentamos a esa esencia de la IA que reside en el aprendizaje automático (*machine learning*), donde estos sistemas tienen la capacidad de aprender y mejorar por sí mismos, sin necesidad constante de intervención humana, con una capacidad para detectar y reconocer patrones de información en los datos y que pueden llevar a cabo tanto el aprendizaje supervisado como no supervisado y que va a depender de los algoritmos diseñados al efecto[32].

Conclusiones.

Ha quedado demostrada la necesidad de contar con un marco regulatorio para el uso

30 Lawful. (2023). El primer abogado robot: Ross. https://lawful.tech/primer-abogado-robot-ross/

31 Ortiz, F. (2018, 27 de febrero). Un sistema de inteligencia artificial derrota a varios abogados analizando contratos. https://www.muycomputerpro.com/2018/02/27/inteligencia-artificial-abogados

32 Corvalán, J. G. (2020, abril). Inteligencia Artificial GPT-3, PretorIA y oráculos algorítmicos en el Derecho. International Journal of Digital Law, 1(1), 11. Belo Horizonte.

de la Inteligencia Artificial, tanto a nivel nacional como de manera global, ya que son claras las vulnerabilidades, sobre todo la protección de los derechos humanos.

De acuerdo con lo expuesto en el desarrollo de esta monografía también se puede concluir que, efectivamente es necesario que exista una autoridad reguladora, que autorice tanto el funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial después de cumplido una serie de requisitos, como la potestad de poder hacer auditorías para confirmar que se cumple la normativa vigente.

También ha quedado claro que el uso de los sistemas de la IA en la Administración de Justicia se hace necesario para una justicia pronta y cumplida. Debiendo quedar establecido en qué tipo de procesos o que trámites puede hacer la IA para hacer un mejor aprovechamiento de los recursos y desahogar el flujo de expedientes pudiendo dedicar los jueces más tiempo a los casos que realmente ameritan la intervención de un juez humano.

Asimismo, se estima conveniente el análisis de los riesgos éticos, particularmente para evitar la llamada discriminación algorítmica, por lo que se debe trabajar en la construcción neutral del algoritmo. Por otro lado, se hace necesario que los profesionales que desarrollan este tipo de tecnología trabaje n en conjunto con profesionales en Derecho.

Que se dé un aseguramiento de los datos (*big data*) y la privacidad y se legisle con relación a la autonomía de los sistemas de IA y su control. Sobre todo, cuando sin ser programados realizan tareas específicas por esa autonomía, sin instrucciones concretas de un ser humano (*machine learning*).

Que las empresas desarrolladoras de inteligencia artificial deben estar en capacidad de proporcionar información detallada, para garantizar la trazabilidad y disponibilidad de los parámetros técnicos sobre la configuración, estructura y funcionamiento del algoritmo o herramienta de IA empleada en el contexto de un proceso judicial, por el principio de transparencia y derecho de defensa que debe existir, para que las partes puedan tener las herramientas para sus alegatos ante eventuales recursos por inconformidades de lo que resuelva un sistema de IA.

También es deber de los desarrolladores y de las autoridades regulatorias implementar mecanismos de control, monitoreo y auditoría sobre los sistemas de IA, con el objeto de detectar, prevenir y corregir cualquier sesgo algorítmico, conforme a los estándares establecidos en instrumentos como lo señaló la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO[33].

Solo bajo presupuestos técnicos, éticos y jurídicos podrá hablarse de una inteligencia artificial justa, inclusiva y conforme a los principios del debido proceso, la transparencia y la igualdad ante la ley. Para lograr una IA no estereotipada resulta importante garantizar que los algoritmos y los datos utilizados sean representativos, tomando en cuenta rasgos y características interseccionales, de modo que reflejen una mayor pluralidad de experiencias y contextos donde deben tomarse en cuenta también a las mujeres.

Finalmente, se concluye la necesidad de las nuevas destrezas que deben existir para ejercer la abogacía, el conocimiento y la capacidad de poder hacer uso de herramientas tecnológicas, como los sistemas de IA.

Bibliografía

Binario, H. (2023, 26 de junio). IA: La declaración de derechos de la Inteligencia Artificial, sus limitantes y alcances. https://www.heraldobinario.com.mx/tendencias/2023/6/26/ia-la-declaracion-de-derechos-de-la-inteligencia-artificial-sus-limitantes-alcances-36204.html
Calderón Valencia, F., & Pérez Montoya, J. J.

33 UNESCO. (2022). Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial.

(2021, mayo). Sistemas de IA en la experiencia del Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Constitucional colombiana: Análisis prospectivo. The Law, State and Telecommunications Review, 13(1), 143-169.

Corvalán, J. G. (2020, abril). Inteligencia Artificial GPT-3, PretorIA y oráculos algorítmicos en el Derecho. International Journal of Digital Law, 1(1), 11-52.

De Souza, M. R. (2021). Inteligencia Artificial: Desarrollos importantes en el marco legal internacional. Revista digital Derechos Digitales: Derechos Humanos y Tecnología. https://www.derechosdigitales.org/17396/inteligencia-artificial-2021-desarrollos-importantes-en-el-marco-legal-internacional/

González Briones, A. (s. f.). Nociones básicas de Inteligencia Artificial para juristas. Fundación Universidad de Salamanca, Doing Global.

Martin Diz, F. (s. f.). Inteligencia Artificial y Derechos Fundamentales Procesales. Doin Global, Universidad de Salamanca.

Martínez Bahena, G. C. (2013, 5 de febrero). La Inteligencia Artificial y su aplicación al campo del Derecho. Revista Alegatos, (82), 828-830. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf

Miró Llinares, F. (2020). Inteligencia Artificial y Justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. Revista de Derecho Penal y Criminología, (20), 87-130. https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26446

Ortiz, F. (2018, 27 de febrero). Un sistema de inteligencia artificial derrota a varios abogados analizando contratos. https://www.muycomputerpro.com/2018/02/27/inteligencia-artificial-abogados

Palacios Gómez, M. (2020). China a la vanguardia en materia de Inteligencia Artificial. https://forojuridico.mx/china-a-la-vanguardia-en-materia-de-inteligencia-artificial/

Piombo, D. I. M. (2024). Inteligencia artificial y género. Revista de la Escuela Judicial, (5). Argentina.

Polo, J. D. (2023, 17 de mayo). La regulación de la Inteligencia Artificial: Congreso optimista y cauteloso en Estados Unidos. https://wwwhatsnew.com/2023/05/17/la-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-congreso-optimista-y-cauteloso-en-estados-unidos/

Bibliografía complementaria

Comisión Europea. (2018, 9 de marzo). Declaración sobre Inteligencia Artificial, Robótica y sistemas autónomos. https://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/pdf/EGE_inteligencia-artificial.pdf

Comisión Europea. (2023, julio). Un enfoque europeo de la Inteligencia Artificial. https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/european-approach-artificial-intelligence

Confilegal. (2019, 13 de octubre). China y Estonia desarrollan "jueces virtuales" basados en Inteligencia Artificial para resolver demandas de cantidad. https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/

Cyberspace Administration of China. (2023, 12 de agosto). Medidas provisionales para la gestión de los servicios de inteligencia artificial generativa. Artículo 1. China. http://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm

Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial. (2019). Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable. Comisión Europea. https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1

Lawful. (2023). El primer abogado robot: Ross. https://lawful.tech/primer-abogado-robot-ross/

NetApp. (2023). ¿Qué es la IA y por qué es importante? https://www.netapp.com/es/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence/#:~:text=La%20inteligencia%20artificial%20(IA)%20es,un%20entorno%20din%C3%A1mico%20de%20computaci%C3%B3n.

Parlamento Europeo. (2023, junio). Ley de Inteligencia Artificial. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html

Pasión por el Derecho. (2018, 5 de septiembre). Ross, el primer abogado robot que litiga usando inteligencia artificial. https://lpderecho.pe/ross-primer-abogado-robot-litiga-usando-inteligencia-artificial/

Poder Judicial, República de Costa Rica. (2023, junio). Juzgados Especializados de Cobro de San José se preparan para trabajar con Inteligencia Artificial. https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/944-juzgados-especializados-de-cobro-de-san-jose-se-preparan-para-trabajar-con-inteligencia-artificial

Otros recursos

Cyberspace Administration of China. (2023, agosto). Medidas provisionales para la gestión de los servicios de inteligencia artificial generativa. China.

OCDE. (2019, 22 de mayo). Principios de la OCDE sobre inteligencia artificial. París.

Proyecto de Ley N.° 23.771. (2023, mayo). Ley de creación de la regulación de inteligencia artificial en Costa Rica. Costa Rica.

UNESCO. (2021, 23 de noviembre). Recomendaciones sobre la ética de la inteligencia artificial. 41.ª reunión de la Conferencia General.

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (30-50). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE GARANTÍA EN COSTA RICA.

SOME REFLECTIONS ON WARRANTY LAW IN COSTA RICA.

ANDRÉS J. BOGARÍN BUSTAMANTE

- Licenciado en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Máster en Administración y Derecho Empresarial por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Candidato al Magíster en Derecho de Consumo y Comercio Electrónico por la Universidad Autónoma de Chile.
- Doctorando en Derecho Comercial-Procesal Civil por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Abogado Especialista en Derecho del Consumidor y Derecho de Seguros en la Dirección de Asuntos Jurídicos del Banco Nacional de Costa Rica.

2

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE GARANTÍA EN COSTA RICA.

SOME REFLECTIONS ON WARRANTY LAW IN COSTA RICA.

Resumen.

El artículo analiza la regulación del derecho de garantía en la normativa costarricense y su aplicación en la vía jurisdiccional y administrativa.

Abstract.

This article analyzes the regulation of legal guarantees in Costa Rican law and its application in judicial and administrative proceedings.

Sumario.

I. Introducción II. Antecedentes III. Conceptos generales de garantía aplicables al derecho del consumidor costarricense III.1. La garantía legal III.2. La garantía comercial III.3. La garantía convencional III.4. La garantía implícita III.5. La garantía por vicios ocultos III.6. Garantía de funcionamiento IV. Elementos que componen la garantía de funcionamiento V. Normativa aplicable a la garantía legal VI. Legitimación para reclamar la garantía legal y bienes sujetos a su aplicación VII. Mecanismos mínimos que establece la garantía legal en Costa Rica VIII. Conclusiones IX. Bibliografía

Abreviaturas.

LPCDEC: Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley Nº 7472.
RLPCDEC: Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto Ejecutivo No. 37899-MEIC.
C. Com: Código de Comercio
C.C: Código Civil
CNC: Comisión Nacional del Consumidor.

Palabras clave.

Caveat emptor, relación de consumo, noción de consumidor, Derecho del consumidor, garantía legal, garantía convencional, política de empresa,

Key words.

Caveat emptor, consumer contract, notion of consumer, consumer law, consumer warranty rights, company policy

I. Introducción.

A medida que el desarrollo económico incrementa, el mercado se torna más dinámico. La dinamicidad del mercado genera mayores y complejas transacciones entre consumidores y comerciantes o proveedores que participan de este. La consecuencia de lo anterior se traduce en el incremento en la oferta de bienes y servicios; con ello emerge la complejidad de los reclamos de los consumidores en el marco de las relaciones de consumo.

El incremento en la oferta de bienes va de la mano con la producción en masa de bienes. La producción en masa, aunque eficiente,

conlleva a defectos de fabricación que son trasladados a los consumidores. Así también la racionalización de los recursos por parte del empresario muchas veces conduce a la utilización de insumos de baja calidad en la fabricación de productos que puede afectar el buen funcionamiento del bien adquirido. Por ello es importante que los consumidores cuenten con instrumentos jurídicos que aseguren el cumplimiento de la obligación en situaciones en que los bienes adquiridos presentan defectos que afectan su uso y disfrute.

Nuestro objetivo es desarrollar los alcances normativos que surgen de la regulación de lo que conocemos como el Derecho de Garantía en el ámbito del Derecho del Consumidor, específicamente en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor, su reglamento, así como los fallos administrativos y judiciales que le dan forma a este derecho.

Para lograr lo anterior, estimamos prudente realizar un análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial que nos ayude a establecer en primera instancia qué se entiende por garantía legal en el contexto de la protección al consumidor.

El presente trabajo abarcará los antecedentes históricos que a nuestro juicio son detonadores en la concientización de la necesidad de regulación a favor del consumidor en el tema de garantía. Brindaremos una clasificación de conceptos de garantía según la doctrina los cuales estimamos son aplicables a la realidad normativa de nuestro Derecho del consumidor. Definidos dichos conceptos analizaremos los elementos que componen la garantía de más incidencia en nuestra realidad práctica: la garantía de funcionalidad. No dejaremos de lado mencionar los sujetos que ostenta la legitimación para realizar el reclamo de ejercicio de la triple acción y cuáles bienes son objeto de tal ejercicio. Aclarado lo anterior, haremos un análisis de lo que se conoce en la doctrina especializada como la triple acción en el ejercicio del derecho de garantía de los consumidores. Como último punto a tratar brindaremos nuestras conclusiones sobre la investigación realizada.

II. Antecedentes.

Con el surgimiento de la Revolución Industrial, aparecieron grandes y poderosas empresas que, con su capacidad de producir bienes en serie en forma masiva, transforman la forma de crear bienes y servicios en los mercados que, hasta ese momento eran prácticamente artesanales. Necesariamente el nuevo fenómeno de la masificación obliga a estas nuevas industrias a buscar la mayor cantidad posible de compradores para sus productos.

Con el paso de la fabricación artesanal a la industrial, se estimula el incremento de la producción. Este incremento impulsa a la nueva industria a buscar un mercado amplio que adquiera dichos productos producidos en masa y que estos sean ofrecidos a un precio razonable. Para poder llegar a un precio razonable y competitivo se limitan y racionalizan al máximo los costos de producción. La disminución de precios genera las condiciones de mercado que permiten que los bienes puedan ser adquiridos por un sector más amplio de la sociedad y, por ende, su venta se masifica a un vasto grupo indeterminado de potenciales compradores.

La necesidad de limitar y racionalizar al máximo los costos de producción supuso que se adquirieran insumos de precios bajos lo cual afectó en gran medida la calidad del producto final, asimismo, la mecanización de la producción repercutió en la calidad del ensamblaje de los productos terminados, los cuales en ocasiones presentaban fallos que repercutían en el correcto uso de los bienes fabricados por parte de los consumidores.

Hasta ese momento en Inglaterra, la adquisición de los bienes y servicios en masa se rigió

por el principio del Caveat Emptor[1]. Dicho principio del Derecho romano; y adoptado por el liberalismo inglés; se venía aplicando desde la época pre-Revolución Industrial y establecía la obligación del comprador de asegurar que el bien y servicio que adquiere no contiene ningún defecto oculto. La profesora Francisca Barrientos (Barrientos, 2019, p. 89) señala sobre este principio lo siguiente:

"El contrato libremente discutido se rige por la aplicación del caveat emptor, a veces matizado por las legislaciones, que significa que cada parte asume su propio riesgo, como ocurre por ejemplo en materia de vicios redhibitorios del contrato de compraventa en que, si el comprador ignoró el vicio con negligencia grave de su parte, pierde el derecho a ejercer las acciones edilicias[2] (…)" (el resaltado es del original)

En el caso de la adquisición de bienes esto significaba que el comprador es responsable de inspeccionar y evaluar un producto antes de comprarlo, asumiendo el riesgo de cualquier defecto o problema posterior. La aplicación del Caveat Emptor postulaba como algo lógico e inclusive natural que el empresario trataría de obtener ventajas del consumidor si este no utilizaba el sentido común para evitarlo entonces no debía quejarse (López, 2010). En resumen, luego de haberse perfeccionado el contrato de compraventa no cabía reclamo alguno con respecto al bien vendido.

La aplicación del principio libertario del Caveat Emptor en el contrato de compraventa entre comerciantes y consumidores; es un ejemplo de una práctica que se ejecutó por mucho tiempo en el Derecho anglosajón. Su aplicación irónicamente demuestra la vulnerabilidad del consumidor en el mercado cuando no posee la información clara, suficiente, veraz y oportuna del bien que desea adquirir.

Dicho principio evidenciaba que el consumidor que se arriesgaba a adquirir un bien que eventualmente presentará fallos que impidieran su uso, no podría realizar un reclamo en ese sentido en el tanto no haya podido advertir los defectos del bien utilizando su "sentido común".

Pareciera que el principio del Caveat Emptor se ejecutó con base en la idea de que el consumidor posee un conocimiento comparado al del vendedor sobre el bien que desea adquirir.

La realidad es que el consumidor promedio, carece del conocimiento de dicha información y, por ende, solo puede realizar su decisión de adquirir el bien, basado en la información que brinde el comerciante mediante oferta u otros medios, información que, en muchos casos su acceso es limitado.

Los movimientos proteccionistas logran la concientización de los actores políticos sobre la necesidad de proteger al consumidor, por ser un sujeto con un riesgo de vulnerabilidad basado en la asimetría de la información frente al comerciante.

El desarrollo e impulso de políticas públicas. orientadas a la protección de la parte jurídicamente más vulnerable de la relación de consumo, propició la creación de un marco normativo específico en favor del consumidor. La finalidad de esta legislación es restablecer el equilibrio en dichas relaciones, mediante el reconocimiento y garantía de derechos que permitan mitigar la desigualdad estructural derivada de las fallas del mercado y de la asimetría informativa existente entre el proveedor o comerciante y el consumidor.

El reconocimiento de la garantía legal como una obligación de los comerciantes o proveedores es una de las conquistas de estos

1 Significa en latín ¡que el comprador tenga cuidado!

2 Las acciones edilicias son recursos legales que tiene el comprador de un bien para reclamar al vendedor por defectos o vicios ocultos que hagan que la cosa no sirva para el uso al que se destina, o que disminuya ese uso de manera significativa. Estas acciones permiten al comprador optar entre la rescisión del contrato (acción redhibitoria) o la rebaja del precio (acción estimatoria o quanti minoris)

movimientos a favor del consumidor y su aplicación en su favor es un remedio que se contrapone a la aplicación del principio del Caveat Emptor y desincentiva su empleo en las compraventas de consumo.

Asimismo, no queda duda que el establecimiento de la garantía como un derecho de los consumidores permite equilibrar las prestaciones en la relación de consumo, ya que se establece la obligación del comerciante de respaldar al consumidor en caso de un fallo en el funcionamiento del bien adquirido.

III. Conceptos generales de garantía aplicables al derecho del consumidor costarricense.

¿Qué entendemos como garantía? En respuesta de la anterior pregunta, es importante indicar que la palabra garantía es de origen germánico y significa prestar asistencia. Dicha palabra proviene del vocablo alemán Weerer que entraña la idea de suministrar caución y dar asistencia. A su vez dicho vocablo alemán deriva de la raíz de la lengua sánscrita var, que significa proteger o cubrir (CIJUL, 2010 p. 3).

Por otro lado, la definición general de garantía dentro del ámbito jurídico la considera como un mecanismo legal para asegurar el cumplimiento de una obligación (Goldstein, 2007, p. 294).

Es relevante apuntar que cuando hablamos de garantía en el Derecho del Consumidor no hacemos referencia a las garantías de caución o seguridad del crédito (Barrientos, 2019, p. 157); nos referimos al deber que tiene el comerciante o proveedor frente a los consumidores de asegurar durante un periodo determinado, que el bien o servicio adquirido cumpla con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad ofrecidas por este, en cuanto a las posibles fallas o deficiencias en su funcionamiento.

La doctrina especializada sostiene que una de las obligaciones post contractuales más importantes que tiene el comerciante dentro de una relación de consumo de compraventa es la de garantizar todo bien que ofrezca en el mercado en el área del consumo privado. Dicha disposición se encuentra regulada como una obligación del comerciante en el inciso g) del artículo 34 de la LPCDEC.

Si la garantía es una obligación del comerciante; ¿por qué se habla de la garantía como un derecho del consumidor? Tómese en consideración que una característica de los derechos de los consumidores es que son derechos-deberes (Espinoza, A, 2012, p. 2); por lo que hablar de derecho de garantía es sinónimo de hablar de tal obligación.

La profesora Ericka Isler Soto, ha señalado que el derecho de garantía corresponde a mecanismos de restitución del equilibrio contractual, que los estatutos reguladores de la relación de consumo establecen, para aquellos casos en que un consumidor ha sido defraudado en cuanto a la conformidad de la prestación (Isler Soto, 2023, p. 3). Extraemos de la anterior acotación que el equilibrio contractual se reestablecerá mediante la aplicación de regulaciones que fijan los mecanismos mínimos a aplicar cuando el bien por razones de calidad o defectos de fábrica inhiba su uso para el titular. Tómese en consideración que siempre que se mencione aplicar mecanismos mínimos que provienen de los estatutos reguladores de la relación de consumo se está haciendo referencia a lo que se conoce en doctrina como garantía legal.

Dado lo anterior, coincidimos plenamente con la doctrina chilena que estudia la garantía desde la perspectiva de la responsabilidad por incumplimiento del proveedor, puesto que las fallas o deficiencias en el funcionamiento del bien o servicio adquirido inciden en la conformidad en la entrega de la cosa o en el contrato de compraventa y dicha inconformidad se relaciona de una forma impropia con el incumplimiento del

contrato[3].

1. La garantía legal

Entendemos por garantía legal como las regulaciones que se establecen mediante leyes de protección al consumidor que comprenden mecanismos mínimos de protección cuando el bien o servicio adquirido presente algún problema al titular en cuanto su funcionabilidad por razones de calidad o idoneidad. La base normativa que da sustento a la garantía legal en Costa Rica la podemos encontrar en el último párrafo del artículo 46 de nuestra carta magna, artículos 32 inciso b), 34 inciso g), artículo 43 de la LPCDEC y artículos 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 del RLPCDEC y artículo 1185 del C.C. La normativa mencionada, establece el derecho de garantía a favor de los consumidores como así también los mecanismos mínimos de aplicación ante la omisión del comerciante o proveedor de informar al consumidor sobre el alcance y aplicación de esta ante un eventual reclamo por posibles fallas o deficiencias en el funcionamiento del bien o servicio adquirido.

2. La garantía comercial

Por otro lado, tenemos la denominada garantía comercial en la cual interviene la expresión de voluntad del vendedor de auto responsabilizarse por determinados efectos (Alpízar, R et al. 2005, p. 341). En la práctica esta clasificación es conocida como la garantía del fabricante o garantía de fábrica.

Esta garantía es brindada por el fabricante y debe de ser honrada por el comerciante o proveedor que comercialice su producto, según el principio de solidaridad de la cadena de producción[4]. Este tipo de garantía tiene relación con disposiciones en beneficio del consumidor que superen el mínimo otorgado por ley como, por ejemplo; ofrecer un plazo mayor al mínimo legal de los 30 días hábiles que otorgan los artículos 43 de la LPCDEC y 46 del RLPCDEC. Usualmente, la información de los términos y condiciones que amplían la aplicación de estos mínimos legales se encuentran establecidos en los certificados de garantía brindados por los fabricantes.

3. La garantía convencional

Adicionalmente a la garantía legal y comercial, la doctrina nos habla de la garantía convencional la cual define como aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad. La garantía convencional es una garantía adicional a los mínimos otorgados por la garantía legal. Isler señala que la garantía convencional es un contrato accesorio de la compraventa y ha sido calificado como un contrato d e seguros (Isler, E, 2015, p. 85). Ya que dicha garantía implica necesariamente un traspaso de riesgos desde el adquirente hacia el comerciante o proveedor que los asume. Para la Isler se tratan de riesgos determinados por cuanto estos se encuentran establecidos en el documento de garantía a l cual, inclusive, s e le ha calificado de póliza (Isler, E, 2015, p. 85).

En el mismo sentido, Barrientos (2019) compara la garantía convencional con un seguro que "opera a favor de terceros, en virtud del cual se garantiza el cumplimiento de ciertas obligaciones contenidas en un contrato de seguro hasta cierto monto" (p. 195).

Es nuestro criterio que la garantía convencional es comparable a la garantía extendida.

En Costa Rica, el tema ha sido abordado por la Superintendencia General de Seguros mediante el criterio legal PJD-SGS-006-2013, emitido por la División de Asesoría Jurídica

3 De la Maza, I. (2015). La conformidad de la cosa vendida: Adecuación material. Revista de Derecho, 28(1), 79-100.

4 La cadena de producción comprende todo agente económico que realice actividades para poner en el mercado bienes y servicios, por precio o tarifa. Esta cadena responde solidariamente ante los consumidores, de manera que el consumidor puede reclamar o demandar a cualquier integrante de la cadena y éste no puede alegar excepción aduciendo culpa de otro agente económico.

de dicha superintendencia. En dicho criterio se aborda el caso de una compañía extranjera que vende equipo de cómputo y el de una compañía establecida en Costa Rica que ofrece garantías extendidas sobre los productos que vende la compañía extranjera. Luego de un análisis del caso en estudio, la División de Asesoría Jurídica concluye que en los contratos de garantías extendidas se encuentran presentes los elementos esenciales del contrato. Se da el consentimiento de las partes; ya que, en el caso del contrato de la garantía extendida, existe el consentimiento entre los contratantes: proveedor del servicio y el contratante de este. Se infiere un interés asegurable; ya que el sujeto que compró una computadora al proveedor no desea que se dañe o sufra un desperfecto de funcionamiento, siendo que, en caso de ocurrir le generaría un perjuicio económico; razón por la cual contrata un servicio de garantía extendida. Se da el pago de una prima; a raíz de que la persona que contrata el servicio de la garantía extendida paga un precio a la empresa que asume la obligación de indemnizar o reparar la computadora en caso de daño o desperfecto de esta.

La garantía convencional tiene similitud con la garantía comercial, ya que comparten la voluntariedad de quien figure como garante de extender la protección del mínimo legal. Pese a lo anterior, es nuestro criterio que la diferencia entre ambas radica en que la garantía convencional es pactada mediante un cargo pecuniario adicional al del precio pagado por el bien adquirido y la comercial el proveedor o fabricante la brinda sin un costo adicional más allá del precio que paga por el bien o servicio adquirido. Otra diferencia radica en que la garantía comercial usualmente es brindada por el fabricante, mientras que la garantía convencional es ofrecida por el proveedor.

Tanto la garantía convencional como la comercial no pueden ser un vehículo para establecer condiciones por debajo del mínimo establecido por la garantía legal, lo que se traduciría en una renuncia expresa del derecho de garantía. Toda disposición en dicho sentido es absolutamente nula, ya que los derechos de los consumidores; como es el de garantía, son irrenunciables al tenor del artículo 72 de la LPCDEC[5].

En los casos en que el consumidor ostente una garantía convencional y una comercial, es procedente aplicar el principio in dubio pro consumidor, con ello aplicando la garantía -convencional o legal- que beneficie con mayor impacto al consumidor. En cuanto al supuesto en el cual la garantía convencional es omisa en la aplicación de los mecanismos mínimos otorgados por la garantía legal, en ausencia de estos, se aplicarán subsidiariamente las disposiciones de aplicación de la garantía legal.

En relación con lo anterior, de la Maza señala que, si existe una garantía convencional, el consumidor siempre debe agotar las posibilidades que esta ofrece antes de acudir a la garantía legal (de la Maza, 2020, p. 102).

4. La garantía implícita

En nuestra normativa patria, la llamada garantía implícita se extrae del primer párrafo del artículo 43 de la LPCDEC cuando indica que "todo bien o servicio que se preste debe estar implícitamente garantizado en cuanto al cumplimiento de los estándares de calidad y los requerimientos técnicos…". La Sala Constitucional mediante la resolución No. 2023-022193 ha señalado con respecto a la garantía implícita que "es una condición consustancial de cumplimiento de los estándares de calidad, requerimientos técnicos que por razones de salud, medio ambiente y seguridad establezcan las leyes, los reglamentos y las normas respectivas dictadas por

5 Artículo 72- Alcance
Esta ley es de orden público; sus disposiciones son irrenunciables por las partes y de aplicación sobre cualesquiera costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario, especiales o generales.

Asimismo, son nulos los actos realizados como fraude en contra de esta ley, de conformidad con el artículo 20 de la Ley N.° 63, Código Civil, de 28 de setiembre de 1887.

la Administración Pública".

Asimismo, indicó que "Toda restricción o limitación al alcance de la garantía implícita, es una restricción a la idoneidad, y una restricción a la obligación del comerciante de dar garantía. Bajo esta óptica, la garantía está implícita o atada al bien y nace a la vida jurídica como derecho del consumidor en el momento mismo en que el consumidor adquiere el bien o servicio, en consecuencia, no se trata de una garantía legal o impuesta por la Administración, sino que debe entenderse como una condición implícita unida al bien o servicio de acuerdo a su finalidad, diseño, características, condiciones que derivan de los estándares de calidad empleados por el fabricante y que lo hacen idóneo para ser comercializado en nuestro mercado."

Tenemos entonces que para la Sala Constitucional es "la garantía implícita es la obligación del comerciante o proveedor de responder por el bien o servicio bajo las condiciones de funcionamiento y calidad propias del mismo; es decir, mediante la garantía implícita los proveedores están obligados a responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan tales bienes o servicios".

5. La garantía por vicios ocultos

Para poder entender que son los vicios ocultos, debemos primero reconocer la existencia de los vicios evidentes o manifiestos. Los vicios evidentes o manifiestos son los que están presentes en la cosa objeto del contrato de compraventa, y se notan desde el momento de la entrega, lo que quiere decir que se pueden detectarse mediante una revisión simple del bien. Para notar estos no es necesario ningún tipo de conocimiento particular o especializado. Por ello, se estima que no pueden habilitar algún tipo de reclamo a favor del comprador, ya que se presume que este, estando en capacidad de percatarlos a través del empleo de una diligencia media, pudo haberlos anticipado y, en consecuencia, al no realizar reclamo alguno, se tienen por aceptados. El vicio es anterior a la adquisición del bien.

Estos se diferencian de los vicios ocultos en que, pese a que los defectos igualmente están presentes en la cosa que se entrega, no se pueden detectar mediante una revisión moderada del bien, dicho de otra manera, están escondidos. Mediante el artículo 1082 del C.C., el reconocimiento de los vicios ocultos faculta gestionar la invalidez de la compraventa, ya que entrañan un error en el consentimiento.

La garantía de saneamiento o por vicios ocultos se refiere a la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida y que esta sea suficiente para cumplir con la función para la que normalmente está destinada. El comerciante o proveedor tiene la obligación de entregar el bien en buen estado, sin vicios o defectos que hagan impropio su uso normal. La garantía en referencia se encuentra establecida a favor del consumidor en el artículo 43 de la LPCDEC.

6. Garantía de funcionamiento

Este tipo de garantía parte de la base del mismo presupuesto objetivo que el de los vicios ocultos, ya que el bien también presenta defectos que afectan su uso, pero a diferencia de los vicios ocultos, los defectos se aparecen en forma posterior a la entrega. Estos defectos no se encuentran en el bien al momento en que el comprador podía o debía revisarlo, sino que se producen luego, como resultado del uso normal del bien[6].

La garantía de funcionamiento abarca desde la entrega del bien y se extiende por el plazo mínimo legal o por el que se haya convenido con el comerciante o proveedor.

El artículo 43 de la LPCDEC establece que la garantía de funcionamiento se encuen-

6 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (21 de diciembre de 2005). Resolución No. 000999-F-2005, de las 14:55.

tra de modo implícito en todo bien y servicio que adquiera el consumidor, por lo que debe cumplir con los estándares de calidad y requerimientos técnicos que, por razones de salud, medio ambiente y seguridad, estén establecidos en nuestro ordenamiento.

La carga de la prueba referente al correcto funcionamiento del bien vendido corresponde al comerciante.

Sobre la garantía de funcionamiento, la CNC mediante el voto No. 289-17 señaló que el comerciante o proveedor está en la obligación de velar que el funcionamiento del bien sea idóneo y su utilización y desempeño sean conformes a las funciones para las que fue creado y, en consecuencia, se den de conformidad con su naturaleza particular. Para la CNC "la garantía, más que un aspecto accesorio, se reputa como un elemento intrínseco de funcionabilidad apropiada del artículo que se ofrece al consumidor. Sobre esta base, es de esperar que el producto cubra las expectativas de funcionamiento, generadas al comprador en el momento de su adquisición, de modo que le procuren un uso y disfrute plenos, al menos durante el plazo de vigencia otorgado. En este entendido, la ejecución del derecho de garantía, opera de forma excepcional como un respaldo, en caso de una eventual falla, no atribuible al consumidor y que perturbe la utilización normal del bien".

En la práctica, la figura de la garantía de funcionabilidad es la más utilizada en los reclamos ante los comerciantes y proveedor, cómo en las denuncias administrativas y demandas judiciales, por lo que será objeto de referencia y análisis en los siguientes temas a tratar.

IV. Elementos que componen la garantía de funcionamiento.

Como se indicó anteriormente, en la práctica la figura de la garantía de funcionabilidad es la más utilizada; siendo esto así, es importante analizar los elementos que la componen.

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia[7] considera que el buen funcionamiento es sobre garantizar el cumplimiento de la normativa mínima de estándares de calidad y requerimientos técnicos en la fabricación del bien adquirido, que no afecten la salud, el medio ambiente y la seguridad de los
consumidores.

Adicional a lo anterior, dicho tribunal de casación[8] considera la funcionalidad como aquella en la cual el comerciante garantiza que el bien o servicio que presta al consumidor es apto para el fin que fue creado, o satisface las necesidades que el servicio brinda. En otros términos, que el bien o servicio cumpla de acuerdo con su naturaleza, con las funciones que debe desarrollar. Es por ello, que el comerciante o proveedor debe cumplir con su obligación legal de garantizar el bien, en caso de que éste falle, reparándolo a satisfacción. Nótese la íntima relación entre la funcionalidad del bien y las legítimas expectativas del consumidor, las cuales muchas veces se conciben con la ayuda de la publicidad brindada sobre el bien deseado.

Tenemos entonces que, la garantía de funcionamiento la compone la calidad y la idoneidad. La calidad del bien refiere a que el bien en general debe ser durable, adecuado para el uso al que se destina, seguro y útil. La calidad también refiere al cumplimiento de las normas mínimas de calidad que se encuentren vigentes al momento de su fabricación. Barrientos señala que "La calidad de las cosas y servicios se mide a través de estándares comunes fijados por la sociedad, a través de sus leyes, reglamentos o costumbres, que generalmente dicen relación con los usos normales de las cosas (funcionamiento)" (Barrientos, 2019, p. 167).

En temas de calidad de productos, Costa Rica posee normativa técnica aplicable a sectores no alimentarios, como son sub-

7 Resolución No. 000999-F-2005 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del 21 de diciembre de 2005
8 Ibidem

sectores de materiales de construcción, productos eléctricos, juguetes y televisores entre otros[9].

La idoneidad por su parte refiere a que el bien que adquiere el consumidor sea idóneo, es decir que permita utilizar y desempeñar de forma adecuada las funciones para las que fue creado[10]. La idoneidad tiene relación con el funcionamiento óptimo y satisfactorio del bien adquirido procurándole al consumidor un uso normal y sin perturbaciones durante el plazo de vigencia otorgado. Por ello, cualquier imprevisto que se manifieste por desperfectos ajenos al consumidor, se considera un quebranto al cumplimiento efectivo del respaldo implícito dado por el comerciante o proveedor, y con ello torna necesario acudir a los remedios normativos correspondientes; la triple acción.

V. Normativa aplicable a la garantía legal

En cuanto a la norma constitucional debemos partir que el último párrafo del artículo 46 constitucional eleva los derechos del consumidor al rango constitucional desde la perspectiva de estos como derechos económicos de tercera generación por su enfoque hacia la protección de los intereses sociales y económicos, lo que contribuye a promover la igualdad y el bienestar colectivo.

El último párrafo del artículo en mención establece el derecho a la información y seguridad y la protección de los intereses económicos de los consumidores. Espinoza Blanco (2012) señala que "el cumplimiento de estos derechos implica que los productos y servicios que se ofrecen y comercializan al consumidor no pueden afectar la salud ni la integridad física de los consumidores, deben cumplir los beneficios prometidos y deben ser comercializados y suministrados de forma que los consumidores conozcan la mejor forma de utilizarlos, e incluso, que informe de los casos en que estos deban abstenerse de consumirlos. Esto último está relacionado en forma especial con el derecho a la información." (p. 11).

En concordancia con lo anterior, el inciso b) del artículo 32 de la Ley No. 7472 establece el derecho de protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

Sobre lo anterior debemos mencionar que la profesora Ana Lucía Espinoza Blanco señala que el derecho de la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores es un derecho en dimensión económica que implica la protección del consumidor en el ámbito patrimonial de sus intereses y, consecuentemente, también implica que tenga el derecho de exigir indemnización cuando tales intereses sean lesionados (Espinoza, 2012, p. 11).

Espinoza Blanco comparte con el profesor Dante Rusconi el criterio que señala que el derecho de garantía se encuentra inmerso en los tres contenidos de los derechos económicos (Espinoza Blanco, 2012, p.12-14). Los tres contenidos a que se hace referencia son:

a) Los productos y servicios deben de ser de calidad

b) La existencia de la justicia contractual

c) El derecho a obtener adecuada y efectiva reparación o resarcimiento

El primer contenido es claro en señalar la calidad en los productos, la cual como se indicó anteriormente compone la garantía como tal y le da contenido a esta. En cuanto al segundo contenido, debemos necesariamente señalar que el establecimiento de mecanismos mínimos de aplicación en temas de garantía contribuye al restablecimiento del equilibrio contractual de las prestaciones y con ello se brinda justicia contractual a la compraventa

9 Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (s. f.). Normativa técnica REGLATEC. https://www.meic.go.cr/tramites-y-servicios/reglatec/?_sector=no-alimentario&_subsector=television&_clase_regulacin=nacional

10 Comisión Nacional del Consumidor. (12 de febrero de 2015). Voto No. 143-15 de las trece horas cuarenta minutos.

de consumo. La garantía legal no se agota con los mecanismos mínimos legales, la normativa establece disposiciones que tipifican y sancionan infracciones relacionadas a los bienes cuando de uso se ocasionan daños que deben de ser indemnizados y sancionados. Esto último contribuye con el adecuado y efectivo resarcimiento que nos menciona el tercer contenido de los derechos económicos.

Sumado a lo anterior, el artículo 34 inciso g) impone la obligación al comerciante o proveedor de garantizar todo bien que se ofrezca al consumidor, como parte de las contraprestaciones que surgen en la suscripción de un contrato de compraventa de consumo.

El artículo 43 de la Ley No. 7472 señala que todo bien que se venda o servicio que se preste debe estar implícitamente garantizado. Tal garantía implícita es la que se incorpora de lleno a la contratación, y constituye parte integral de todo contrato en el que medie una relación de consumo entre un comerciante o proveedor y un consumidor, y en virtud de lo cual, la negación o el incumplimiento de la aplicación de la garantía legal o convencional, en el fondo constituye el incumplimiento de una de las condiciones esenciales del contrato.

El artículo 43 de la LPCDEC y los artículos 46 al 53 del RLPCDEC, establecen el marco de mecanismos mínimos que conforman la garantía legal. Dichos mecanismos mínimos se establecen con mayor amplitud y detalle en el RLPCDEC. Los artículos en mención refieren a obligaciones mínimas de información (entrega de constancia, contenido mínimo del documento de garantía), plazo mínimo de reclamo para la aplicación de la garantía, excepción al alcance de la garantía implícita, forma de ejecutar la garantía por parte del comerciante conocida doctrinalmente como la triple acción y la carga de la prueba referente a la entrega del documento de garantía, la idoneidad, conformidad del bien y servicio, así como de su adecuada ejecución corresponderá al comerciante o proveedor.

VI. Legitimación para reclamar la garantía legal y bienes sujetos a su aplicación

Hemos señalado anteriormente que la garantía es una de las obligaciones post contractuales más importantes que tiene el comerciante dentro de una relación de consumo de compraventa.

Partiendo de lo anterior, debe de existir una relación de consumo potencial o formalizada para que se configure el derecho a aplicar la garantía de funcionamiento.

En dicha lid, debemos señalar que en una relación de consumo es importante la presencia de un comerciante o proveedor que suministre el bien adquirido y un consumidor que como destinatario final adquiera, disfrute y utilice dicho bien.

El artículo 2 de la LPCDEC nos brinda las definiciones de los sujetos que integran la relación de consumo.

Nuestro ordenamiento jurídico actual conoce de dos nociones de Comerciante con diferencias entre ellos. Una de estas nociones se encuentra establecida desde el año de 1964 con una reforma del año 1970, en el artículo 5 C. Com. y la otra, establecida en 1994, en el artículo 2 de la LPCDEC. La noción de comerciante del artículo 5 del C. Com. es la definición general, mientras que la del artículo 2 de la LPCDEC, es la definición especial aplicable para los efectos de dicha ley, o sea, para las regulaciones de competencia y consumidor.

La LPCDEC considera como comerciante o proveedor a la persona física y jurídica, entidad de hecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal. Nótese que dicha definición es contes-

te con lo estipulado en el artículo 5 del C. Com. en temas como la habitualidad en el comercio y la posibilidad que el comercio lo ejerzan tanto personas físicas como jurídicas, públicas o privadas.

Teniendo identificado al sujeto que ejerce como comerciante en la relación de consumo, será claro en quién recae la obligación establecida en el inciso g) del artículo 34 de la LPCDEC, en el que se establece la obligación de garantizar todo bien o servicio que se ofrezca al consumidor de conformidad con el artículo 43 de la ley en cita.

En cuanto a definir en cual sujeto de la relación de consumo recae la noción de consumidor, es importante tomar en consideración que la LPCDEC se decanta por un criterio subjetivo que a su vez se basa en un principio finalista, para determinar cuál sujeto considera como consumidor para efectos de aplicar la normativa de protección a su favor. Nos referimos a un criterio subjetivo en el tanto la condición de consumidor de una de las partes de la relación es la que define si existe una relación de consumo, a diferencia del criterio objetivo que determina la existencia de una relación de consumo a raíz de ejercer un acto de consumo. Asimismo, nuestra legislación se inclina por un principio finalista en el uso del bien o servicio adquirido, por cuanto nuestra normativa de protección señala que se considera como consumidor al que adquiera, disfruta o utiliza los bienes o los servicios como destinatario final.

No puede pasar desapercibido que el artículo 51 del RLPCDEC señala que para la aplicación de la garantía de funcionamiento se entiende como consumidor al titular del bien y los sucesivos adquirentes del derecho. Lo anterior, afirma el uso del principio finalista, ya que se parte de que esos sucesivos adquirentes ejercen su derecho de garantía como destinatarios finales del bien adquirido al comerciante. A nuestro criterio, estos sucesivos adquirentes caen en la noción de consumidor material. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N ° 295-F-2007, establece que se entiende por "consumidor material" a aquella persona que, sin haber contratado directamente la adquisición de un bien o la prestación de un servicio se encuentra en posición de potencialmente adquirirlo o utilizarlo.

Al tener definidos los sujetos que conforman una relación de consumo, podemos descartar situaciones en las que puede pretenderse un improcedente ejercicio del derecho de garantía por una falta de legitimación en cuanto a la aplicación de la LPCDEC.

Imagínenos la venta de un vehículo usado en la cual uno de los sujetos no se dedica a la venta habitual y profesional de este tipo de vehículos y más bien la venta obedece a su deseo de contar con más dinero para comprar un vehículo nuevo para su uso personal. ¿Está obligado el vendedor con ese comprador en cuanto a garantizarle el buen funcionamiento de dicho vehículo al tenor de la normativa de protección al consumidor? Es claro, que en dicho supuesto el contrato suscrito entre ambas partes es una típica compraventa civil y que, con ello, el comprador no podría invocar a su favor la garantía de buen funcionamiento establecida en la LPCDEC y su reglamento siendo que el vendedor no realiza la venta en el ejercicio de una actividad comercial. Pese a que dicho comprador no estaría facultado para invocar la garantía de buen funcionamiento, eventualmente si se demuestra que el defecto es anterior a la compra y no fue informado por el vendedor, el comprador podría aplicar la garantía de saneamiento por vicios ocultos o redhibitorios.

En la compraventa de consumo es importante tener claro cuales bienes objeto de la venta se debe de brindar garantía. El artículo 43 de la LPCDEC menciona bienes muebles duraderos, tales como equipos, aparatos, maquinaria, vehículos y herramientas. Isler menciona los bienes conocidos como bienes de confianza o "Creedence Goods". Estos son aquellos respecto de los cuales no es factible verificar su calidad, sino en el momento en

que efectivamente deben ser utilizados. Los bienes de confianza podrían eventualmente ser parte de una clasificación que permite la aplicación de la garantía legal en caso de ser procedente (Isler, 2014, p. 29).

No solamente los bienes gozan de una garantía de funcionamiento, los servicios también gozan de una garantía, la cual según señala el artículo 51 del RLPCDEC su aplicación dará derecho al consumidor a exigir que el resultado coincida con lo ofertado. De no ser así, el consumidor podrá exigir la devolución de lo pagado o si lo prefiere, nuevamente la prestación del servicio, total o parcial, según los términos pactados. Los gastos que se ocasionen correrán por cuenta del obligado a prestar la garantía. Cuando el servicio sea de nuevo prestado como parte del cumplimiento de la garantía, esta iniciará nuevamente .

VII. Mecanismos mínimos que establece la garantía legal en Costa Rica

Hemos definido la garantía legal como las regulaciones que se establecen mediante leyes de protección al consumidor que comprenden mecanismos mínimos de protección cuando el bien o servicio adquirido presente posteriormente algún problema al titular en cuanto su funcionabilidad por razones de calidad o idoneidad.

Estos mecanismos mínimos de protección que regula la LPCDEC y su reglamento se enfocan en el plazo mínimo, derechos del titular durante la vigencia de la garantía, obligaciones mínimas de información, carga de la prueba e irrenunciabilidad al derecho de garantía.

Una de estas disposiciones mínimas propia de la garantía legal -y aplicables a la garantía de funcionamiento- es la referente al plazo mínimo para realizar el reclamo al comerciante para que esta sea aplicada. Dicha disposición se aplica cuando el comerciante o proveedor es omiso en informar el plazo o se establecen plazos menores al legalmente establecido.

En Costa Rica el plazo mínimo es de 30 días hábiles y se encuentra establecido en el artículo 47 del reglamento a la LPCDEC. El cómputo de dicho plazo inicia con la fecha de la entrega del bien. Dicho plazo puede ser suspendido en el supuesto que el bien adquirido se encuentra en reparación, como lo señala el artículo 53 inciso b), sobre el plazo de suspensión. El inciso señala que el plazo de suspensión del plazo de garantía inicia al momento que el titular del bien ponga el bien a disposición del comerciante o proveedor y concluirá con la entrega al titular del bien cuando este se encuentre reparado.

En el caso de la compraventa de consumo de casas de habitación, la Comisión Nacional del Consumidor ha indicado que el plazo de garantía que aplica no es el establecido en la normativa de protección al consumidor y más bien, se aplica el plazo de 5 años que establece el artículo 1185 del C.C.[11], por defectos estructurales en obra nueva. Aquellos defectos que no sean estructurales se les aplicará los 30 días hábiles, salvo que se haya pactado un plazo mayor.

De conformidad con el artículo 51 inciso e) el plazo se renovará en casos de sustitución del bien e iniciará a partir de su entrega. Lo anterior se da en el contexto de que el bien sea sustituido por el comerciante o proveedor por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas. Cualquier plazo mayor que se pacte entre comerciante o proveedor y el consumidor es el que prevalecerá. Esta disposición valida el pacto entre comerciante y proveer con el consumidor de ofrecer una garantía comercial que establezca mejores condiciones con respecto al marco mínimo que estable-

11 ARTÍCULO 1185.- Los arquitectos o empresarios que se han encargado por ajuste o no, de la construcción de un edificio o puente, son responsables de su pérdida total o parcial, bien sea que provenga de un vicio de construcción o de uno del suelo, y dura esta responsabilidad cinco años contados desde la recepción de los trabajos. Bastará que el arquitecto haya dirigido los trabajos, para que le sea aplicable lo establecido en este artículo.

ce la garantía legal.

En cuanto a los derechos del titular durante la vigencia de la garantía, tiene que ver con lo que en la doctrina especializada se le conoce como "la triple opción" (Barrientos, 2016, p 171 ss). La triple opción consiste en:

1) La reparación gratuita
2) Sustitución del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas,
3) Devolución del precio pagado

La aplicación de cada una de estas opciones se rige por el sistema de la libre opción. Dicho sistema se fundamenta en el derecho de libre elección de los consumidores[12]. Este establece que el consumidor es el que escoge cuál de las opciones desea le sea aplicada a su favor. El comerciante o proveedor no tiene injerencia en la decisión de la forma de aplicar cada una de las opciones y no serían procedentes estipulaciones contractuales que le otorguen al comerciante dicha decisión por encima de la voluntad del consumidor. Sobre el sistema de la libre opción, la CNC mediante los votos No. 203-21 y 304-22 ha señalado que es deber del comerciante o proveedor responderle al consumidor haciendo acopio de las soluciones posibles y que más satisfagan los intereses del consumidor afectado, sin pretender un orden específico para su aplicación.

Si el consumidor opta por la reparación gratuita, debe de tomar en consideración que dicha opción no es procedente cuando implique una depreciación patrimonial del bien o una desnaturalización del bien. Cuando la reparación también implique la modificación de las características del bien, una disminución en su calidad o la posibilidad de su uso y disfrute o torne impropio el uso que habitualmente se le destina. Lo anterior se puede verificar mediante un diagnóstico técnico emitido por un taller o servicio de reparación autorizado por el comerciante y proveedor.

Los costos de la reparación no pueden ser trasladados al consumidor, únicamente en el caso de que se verifique mediante el diagnostico correspondiente que la causa del desperfecto no obedece a un defecto de fábrica o de calidad.

El ingreso de un bien al taller para su revisión o reparación suspende el cómputo del plazo de garantía, sea este de naturaleza legal o convencional. El período destinado a la reparación no podrá exceder de quince días naturales, contados a partir de la fecha de ingreso al taller. En caso de que el comerciante requiera una prórroga, deberá justificarla mediante criterios objetivos. Asimismo, estará obligado a proporcionar al consumidor, en calidad de préstamo, un bien de características similares durante todo el tiempo que se prolongue la entrega del bien reparado.

El consumidor que prefiera el cambio del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, debe de tomar en consideración la posibilidad que el comerciante ya no tenga en su inventario tal bien. En tales situaciones, es procedente llegar un acuerdo entre las partes tendiente a entregar un bien de especie, características y especificaciones técnicas superiores. Lo que no es procedente en dichas situaciones es entregar un bien de una especie, características o especificaciones técnicas inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía. Es factible que el consumidor se niegue a recibir un producto superior, por lo que en dicho caso lo procedente es la devolución del precio pagado. En cuanto al plazo, como se indicó anteriormente, el plazo del bien que dio lugar a la garantía empieza nuevamente con su entrega y se aplicará el plazo gozaba el primero.

La sustitución o cambio del bien en el ejer-

12 El último párrafo del artículo 46 de la Constitución Política estable como un derecho de los consumidores la libertad de elección. Al señalar: "*Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz;* ***a la libertad de elección****, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias*" (el subrayado y resaltado es nuestro).

cicio de la triple opción usualmente es confundida con la política de empresa sobre cambios de artículos por talla, color, estilo o inclusive por capricho. La política de cambios de artículos en razón de criterios que no tiene relación con defectos de fábrica y calidad se rige por la autonomía de la voluntad en ámbito privado que tiene los comercios y empresas de reglamentar internamente políticas que sean de beneficio de sus consumidores. En el escenario que el comercio o empresa haya informado previamente la política de cambios de artículos que aplica en sus ventas debe de informar los alcances y límites de la política y en la medida de lo posible realizar una distinción entre la política de empresa y la aplicación de la sustitución o cambio del artículo en el ejercicio de la garantía, para evitar confusiones a los consumidores y no inducirlos a error. Por ejemplo, los límites de aplicación de la política pueden referirse a los plazos máximos para realizar cambios.

La opción sobre la devolución del precio pagado refiere a la devolución del monto cancelado por la compra del artículo defectuoso. Dicha devolución comprende todos los rubros que hayan surgido de la suscripción de ese contrato de compraventa de consumo. El escenario de la adquisición del bien mediante la financiación del consumidor por parte del comerciante o proveedor que le está vendiendo el bien, todo lo referente a comisiones por administración del crédito, gastos de formalización del mismo e intereses, deben ser devueltos al consumidor.

No se puede negar que existen situaciones en las que la garantía no aplica y, por ende, no es procedente el ejercicio de la triple acción por parte del consumidor. Existen situaciones en que la causa del impedimento en el uso no es atribuible a defectos de fábrica o incumplimiento a los estándares mínimos de calidad. Una de las situaciones que provocan el impedimento en el uso del bien, es cuando el impedimento ha sido provocado por una indebida manipulación del bien parte del titular o un tercero. Una mala manipulación del bien se puede dar cuando no se cumplen con las instrucciones de uso de los bienes. Un ejemplo de lo anterior puede ser cuando se destiñe una prenda por no haberse lavado siguiendo las instrucciones de la etiqueta y no por mala calidad del tinte utilizado para darle color a la prenda. Para privar a un consumidor de este respaldo legal, el comerciante es quien tiene el deber de demostrar y fundamentar adecuadamente los motivos que le conducen a esa decisión.

Sobre los requisitos mínimos de información, es importante reconocer que el derecho de información de los consumidores es considerado uno de los pilares de la materia de Derecho al consumidor, en palabras del profesor Rusconi: "La información es el elemento determinante de las relaciones de consumo, aún más que el poder económico. Es, sin duda, parte del principio de la buena fe contractual" (Rusconi, 2009, p.645).

La importancia de tal derecho radica en que el consumidor reciba la información fidedigna de las características del bien o servicio que va a adquirir, para tomar una decisión razonada de consumo, basada en sus verdaderas necesidades y posibilidades económicas; así como de las condiciones del contrato en el que va a tomar parte, asumiendo obligaciones y derechos.

Dicho lo anterior, también es menester afirmar que tanto el derecho a ser informado como el deber de informar, forman parte de la buena fe negocial, lealtad comercial y equidad, principios que deben estar presentes en todas las fases de la contratación de consumo. De lo expuesto se aprecia la relevancia del derecho del consumidor a recibir información veraz, completa, objetiva y eficaz del producto puesto a su disposición en el mercado, particularmente, cuando ello pueda suponer un riesgo inminente para sus intereses económicos, y a fin de garantizar su derecho de elección.

Las obligaciones mínimas de información que la garantía legal en Costa Rica tiene re-

lación con el documento de garantía, los repuestos de bienes adquiridos y la publicidad con relación a la garantía.

En cuanto al documento de garantía, el mismo debe de ser entregado al consumidor por escrito y puede constar en la etiqueta, en la factura o en documento separado. En caso de entregarse en un documento por separado este debe de contener información mínima referente a:

a) Es importante identificar claramente el alcance territorial, el objeto sobre el que recaiga la garantía e informar claramente y con detalle los derechos del titular de esta (triple acción).

b) Se debe informar el plazo de duración de la garantía, el cual, nunca podrá ser inferior a los treinta días hábiles regulados en el reglamento a la LPCDEC, salvo norma especial en contrario que amplíe este plazo o pacto entre las partes. Si se presenta una situación en que el comerciante que vende el bien informa un plazo distinto al que brinda el comerciante o proveedor, el plazo mayor entre ambos prevalece en beneficio del consumidor.

c) Es de suma relevancia brindar el detalle de todas las condiciones o limitaciones de la garantía en forma clara y precisa. Se encuentra prohibido instaurar condiciones o limitaciones que reduzcan o desnaturalicen los derechos que legalmente le corresponden al consumidor de conformidad con el artículo 43 de la Ley y este reglamento. Ejemplo de lo anterior puede ser cuando el comerciante informa un plazo de un mes (30 días naturales) para ejecutar la garantía.

d) El documento tiene que identificar al responsable (persona física o jurídica) de hacer efectiva la garantía, los medios de contacto para hacerla efectiva y dirección física del taller que recibirá el bien para su revisión y reparación.

e) El artículo 50 del reglamento a la LPCDEC dispone en cuanto al procedimiento para hacer efectiva la garantía, que es el consumidor el que deberá poner a disposición del comerciante en el punto de venta en el que se adquirió el bien o en su defecto, en cualquier otra sucursal abierta al público, para el efectivo cumplimiento de la garantía por parte del comerciante o proveedor. Recibido el artículo el comerciante o proveedor debe entregar un diagnóstico al consumidor. En dicho documento se hará constar el estado general del bien y las causas del daño.

No podemos perder de vista que en los incisos e) y f) del artículo 34 de la LPCDEC, se establece la obligación del comerciante y el proveedor de informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, tales bienes se consideran nuevos. Así también están en la obligación de informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.

En cuanto a la relación entre publicidad u oferta y la garantía legal, debemos recordar que el artículo 51 de la LPCDEC señala que el comerciante o proveedor que ofrece un bien o servicio queda obligado jurídicamente no sólo a lo establecido en el documento o contrato de garantía, sino también en la oferta, promoción o publicidad que realice de conformidad con los artículos 34 y 37 de la LPCDEC, y lo dispuesto en el presente reglamento. El derecho a la información tiene un amplio rango que abarca desde la etapa precontractual (prácticas comerciales, publicidad comercial y oferta, por ejemplo), hasta la contractual, tanto en el momento de formalizar el contrato (contenido e instrumentación del mismo, por ejemplo) como ejecutarlo (alcances de las garantías, por ejemplo); y aún en el ámbito extracontractual (rotulado e información de productos elaborados, por ejemplo). La información que se suministra al consumidor debe basarse en la verdad en cuanto al bien o servicio y el contenido de la relación que se asumirá, de modo que la información parcial, tardía,

confusa, subjetiva o incompleta, no cumple con este requisito. No cabe el tema de la reserva, o el dolus bonus, el comerciante debe dar toda la información oportuna y necesaria para que el consumidor realice una decisión informada y no le es dable al comerciante excusarse de no haberla brindado si no se la pidió.

El tema de la información como requisitos mínimos de protección en la garantía legal, nos obliga a mencionar un caso que, en nuestro criterio, ejemplifica la importancia de la información en la publicidad que se brinda al consumidor. En el caso en cita, una persona adquiere un vehículo usado marca BMW el cual es importado desde Bélgica. El vehículo presentó un desperfecto y el consumidor acudió al taller de la empresa que tiene la representación de la marca en el país para que se realizará una revisión mecánica del vehículo y el eventual mantenimiento. La empresa se rehúso alegando que dicho vehículo no fue vendido por ellos. El caso llega a la sede administrativa de la CNC y mediante el Voto No. 932-12; fallan a favor del consumidor ya que se demostró que la marca BMW mediante su página oficial en internet ofrece un servicio de garantía y revisión global correspondiéndole a la empresa fabricante y sus sucursales, incluso para clientes de vehículos usados, y dicha página direcciona al consumidor de BMW a buscar el centro autorizado del país donde se encuentre. Se logró acreditar que la página oficial de la marca BMW, el distribuidor autorizado para Costa Rica, al momento de los hechos era la empresa denunciada.

El último requisito por tratar es sobre la carga de la prueba empleada a los reclamos por aplicación de la garantía de funcionamiento. Como primer punto, se debe de tener claro que el consumidor no está en la obligación de demostrar el defecto que adolece el bien; ya que la carga de la prueba la tiene el comerciante o proveedor. Partimos de una relación de consumo que adolece intrínsicamente de un desequilibrio provocado por la asimetría de la información que el comerciante y proveedor posee y el consumidor no. En ese sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mediante resolución 2025000288 de las trece horas con catorce minutos del veinte de enero del dos mil veinticinco señaló:

"(…) bajo una lógica proteccionista a la parte más débil de la relación, tal y como ocurre en otras ramas del derecho como la penal con el "principio de indubio pro reo" y en materia laboral en la cual resulta aplicable el " principio in dubio pro operario". Bajo esta lógica, el comerciante o proveedor de los bienes y servicios tiene la obligación de demostrar que, en respeto de los derechos fundamentales del consumidor, ha cumplido con todas sus obligaciones de la relación de consumo. Ello impone que la carga de la prueba en esta materia le corresponde al proveedor o comerciante, de toda suerte que la infracción a sus deberes implica la comisión de una infracción administrativa."

La inversión de la carga de la prueba, como elemento mínimo inherente a la garantía legal, implica la obligación del comerciante o proveedor de demostrar, en un procedimiento administrativo o judicial, la entrega al consumidor del documento que respalda dicha garantía, así como la idoneidad y conformidad del bien o servicio, y la correcta ejecución de las acciones necesarias para la aplicación efectiva de la garantía legal en favor del consumidor.

VIII. Conclusiones

El Derecho de Garantía ha contribuido a proteger a los consumidores costarricenses ante eventuales reclamos por posibles fallas o deficiencias en el funcionamiento del bien o servicio adquirido. Pese a lo anterior, hemos encontrado un vacío doctrinario en nuestra doctrina especializada que haya desarrollado el derecho de garantía en la normativa costarricense, ya que los esfuerzos se han centrado más en desarrollar la garantía por vicios ocultos y su saneamiento. La jurisprudencia ha desarrollado un poco más lo

referente a la garantía de funcionalidad, pero los fallos no han aportado mucho al desarrollo de tal derecho de los consumidores. Los precedentes administrativos de la CNC de igual forma se han quedado con el mismo desarrollo del tema desde hace más de 15 años sin mostrar avance en dicho sentido. Los autores nacionales por su parte han tenido un tímido coqueto con el tema, pero no han profundizado como se merece el tema en cuestión.

Es nuestro criterio que el tema investigado ha tenido un enfoque erróneo en nuestro país, ya que el mismo se ha abordado desde la perspectiva de un derecho a favor de los consumidores en vez de estudiarlo desde la perspectiva de la responsabilidad por incumplimiento del proveedor por inconformidad en la entrega de la cosa en el contrato de compraventa. De acuerdo con nuestro juicio es más acorde dicho enfoque con la realidad práctica que se vive en el día a día de los operadores del Derecho.

La presente investigación nos ha evidenciado el vínculo intrínseco existente entre el derecho de información y el derecho de garantía, como se demuestra en el caso examinado sobre la garantía universal en la compra de un vehículo marca BMW y el cuidado extremo que debe de tener el comerciante o proveedor al momento de informar sobre la cobertura de la garantía.

En cuanto a la garantía extendida, queda un vacío regulatorio sobre la misma. Pese a que existe un dictamen legal sobre el tema emitido por el órgano regulador del mercado de seguros, el ofrecimiento de dicho tipo de garantía sigue dándose sin definir la regulación aplicable o suplir la ausencia de esta en protección de los consumidores costarricenses.

Costa Rica pese a ser una economía relativamente pequeña en comparación con las economías del mal llamado "primer mundo", no deja de ser una economía en constante crecimiento en cuanto a lo que se refiere al consumo de bienes y servicios, por ende, es importante contar con doctrina nacional especializada que aborde el derecho de garantía con mayor profundidad con el propósito de brindar claridad sobre el tema e insumos a los operadores del Derecho del consumidor nacional.

IX. Bibliografía

Libros:

Alpízar Rodríguez, R., Rodríguez, M., & Pérez, J. (2005). La contratación desde la perspectiva del consumidor. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Barrientos Camus, F. (2016). Garantía legal. Santiago: Thomson Reuters.

Barrientos Camus, F. (2019). Lecciones de derecho del consumidor. Santiago: Thomson Reuters.

Battelo Calderón, S., & Shina, F. (2016). Fundamentos para la protección del consumidor. San José: Editorial Jurídica Continental.

Goldstein, M. (2007). Consultor Magno: Diccionario jurídico. Buenos Aires: Círculo Latino Austral S.A.

Rusconi, D., Gómez, L., & Pérez, M. (2009). Manual de derecho del consumidor. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Monografías

Espinoza Blanco, A. L. (2012). Defensa efectiva de consumidores y usuarios. https://derechocomercial-cr.com/

Informe de Investigación
Centro de Investigación Jurídica (CIJUL). (2010). La garantía de evicción. Universidad de Costa Rica. https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjkwMA==

Revistas:

De la Maza Gazmuri, I. (2015). La confor-

midad de la cosa vendida: Adecuación material. Revista de Derecho (Valdivia), 28(1), 79–100. https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000100004

De la Maza Gazmuri, I. (2020). Legal and conventional warranty: Dispersed and tempered hierarchy. Revista de Derecho (Valdivia), 33(2), 101–121. https://doi.org/10.4067/S0718-09502020000200101

Isler Soto, E. (2014). Garantía legal y vicios redhibitorios. Revista de Derecho, (30), 27–45. https://www.juridicasysociales.utalca.cl/wp-content/uploads/2020/05/E%CC%81rika-Isler.-2014.-Garanti%CC%81a-legal-y-vicios-redhibitorios.-Revista-de-Derecho-Universidad-Cato%CC%81lica-de-la-Santi%CC%81sima-Concepcio%CC%81n-N%C2%B030-pp.-27-45.pdf

Isler Soto, E. (2015). Algunas consideraciones sobre la garantía convencional. Revista Chilena de Derecho de Seguros, (24), 85–96. https://www.juridicasysociales.utalca.cl/wp-content/uploads/2020/05/E%CC%81rika-Isler.-2015.-Algunas-consideraciones-sobre-la-garanti%CC%81a-convencional.-Revista-Chilena-de-Derecho-de-Seguros-N%C2%BA-24-pp.-85-96..pdf

Isler Soto, E. (2023). ¿Son los plazos de garantía un límite a la exigencia de durabilidad de un bien? Estudios Socio-Jurídicos, 25(2). https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.13004

Criterio Legal:

Superintendencia General de Seguros. (2013, 15 de marzo). Criterio legal PJD-SGS-006-2013 sobre las garantías extendidas. https://www.sugese.fi.cr/seccion-marco-legal/CriteriosJuridicos/PJD-SGS-006-2013_Garantias_extendidas.pdf

Leyes:

Asamblea Constituyente. (1949). Constitución Política de la República de Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1887). Código Civil (Ley N.° 63). Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1995). Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N.° 7472). Costa Rica.

Fallos judiciales:

Sala de la Jurisdicción Constitucional. (2023, 6 de setiembre). Resolución N.° 2023-022193 de las dieciséis horas y quince minutos.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2005, 21 de diciembre). Resolución N.° 000999-F-2005 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2007, 27 de abril). Resolución N.° 295-F-2007 de las diez horas cuarenta y cinco minutos.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (2019, 17 de setiembre). Resolución N.° 02724-2019 de las trece horas cincuenta y nueve minutos.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. (2025, 27 de enero). Resolución N.° 2025000288 de las trece horas catorce minutos.

Resoluciones Administrativas:

Comisión Nacional del Consumidor. (2012). Voto N.° 932-17 sobre la garantía universal.

Comisión Nacional del Consumidor. (2015). Voto N.° 143-15 sobre la garantía.

Comisión Nacional del Consumidor. (2017). Voto N.° 289-17 sobre la garantía.

Comisión Nacional del Consumidor. (2021). Voto N.° 203-21 sobre el sistema de la libre opción en la garantía.

Comisión Nacional del Consumidor. (2022).

Voto N.° 304-22 sobre el sistema de la libre opción en la garantía.

Tesis:

Vindas Castiglioni, J. (2014). Tesis para optar por el grado de Licenciatura, El derecho de garantía en los contratos de adquisición de bienes de naturaleza duradera a la luz de la Ley 7472 y su reglamento. Universidad de Costa Rica.

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (51-71). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

LAICIDAD POSITIVA Y CONSTITUCIÓN: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y DE DERECHO COMPARADO.

POSITIVE SECULARISM AND CONSTITUTION: A HISTORICAL AND COMPARATIVE LAW APPROACH.

VÍCTOR EDO. OROZCO S.

- Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha,
- Profesor Universitario y Juez Contencioso Administrativo de Costa Rica.
- Antiguo Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia .
- Antiguo Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

3

AWARENESS

LAICIDAD POSITIVA Y CONSTITUCIÓN: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y DE DERECHO COMPARADO.

POSITIVE SECULARISM AND CONSTITUTION: A HISTORICAL AND COMPARATIVE LAW APPROACH.

Resumen.

En el presente trabajo se analizan los alcances del principio de laicidad positiva, desde una perspectiva histórica y de Derecho comparado, para valorar su inclusión en el Derecho constitucional costarricense.

Palabras clave

Antecedentes históricos, laicidad, estado confesional.

Abstract.

This paper analyzes the scope of the principle of positive secularism from a historical and comparative law perspective to assess its inclusion in Costa Rican constitutional law.

Keywords.

Historical background, secularism, confessional state.

Contenido.

I.- Introducción.
II. Los antecedentes históricos del principio de laicidad estatal en los Estados Unidos de América.
III. Los antecedentes históricos del principio de laicidad estatal en Francia.
III.1. Sobre la ilustración.
III.2. El período revolucionario y los aportes de Napoleón.
III.3. La Ley de separación de la Iglesia y el Estado de 1905.
IV. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en España.
IV.1. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en España durante el siglo XIX.
IV.2. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en España durante el siglo XX.
V. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en Latinoamérica.
V.1. Argentina.
V.2. Chile.
V.3. Colombia.
V.4. Costa Rica.
V.5. El Salvador.
V.6. Los Estados Unidos Mexicanos.
V.7. La República Oriental del Uruguay.
VI.- Conclusiones.
VII.- Referencias bibliográficas.

I.- Introducción.

En términos generales, el propósito de este trabajo es desarrollar, desde una perspectiva histórica y de Derecho extranjero y comparado, la configuración conceptual del principio de laicidad estatal; en particular, la laicidad positiva que ha esbozado o configurado el Tribunal Constitucional Español, a partir del artículo 16 de la Constitución Española de 1978, la cual no es muy distinta de la laicidad de servicio, que ha implementado

la Corte Constitucional Italiana, a partir del texto de la Constitución de 1947.

En virtud de estos antecedentes y pronunciamientos se persigue establecer, tras la declaración inicial del estado como aconfesional o neutro frente al fenómeno religioso, las consiguientes relaciones de cooperación o de fomento, incluso económico, con las confesiones con las cuales se ha suscrito estos acuerdos, por ejemplo, mediante los concordatos con el Vaticano de 1979, o bien, en el caso costarricense, el cual, en su artículo 75 establece un estado confesional, o tolerante respecto de todas las confesiones distintas de la oficial.

En este orden, la idea de este trabajo es modificar, en algunos de sus alcances, el planteamiento efectuado anteriormente en mi libro: "Laicidad y libertad de Religión, IIDH, UBIJUS, CEAD, Ciudad de México de 2015", no sin antes señalar que, en esta ocasión, también se insistirá en la necesidad de realizar una reforma constitucional para introducir el principio de laicidad, en este caso, una laicidad positiva, en el texto de la Constitución costarricense de 1949. En este orden, en los extremos de esta investigación no sólo se insistirá en una nueva configuración de la laicidad que se pretende instaurar en Costa Rica, desde una perspectiva jurídica y socio-cultural, sino también, sus implicaciones, en concreto, sobre la cooperación económica y de fomento del Estado con las religiones, en un plano de igualdad, la educación religiosa en escuelas públicas y privadas y, finalmente, la simbología religiosa, como expresión de la vertiente externa de la libertad de religión, o libertad de culto, que todo particular puede gozar y ejercer libremente, con las restricciones del orden público protegido por ley (seguridad, moralidad y salubridad), así como la no interferencia respecto de los derechos de terceros. Lo anterior de acuerdo con los criterios que sobre el tema ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este sentido, lo dicho en aquella ocasión servirá, sin duda alguna, de marco teórico del presente trabajo, por lo cual será mencionado y utilizado en aquellos extremos en los cuales ahora diferimos, o sostenemos un criterio diverso. En todo caso, la idea original no cambia, razón por la cual es necesario reformar la Constitución e introducir el principio de laicidad como garantía institucional de la libertad religiosa. Lo anterior, reconociéndose que, desde luego, existen estados que, pese a que son confesionales, se garantiza ampliamente la libertad religiosa, como son los casos de Grecia e Inglaterra.

En este orden de ideas, lo que cambia en este trabajo es el rol que debe jugar el Estado en el marco de las relaciones de la laicidad positiva, la cual es muy distinta de la laicidad o laicismo francés, o de combate, que también se practica en otros países europeos con diversos alcances, como son los casos de Bélgica, Suiza y Turquía. Así, en esta ocasión defendemos que el Estado debe contribuir con el fenómeno religioso y se debe permitir, desde una perspectiva cultural, los símbolos religiosos en hospitales, escuelas e instituciones públicas. Así lo ha entendido de manera reciente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en relación con las imágenes religiosas en edificios públicos, o bien, todo lo relativo a la objeción de conciencia que, como lo ha señalado en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional Español, o la Sala Constitucional de Costa Rica, constituye un verdadero derecho fundamental, vinculado con la dignidad personal de cada particular, vinculado a la libertad religiosa, o bien, ideológica o de pensamiento.

Ahora bien, de regreso a la configuración inicial del principio de laicidad y sus antecedentes históricos es preciso señalar que, en la compleja relación entre los Estados y las Iglesias, existe toda una gama de posturas, o un espectro, que inicia con la completa separación de unos y otras, como el caso francés con la Ley de Separación de la Iglesia y

el Estado de 1905[1], o el supuesto mexicano, con las Leyes de Reforma de 1587-1861 y la consagración del principio de separación, en el artículo 130 con la reforma de 1992, o bien, los acuerdos y los concordatos entre la Iglesia Católica y el Estado, hasta la completa subordinación estatal a un credo particular, como sucede con los países árabes (Irán y Arabia Saudita), que derivan sus facultades del Corán[2].

Por su parte, durante la edad media, donde la iglesia y los estados estaban fusionados, se produce en el Siglo XI la "Guerra de las Investiduras", entre el papa Gregorio VII y el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Enrique IV, en la cual, si bien se reconocía la independencia entre ellos, la disputa giraba sobre quien tiene el carácter prioritario o de superioridad, sobre todo en lo que atañe al nombramiento e investidura de los obispos[3].

Con posterioridad, cinco siglos después, con la Reforma Protestante de Martín Lutero, se produce una intensa lucha entre protestantes y católicos, es decir un conflicto bélico de extrema crudeza y crueldad, la llamada Guerra de los Treinta Años, que concluyó con la Paz o el Tratado de Westfalia de 1648. Con motivo de este acuerdo cada Estado podía escoger la religión que se practicaría en su territorio. Lo anterior supuso: "*persecuciones religiosas al interior de los mismos, que forzaron migraciones como la de los puritanos ingleses de Inglaterra a las costas del este de América del Norte donde se fundaron las 13 colonias, motor de la independencia de los EUA respecto de la metrópoli inglesa. Fueron precisamente las guerras de religión en Europa en el siglo XVI las que dieron origen al Estado Laico "para proteger la libertad de conciencia"*[4].

En este orden de consideraciones, fue en el siglo XVIII que se extendieron en Europa las ideas de la ilustración, así como, las de la tolerancia religiosa, con las revoluciones que condujeron a la independencia de los EEUU y la francesa. Así, fue la primera enmienda de la Constitución de Filadelfia cuyos efectos se desplegaron a partir de 1791, la que prohibió al Congreso dictar leyes que oficiaran credo alguno, o afectaran el libre ejercicio y goce de una creencia religiosa. Por su parte, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se indica que: "*Nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso las religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por ley*"[5].

A continuación, desarrollaremos los antecedentes históricos del principio de laicidad estatal, en los Estados Unidos de América, en Francia, en España y en algunos países latinoamericanos, motivo por el cual esa institución de la laicidad positiva o de servicio debería ser importada e implantada en el foro jurídico y constitucional costarricense.

---

1 Sobre los alcances de esta ley, en el contexto francés DA SILVEIRA expresa: "*Para poder clarificar este punto es imprescindible recordar cuál es el problema al que la laicidad intenta dar respuesta: de lo que se trata es de trazar el límite que separa al estado de las confesiones religiosas o, dicho de otro modo, de crear las condiciones que aseguren simultáneamente un ejercicio de la ciudadanía libre de toda injerencia religiosa y un ejercicio de la libertad religiosa libre de toda injerencia injustificable por parte de las autoridades públicas. La estrategia francesa para alcanzar este doble objetivo consiste en considerar la religión como un fenómeno exclusivamente privado. Tal como afirma la célebre ley de 1905 que estableció la separación entre el estado francés y las confesiones religiosas, "la República no reconoce ningún culto". Como muchos analistas han observado, esta afirmación es mucho más que una simple declaración de independencia. La ley no dice que el estado francés no se identifica con ningún culto o que no privilegia ningún culto sino que no reconoce ningún culto: se declara ciego, insensible a la significación social del fenómeno religioso*". Véase, en este orden de consideraciones, Da Silveira, P., Laicidad, esa rareza, Prisma, No. 4, 1995, pág. 155. En esta investigación, sin embargo, nos alejamos de esa postura, para asumir que el Estado debe apreciar de manera positiva el fenómeno religioso y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con todas las confesiones.

2 Rabasa Gamboa E. (2023). La Constitución y la Religión*, Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, pág. 103.

3 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., pág. 103.

4 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., pág. 104.

5 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., pág. 104.

II. Los antecedentes históricos del principio de laicidad estatal en los Estados Unidos de América.

En el caso norteamericano, como lo expone Vásquez Alonso, ha sido durante los primeros años de vida independiente y, en particular, mediante el dictado de la primera enmienda constitucional, o la *Establishment Clause*, que se instaura a nivel normativo el principio de separación del Estado con las iglesias. Así, de acuerdo con este autor, "*con este enunciado se consagraba un nuevo modelo de integración política del pluralismo religioso, basado en la separación institucional entre la Iglesia y el Estado y en el reconocimiento de la posición ius fundamental de la libertad de conciencia. Un hito constitucional que perfeccionaba y daba forma jurídica a los ideales que la filosofía de la tolerancia, había desarrollado en el continente europeo durante los siglos XVI y XVII*"[6].

También menciona dicho autor que la experiencia americana ha sido vista, por lo anterior, como el modelo original de positivización de la libertad religiosa y el principio de separación entre iglesia y el Estado (en este orden, es preciso recordar que, en otros trabajos hemos mantenido, como se expuso anteriormente, que el principio de laicidad estatal es la garantía institucional de la libertad religiosa, de ahí que solo en el ámbito de un estado que se proclama laico, hay libertad de religión estrictamente considerada)[7].

A pesar de lo expuesto, señala dicho autor que si bien: "*la relevancia histórica y la influencia ideológica de la Constitución Americana son en este sentido incuestionable, también es cierto que si se profundiza en la génesis de su constitucionalización y tomando en consideración su evolución como parámetro normativo, el alcance del principio de separación Iglesia-Estado en EE.UU. ha estado desde el inicio lleno de matices que relativizan el hito de su contundente afirmación constitucional y dan cuenta de lo difícil que resulta su determinación jurídica*"[8].

En este orden de ideas, el mismo autor advierte que la idea de la separación iglesia-estado tiene un carácter evolutivo y enfrenta diversas facetas históricas, razón por la cual en ese desarrollo su contenido ha sufrido múltiples cambios. Naturalmente, "*en el concreto contexto de la América temprana, más allá de distintas fases, creo que puede hablarse también de "distintas historias" y "distintos ideales" de la separación, y es que el hecho del pluralismo colonial, del pluralismo religioso, la fervorosa religiosidad del pueblo americano y el propio federalismo son circunstancias que impiden comprender el significado original del secularismo americano y su valor constitucional de una forma totalmente unitaria*"[9].

Por otra parte, en la época fundacional del constitucionalismo norteamericano, la doctrina distingue cuatro modelos en materia de libertad religiosa; tales son las perspectivas: *puritana, evangélica, ilustrada y la cívico republicana*. Lo anterior se desarrolló, fundamentalmente, durante los debates de la convención y ratificación constitucionales en la Norteamérica del siglo XVIII. También menciona Witte Jr que la relación con estos modelos de libertad religiosa con sus pares absolutistas no fue asimétrica, sino que "*se movían con frecuencia y con facilidad entre dos o más de estas perspectivas, con el tiempo desplazaban sus alianzas y lealtades o modificaban el tono o el ritmo de sus afirmaciones, conforme pasaban del discurso formal al púlpito al escritorio o a la tribuna pública. Estas cuatro perspectivas se presentan aquí como modelos heurísticos: típicos racimos de argumentos y opiniones, percibidles en las discusiones y debates sobre derechos y libertades religiosas, en la Norteamérica del*

6 Vásquez Alonso V.(2012). *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 12-13.
7 Vásquez Alonso V., *Laicidad y Constitución*, ob. cit., pág. 13.
8 Vásquez Alonso V., *Laicidad y Constitución*, ob. cit., pág. 13.
9 Vásquez Alonso V., *Laicidad y Constitución*, ob. cit., pág. 14.

siglo XVIII"[10].

Naturalmente, los padres fundadores de la nación norteamericana sabían que, con la Primera Enmienda Constitucional, ya comentada, así como con las constituciones de cada Estado de la Unión, se estaba creando alguno nuevo. Así, la novedad residía en sus esfuerzos por suprimir las religiones oficialmente establecidas a nivel nacional y por ofrecer a los particulares la libertad religiosa a todos ellos. Sin embargo, dice el mismo autor, también se entendió "*que la tradición occidental proporcionaba numerosos ejemplos en los que apoyarse y que a partir de esas fuentes era de vital importancia para lograr algo constitucionalmente convincente y políticamente aceptable para la nueva nación"*[11]. A continuación, se examinarán los antecedentes históricos del principio de laicidad en el contexto francés.

III. Los antecedentes históricos del principio de laicidad estatal en Francia.

Ahora bien, en lo que respecta a los orígenes del principio de laicidad en el constitucionalismo francés, es preciso mencionar que la Ley de 1905, la Ley de Separación de la Iglesia con el Estado, goza de una importancia capital, en las relaciones entre esas instituciones. No obstante lo anterior, los orígenes del concepto de laicidad deben ser hallados, en el ordenamiento jurídico francés, un siglo antes, con las ideas de la revolución y la ruptura con el Antiguo Régimen[12].

Sobre este tema, Vásquez Alonso sostiene que: "*a pesar de que, como hemos apuntado, el período revolucionario fue un acontecimiento repleto de ambigüedades en lo que se refiere a la relación del Estado con la religión, es a partir de los postulados ideológicos de la Revolución y de la afirmación de la libertad de conciencia cuando se inicia el largo camino hasta la consagración jurídica de la laicidad un siglo después"*[13].

Bajo este orden de consideraciones, un sector de la doctrina ve en el carácter del Estado Laico un principio completo que describe las relaciones entre la Iglesia y el Estado, así como, un medio de protección de la libertad religiosa. Otro aporte lo constituye la relación conceptual de ciudadano, o sujeto dotado de autonomía en la participación de los asuntos públicos. En este orden: "*la comprensión de la ciudadanía como un estatus de pertenencia a la comunidad política adquirido de forma igualitaria, con abstracción de cualquier tipo de preferencia de carácter social, económico, racial o religioso, se encuentra estrechamente ligada a una de las premisas del pensamiento laico: la eliminación de cualquier tipo de confusión entre pertenencia religiosa y pertenencia nacional"*[14].

Pero es la configuración del concepto de soberanía popular el que permite situar en la Revolución Francesa el origen ideológico de la emancipación laica. De este modo, "*la separación entre el Estado y la sociedad civil origina una nueva comunidad política,*

10 Witte Jr., J. (2017). Teología y política de la libertad religiosa en Norteamérica: cuatro modelos procedentes de la época fundacional. *Persona y Derecho*, Volumen 77, págs. 372-373.

11 Witte Jr., J., Teología y política de la libertad religiosa en Norteamérica: cuatro modelos procedentes de la época fundacional, ob. cit., pág. 373.

12 Vásquez Alonso V., *Laicidad y Constitución*, ob. cit., pág. 169. Sobre la configuración del principio de laicidad en el seno de la Constitución Francesa de 1958, es decir, de la Quinta República, Stéphane BAUZON sostiene que: "*En France, la laïcité s'identifie avec la République. La Constitution de la Cinquième République définit la France comme une République laïque. Aucune religion n'est reconnue par l'Etat français. La liberté de culte est acceptée, voire encadrée par l'Etat dans les départements d'Alsace-Moselle, mais la religion n'a pas de statut juridique au sein de l'Etat. Le Ministère en charge des cultes est celui de l'Intérieur (et non pas celui de la Justice), en conséquence la discipline de la liberté religieuse relève avant tout de la police administrative. Comme tel, l'encadrement juridique des activités religieuses est une exigence d'ordre public, ce n'est pas une question de justice*". Véase, sobre el tema, Bouzon S. (2017). Le symbole républicain de la laicité en France, Persona y Derecho, Volumen 77, págs.. 177-178.

13 Vásquez Alonso V., *Laicidad y Constitución*, ob. cit., pág. 171.

14 Vásquez Alonso V., *Laicidad y Constitución*, ob. cit., pág. 171-173. Sobre el tema, este autor agrega que: "*desde que el disfrute de la ciudadanía se determina al margen de cualquier consideración de carácter religioso, el ejercicio de la autonomía política no depende de la adscripción religiosa de los individuos, una lógica que diluye el vínculo entre religión del Estado, religión del rey y religión de los súbditos, cujus regios ejus religio, propio del Antiguo Régimen*".

la nación, formada por ciudadanos libres, iguales y dotados de autonomía política. De ella emana una fuente de legitimidad del poder que desplaza a la teoría clásica del origen divino propia del absolutismo monárquico (…)[15]*. Por lo tanto, con la Revolución se acentúa un proceso de desacralización del poder político, un proyecto de legitimación política ascendente y de cuño racionalista que es igualmente clave para la consolidación del modelo laico del Estado"*[16].

III.1. Sobre la ilustración.

En lo que respecta a la ilustración, se afirma que el movimiento cultural se comprende no como la ascensión del paganismo, sino el encubrimiento de una herejía, sea, una doctrina contraria al orden sobrenatural cristiano, aunque defensora de un ser trascendente, es decir, un ser supremo pero despreocupado de la suerte terrenal de los hombres, que filosofan y rechazan cualquier dogma de conducta moral[17].

Sobre el tema, el autor ÁNGEL JUSDADO advierte que: "*recientes estudios publicados en Oxford bajo la dirección de Blanning, sostienen que la ilustración pudo asimilarse en los países protestantes, porque el protestantismo exigía de sus adeptos menos creencias que el catolicismo. Es cierto que la liturgia católica visualizaba continuamente, a través de los sacramentos, la fe del pueblo en ese Deus datus est nobis frente al leit motive ilustrado etsi Deus non daretur. En esta perspectiva parece comprensible que los filósofos protestantes, tan equidistantes de algunos dogmas católicos como sus iglesias establecidas, extendieran sus doctrinas sin desestabilizar el sistema. Sin embargo, y por los motivos señalados, la filosofía de la ilustración chocaba frontalmente con la iglesia católica en Francia, que además era única religión oficial desde la revocación del edicto de Nantes. La quiebra del sistema se presentaba como inevitable*".

III.2. El período revolucionario y los aportes de Napoleón.

Tras un período en que floreció la educación, la difusión de doctrinas y la formación de la opinión pública, con motivo de la revolución, se implantó un régimen de terror, en el cual, se cortaron muchas de las raíces de la iglesia católica en Francia. En este orden, no solo pasaron por la guillotina, sino que, además, fueron exiliados clérigos, monjas y religiosos, y se implantó un régimen de laicidad. Desde entonces: "*se aplicaría una política de Tierra calcinada para cualquier acceso a la religión a los espacios públicos de la nación. Los excesos de los revolucionarios, como la constitución civil del clero y laicización del calendario, desaparecerían antes o después, pero las conquistas del laicismo permanecerían, incluso bajo el concordato napoleónico*"[18].

Ahora bien, será Napoleón quien acepta asumir el papel restaurador de los altares estableciéndose un ministerio de culto, que reconocía cuatro servicios públicos religiosos, sea: católico, calvinista, luterano e israelita. En este orden, impuso de manera unilateral las leyes que las regían, incluyéndose los 77 artículos orgánicos del culto católico. De esta manera, cabría pensar que la religión accedía de nuevo a lo público, pero lo cierto es que Napoleón utilizó los ministros de culto para ejercer su control dictatorial, razón por la cual, el itinerario laicista se consolidó, sobre todo en el Código Civil de 1804, se impuso como obligatorio el matrimonio civil, así como, en la educación, la voluntad de nacionalizar la escuela y la creación de una corporación laica de profesores para aten-

15 El artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estipula: "*El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella*".

16 Vásquez Alonso V., Laicidad y Constitución, ob. cit., pág. 174-175.

17 Ángel Jusdado, M. (2016). Laicismo en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Volumen XXII , pág. 347.

18 Ángel Jusdado, M., Laicismo en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), ob. cit., pág. 348.

der la universidad, liceos y facultades[19].

III.3. La Ley de separación de la Iglesia y el Estado de 1905.

Con posterioridad, un siglo después de la Revolución, se aprobarían en Francia, durante el decenio 1881-1901, diversas leyes destinadas a la prohibición total de la religión en la enseñanza; de la presencia oficial de tropas durante o con motivo de celebraciones religiosas; del crucifijo en las salas de audiencias de la administración de justicia; de las oraciones en el comienzo de la actividad parlamentaria, entre otras. Este proceso culminó con la ley de 1905, en cuya virtud, "*el gobierno nombró una comisión presidida por Aristides Briand para resolver la cuestión religiosa. Briand quería una ley honesta que "no fuese una pistola apuntando sobre la iglesia", pero la tesis de Clemenceau reivindicando la revolución que "debe tomarse entera como un bloque" terminaron imponiéndose. Se consagró así el régimen de completa separación que se iniciara con la revolución, se expropiaron todos los edificios de la iglesia destinados al culto (art. 12), y se decidió respetar las huellas históricas que la religión haya dejado en Francia, como el calendario. Las confesiones religiosas serán en adelante asociaciones de derecho privado*"[20].

A pesar de lo anterior, fue la jurisprudencia la que terminó por matizar los alcances de esta ley, de tal forma que se extendieron varios puentes entre la Iglesia y el Estado, y la sociedad civil, en lo que Ángel Jusdado denomina la gran paradoja del laicismo francés. En otras palabras, "*todo lo que la ley separa y prohíbe, la influencia de la religión en los ámbitos laicos de la República, la jurisprudencia lo une y ensambla de algún modo, tendiendo una serie de puentes que conectan -constantemente- el estado laico con el hecho religioso*"[21]. Algunos ejemplos son:

- El caso Moisés y el libelo de repudio. En este caso, lo que se cuestiona son los alcances de las disposiciones religiosas en la jurisdicción civil y, en concreto, la separación o divorcio de dos judíos franceses, en cuyo caso la mujer pretendía que se le entregara el libelo del repudio, según la ley mosaica, para volver a casarse mediante un rito religioso. Lo anterior fue concedido por la Administración de Justicia francesa, pese a los alcances de la Ley de 1905.
- El caso Arméline y el derecho canónico. Este caso es representativo de una serie de situaciones, en las cuales se niega o rechaza la demanda de divorcio, fundándose no solo en el Derecho civil, sino también, en el Derecho canónico. Lo anterior, ante las profundas convicciones religiosas de uno de los contrayentes; en este caso, de la parte femenina de la unión.
- Los casos de la educación y los alcances de la ley de 1095. En este sentido, pese a los alcances de esta ley, los padres pueden solicitar en escuelas públicas el nombramiento de un capellán. Además, en los centros privados se permite la formación y la educación religiosa y se ha autorizado, vía jurisdiccional, el despido de un profesor que, en una escuela católica, puso fin mediante el divorcio a un matrimonio católico para volverse a casar por lo civil.
- Finalmente, se puede mencionar el caso de cocinero judío en Francia, quien ante la muerte de su hijo de 27 años en el Estado de Israel, se ausenta de su trabajo durante 15 días para viajar al país donde residía su hijo. Al regresar fue despedido por su patrono invocándose la ley laboral común, por lo que, al llevar el caso ante los tribunales, se declaró ilegal el despido, al aplicar la ley judía[22].

19 Ángel Jusdado, M., Laicismo en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), ob. cit., págs. 348-349.

20 Ángel Jusdado, M., Laicismo en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), ob. cit., págs. 348-349. Un estudio relevante sobre el particular puede ser hallado en Torres Gutiérrez, A.(2014). *La Ley de Separación de 1905 y la génesis de la idea de laicidad en Francia*, Dykinson, Madrid.

21 Ángel Jusdado, M., Laicismo en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), ob. cit., págs. 349-350.

22 Véase, sobre lo anterior, Ángel Jusdado, M., Laicismo

Finalmente, en su contribución Ángel Jusdado nos habla acerca de las relaciones entre el laicismo francés y el islam, y como se han tratado figuras como el velo islámico, el repudio matrimonial, entre otros[23], así como, los nuevos retos que supone este elenco de relaciones para los poderes públicos en el marco de la Unión Europea o el Consejo de Europa.

IV. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en España.

En lo que toca a los antecedentes del principio de laicidad en el contexto español, es posible distinguir, durante el siglo XIX y el siglo XX diversas facetas o etapas, que están vinculadas con la promulgación de constituciones que concebían al Estado como una monarquía o una república, con algunos matices. De esta forma, mientras que las constituciones en que se proclamaba una monarquía se instauraban, normalmente, un estado confesional, las constituciones de índole republicano se inclinaron por mantener una separación entre la Iglesia y el Estado.

IV.1. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en España durante el siglo XIX.

Como se apuntó con anterioridad, durante el siglo XIX el constitucionalismo español osciló entre el diseño de un régimen monárquico con un estado confesional, con algunas excepciones, y un bosquejo republicano con un estado laico. De esta forma, en este periodo es posible encontrar las siguientes experiencias constitucionales:

- En la Constitución de Cádiz de 1812 se estableció un régimen monárquico y confesional, en el que se proclamaba que la religión católica era la del reino, cuyo culto era protegido por el rey, y no se permitía el despliegue de ninguna otra. Además, se estableció la enseñanza obligatoria del catecismo católico en las escuelas.
- En la Constitución de 1837 se mantuvo la configuración anterior, con algún atisbo de libertad, al consagrar la libertad de pensamiento y de expresión, aunque se mantenía la confesionalidad y el carácter oficial de la religión católica. Estas normas se mantuvieron en la Constitución de 1845, mientras que en el año 1851 se firmó el concordato con el Vaticano.
- La revolución de 1868 introdujo importantes reformas en esta materia, tendentes a secularizar los cementerios, el matrimonio civil, se establece la libertad de cultos y de enseñanza. Así, en la Constitución de 1869 se estipula que: "*La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica*", pero "*el ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho*" y "*si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior*".
- Por su parte, en la Constitución de la República Española de 1873, se establece un estado laico y la libertad de cultos. Se restringe, asimismo, la colaboración económica del Estado con cualquier culto, así como las actas nacimiento, matrimonio y defunción serán competencia de órganos civiles.
- En 1876, sin embargo, se vuelve a consagrar un Estado confesional, lo que permaneció incólume hasta el siglo XX[24].

IV.2. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en España durante el siglo XX.

Ahora bien, en lo que atañe a los antecedentes históricos de la laicidad en España, durante el siglo XX. se debe tener en cuenta los desarrollos normativos que surgieron a partir de la Constitución Republicana de

en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), ob. cit., págs. 349-353.

23 Ángel Jusdado, M., Laicismo en Francia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley), ob. cit., págs. 353-355.

24 Sobre todo lo anterior se puede consultar Ordóñez Delgado S., y otra. (2007). Antecedentes históricos y doctrinales para el estudio del laicismo, *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea*, 6, págs. 57-71.

1931, que establece un estado laico, el período de la dictadura franquista, y el régimen contemporáneo a partir de la Constitución Española de 1978 que instaura un estado aconfesional, como se verá *infra*.

Así, en la Constitución de 1931 se diseña un régimen republicano, en el cual el Estado no debe colaborar económicamente, con ninguna religión. Además, se garantiza la libertad religiosa a todos los españoles y extranjeros y se establece una enseñanza laica en las escuelas y colegios, aunque los padres de sus hijos pueden solicitar la enseñanza religiosa para ellos[25]. Sobre el tema y a propósito del proceso constituyente de 1931, Pelayo Olmedo sostiene que: "*Por lo tanto, se puede decir que la libertad ideológica y religiosa era un derecho inédito en España, sin apenas precedentes normativos, que requería un tratamiento novedoso en la Constitución de 1931. De hecho, determinados sectores de izquierdas avisaban que la solución adoptada por el Texto de 1869 no bastaba para cubrir las aspiraciones de reforma que albergaba la nueva situación política del país. Era necesario, por lo tanto, configurar un sistema que contuviera, como normas programáticas, un reconocimiento completo de la libertad de conciencia, una declaración oficial de separación entre la iglesia y el Estado, una secularización plena de las instituciones públicas y una clara propensión hacia la consecución de la enseñanza laica*"[26].

Además de las disposiciones de la Constitución Española de 1931 que regulan esta materia, es preciso tener en cuenta su desarrollo legislativo, durante el período en que tuvo vigencia el período republicano. Así, podemos mencionar: La orden sobre la escuela laica de 12 de enero de 1932, el Decreto sobre la disolución de la Compañía de Jesús, de 23 de enero de 1932, la Ley reguladora del divorcio, de 2 de mayo de 1932, la Ley de las confesiones y congregaciones religiosas de 2 de junio de 1933[27], y el Decreto por el que se crean comisiones mixtas para la sustitución de los centros docentes de las órdenes religiosas de 7 de junio de 1933[28]. Finalmente, durante la guerra civil se emitió el Decreto de 6 de septiembre de 1937, sobre la ocupación

25 Ordóñez Delgado S., y otra, Antecedentes históricos y doctrinales para el estudio del laicismo, *Pasado y Memoria*, ob. cit., págs. 63-67. Sobre el particular el artículo 26 de la Constitución Española de 1931 establece, en lo conducente, que: "***Artículo 26*** *Todas las confesiones serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial. El Estado, las regiones, las provincias y los municipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas. Una ley especial regulará la extinción total, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Clero. Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionales y afectados a multas benéficos y docentes*". Por su parte, el artículo 27 ídem estipula: "***Artículo 27*** *La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos. Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas. La condición religiosa no constituye circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta constitución para el nombramiento de presidente de la República y para ser presidente del Consejo de ministros*". Finalmente, el artículo 48 ibidem contempla que: "***Artículo 48*** *El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la vocación. La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos*".

26 Pelayo Olmedo (2006). Antecedentes históricos de la regulación del Estatuto Jurídico de las Comunidades Religiosas en España, *Laicidad y Libertades*, No. 6-2006, pág. 405-406.

27 Sobre los alcances de esta ley, Pelayo Olmedo sostiene que: "*como se ha advertido por algún autor eclesiasticista, esta norma no sólo no solo no suaviza los conflictos generados por el tenor constitucional, sino que además se convierte en el paradigma de la regulación anticlerical republicana. Evidentemente esta norma supone, de facto, la inaplicación del Concordato de 1851, reduciendo el régimen de la iglesia católica al régimen común. Por lo tanto, en ella se contiene el derecho aplicable a todas las confesiones religiosas, independientemente de cual fuera*". Véase, sobre el particular, Pelayo Olmedo, Antecedentes históricos de la regulación del Estatuto Jurídico de las Comunidades Religiosas en España, *Laicidad y Libertades*, No. 6-2006, pág. 414-415.

28 Ordóñez Delgado S., y otra, Antecedentes históricos y doctrinales para el estudio del laicismo, *Pasado y Memoria*, ob. cit., pág. 66

de edificios correspondientes a las comunidades religiosas, y su utilización con destino docente[29].

Con posterioridad, durante la dictadura de Franco, y de acuerdo con Ordóñez Delgado *y otra*, se dictaba una: "*Circular sobre las prácticas religiosas en las escuelas del 9 de abril de 1937, en la que se decía: "La Escuela faltaría a la misión esencialmente formativa si no recogiera esos latidos (prácticas religiosas) que por ser del espíritu popular lo son de la Cultura, incorporándolos a la tarea pedagógica para imprimirle elevación en los conceptos y fragancia de juvenil alegría en el estilo, características de la escuela de España que renace, frente al laicismo y cursi pedantería de la escuela marxista que hemos padecido". Declaración que será reforzada cuando la religión católica sea proclamada religión del Estado tal y como se recoge en el artículo 6° del Fuero de los Españoles (1945). En este marco se llevará a cabo la firma Concordato entre el Gobierno franquista y el Vaticano (1953), planteamientos que aún subyacen en el Acuerdo del Gobierno de España con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, del 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre del mismo año*"[30].

En este orden de ideas, según Pelayo Olmedo, las dos normas más influentes en este período, en lo que toca a las relaciones entre las Iglesia y el Estado, fueron, sin duda, el Fuero de los Españoles de 1945 y la Ley de los principios fundamentales del movimiento nacional de 1958. Así, de acuerdo con el mismo autor: "*En la primera de ellas se recoge la postura del Estado español frente a las confesiones religiosas, permitiendo al individuo una esfera de agere licere en la práctica interna de sus creencias y restringiendo toda manifestación externa de culto que no fuera católica. En la segunda norma se realiza una proclamación oficial de confesionalidad católica contemplando al Derecho canónico como un ordenamiento jurídico primario al que el Estado se remitía formalmente para inspirar su legislación*"[31].

Pues bien, una vez analizados los antecedentes históricos del principio de laicidad en el constitucionalismo español, y sus diversas etapas, o períodos históricos, a continuación, se ilustrarán los casos del desarrollo constitucional y, legal, en algunos países iberoamericanos, antes de examinar la configuración contemporánea y constitucional del principio de laicidad en España e Italia.

V. Los antecedentes históricos del principio de laicidad en Latinoamérica.

Sobre el particular, es preciso comentar, en esta ocasión, la connotación y los alcances que, en relación con el principio de laicidad, se ha desarrollado en algunos países latinoamericanos. Tales son los casos de países como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica (de donde proviene el suscrito), El Salvador, Los Estados Unidos Mexicanos, y la República Oriental del Uruguay.

V.1. Argentina.

En el caso argentino, encontramos diversas cláusulas constitucionales que refuerzan o parten de la existencia de un estado confesional, e indican que el culto del catolicismo reviste el carácter oficial del Estado. Así por ejemplo, en el preámbulo de la constitución vigente, reformada en 1994, se dispone que: "*PREÁMBULO Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para*

29 Ordóñez Delgado S., y otra, Antecedentes históricos y doctrinales para el estudio del laicismo, *Pasado y Memoria,* ob. cit., pág. 66

30 Ordóñez Delgado S., y otra, Antecedentes históricos y doctrinales para el estudio del laicismo, *Pasado y Memoria,* ob. cit., pág. 67.

31 Pelayo Olmedo (2006). Antecedentes históricos de la regulación del Estatuto Jurídico de las Comunidades Religiosas en España, *Laicidad y Libertades*, No. 6-2006, pág. 411-412.

nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina".

Sobre los alcances de la promulgación inicial del preámbulo en la Constitución de la Argentina, Alfonso Santiago, sostiene que: "*esta disposición constitucional tiene un gran significado político y jurídico. Significa la clara adhesión de nuestra Constitución a una cosmovisión teísta e iusnaturalista. Hay un expreso reconocimiento de una instancia jurídica que está más allá del propio Constituyente y que funda todo el derecho positivo de nuestro país. Dios, y no solo la voluntad de las autoridades estatales, es la última fuente de "razón y justicia". Es más, los constituyentes dejan claro, antes de ordenar y establecer nuestra norma jurídica fundamental, que reconocen una fuente de justicia, de juridicidad, distinta de ellos mismos y que implícitamente reconocen y consideran como norma suprema y definitiva*"[32].

Además, y con una fuerte discusión en la sociedad argentina y en la Convención Constituyente sobre el particular, en el artículo 2° de la Constitución se proclama que: "***Artículo 2°***.- *El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*". Al respecto, Alfonso SANTIAGO nos dice, al comentar los alcances de esa decisión, que dicha norma dio cabida a diversas orientaciones interpretativas. Así, "*mientras algunos constitucionalistas y algún pronunciamiento aislado de la Corte Suprema afirman que dicha disposición significa lisa y llanamente que el Estado "concurre a sostener económicamente ese culto", otros autores sostienen que junto a ello, el significado del artículo 2° comprende una adhesión de carácter moral hacia la religión católica. Personalmente compartimos esta segunda postura. Consideramos que esta interpretación es más acorde con el propio significado del término sostener, con el contexto de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente en que fue sancionado el art. 2°, con su ubicación sistemática como segundo artículo del texto constitucional y con la interpretación que le dieron al mismo los primeros gobiernos nacionales, Por otra parte, aportar económicamente al sostenimiento del culto católico, sin considerarlo algo valioso, sin sostenerlo moralmente, sería una decisión carente de sentido*"[33].

Finalmente, en 1966 se firma el acuerdo del Estado Argentino con la Santa Sede, que contiene disposiciones muy relevantes en esta materia. Dicho tratado contiene un valor *supra* legal, en los términos del artículo 75 de la Constitución Argentina de 1994. Esta norma establece que: "22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*"[34].

En suma, de acuerdo con el mismo autor, es posible calificar al Estado argentino como un régimen que aspira a una laicidad positiva, con motivo de las siguientes notas características:

- Adhesión a una concepción teísta que considera a Dios como fundamento último del orden jurídico y moral (ver el Preámbulo de la Constitución Argentina y su artículo 19).
- La distinción entre la autoridad política y religiosa, consideración positiva del fenómeno y establecimiento de un régimen amplio de libertad de culto, inédito al momento de la sanción de la Constitución Nacional de 1853, lo que es extensivo tanto para nacionales como extranjeros (ver los artículos 14 y 20 ídem).

32 Santiago, A. (2024). La laicidad positiva como modelo al que adscribe la Constitución Argentina en relación con el fenómeno religioso, *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Volumen 10, Número 1, págs. 14-15.

33 Santiago, A., La laicidad positiva como modelo al que adscribe la Constitución Argentina en relación con el fenómeno religioso, ob. cit., págs. 19-21.

34 Santiago, A., La laicidad positiva como modelo al que adscribe la Constitución Argentina en relación con el fenómeno religioso, ob. cit., págs. 28-30.

- Consideración preferente al culto católico, apostólico y romano, de acuerdo con diversos fundamentos: históricos, sociológicos y culturales (ver el artículo 2° ibídem).
- De una indebida intromisión estatal en la vida en la Iglesia Católica, se pasa a un sistema que garantiza la plena autonomía y libre ejercicio de su mismo.
- La previsión de los modos de colaboración del Estado con la Iglesia Católica, por medio de la firma del concordato. Lo anterior también permite un diálogo con las otras confesiones distintas de la católica[35].

V.2. Chile.

Ahora bien, en lo que atañe al supuesto chileno, Del Picó Rubio, sostiene que la dimensión de la laicidad abierta o liberal y pluralista debe considerarse como aplicable, en las relaciones entre las Iglesias y Estado, desde 1925, en que se produce la separación y 1999, cuando se implementa un régimen de igualdad corporativa. En este orden de ideas, este autor rechaza configurar la laicidad en Chile bajo un sistema rígido, en el cual se prioriza la neutralidad del Estado sobre las diversas manifestaciones de los individuos en razón de su libertad religiosa. Así, según el mismo autor, "*en la idea de la laicidad abierta, tal como ya se ha dicho, el Estado no es neutral en el sentido de prescindencia total de lo religioso, sino que a partir de su valoración efectiva, acepta y promueve formas colaborativas orientadas en la búsqueda compartida del bien común*"[36]. Entre las razones que motiva, según el autor referido, la conceptualización de la laicidad en Chile, es posible mencionar las siguientes:

- La presencia activa y visible de la comunidad religiosa. Lo anterior supone la participación activa de los cultos religiosos en la sociedad civil, en sus diversas dimensiones, lo que recibe el respaldo estatal y normativo, justamente, a partir de la proclamación de la libertad religiosa en el texto constitucional.
- La perspectiva de laicidad abierta asume que, en la esfera pública, la política deliberativa es producto de un uso público de la razón tanto por parte de los ciudadanos creyentes como de los que no lo son. Ambos grupos forman parte de la dialéctica dirigida a tomar las decisiones políticas fundamentales, en todos los ámbitos del escenario público y social.
- La neutralidad colaborativa. Se parte de un estado chileno que bajo una política de neutralidad permite armonizar las diversas expresiones religiosas, del ámbito público. No se trata de una neutralidad combativa, sino de una que colabora con las confesiones religiosas. También menciona el autor que el carácter no confesional del Estado se encuentra constitucionalmente garantizado, así como la libertad religiosa, ideológica y de pensamiento[37].
- La organización de la sociedad. El Estado permite dotar de personalidad jurídica a las distintas confesiones, lo que les permite asegurar una amplia participación en la actividad estatal y social bajo estánda-

35 Santiago, A., La laicidad positiva como modelo al que adscribe la Constitución Argentina en relación con el fenómeno religioso, ob. cit., págs. 28-32. Sobre lo anterior, el mismo autor agrega los siguientes componentes de la laicidad positiva en el contexto argentino: a) clara distinción de los ámbitos de la política y la religión, consagrando la laicidad del Estado y la plena autonomía de las comunidades religiosas; b) el reconocimiento amplio y efectivo de la libertad religiosa como derecho humano fundamental de la persona y de las comunidades religiosas; c) consideración positiva del fenómeno religioso y la legitimidad de su presencia en los ámbitos públicos; d) la libertad y autonomía de las comunidades religiosas para el cumplimiento de su misión; las relaciones de cooperación del Estado y las comunidades religiosas. (Ver páginas 32 a 38).

36 Del Picó Rubio, J. (2019). El lugar de la religión en el Estado laico: el modelo de laicidad en Chile dos décadas después de la entrada en vigor de la Ley No. 19.638, Revista de Derecho (Coquimbo, en línea), Volumen 26.

37 El artículo 19, párrafo 6° de la Constitución Chile vigente, dispone que: "6°. *La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones*".

res de igualdad.
- La secularización. Diversos estudios políticos y de la sociología dan cuenta de este fenómeno en el contexto chileno, lo que refuerza el carácter no confesional del Estado, y la toma de decisiones políticas y normativas en términos seculares[38].

V.3. Colombia.

En el constitucionalismo histórico colombiano, desde el siglo XIX, a la actualidad, se han emitido diversas constituciones con orientaciones laicistas y confesionales. Se trata, entonces, de una alternancia pendular. Así, de acuerdo con Vicente PRIETO, "*cuando el poder político es ejercido por regímenes laicistas, se promulga una legislación que incluye la confiscación de bienes eclesiásticos (desamortización de bienes de manos muertas) el control de las actividades eclesiásticas por parte del Estado, la secularización de la educación y de la legislación matrimonial, etc. La "vuelta" a sistemas confesionales, o al menos de "religión protegida", significa en cambio la presencia de la Iglesia en la vida pública (en ocasiones con claras intervenciones de los pastores en cuestiones de política partidista), el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio católico, facilidades tributarias, fuero especial para los eclesiásticos, etc.*"[39].

De este modo, el mismo autor afirma que, en el desarrollo histórico constitucional colombiano, en esta materia, es posible tener en consideración los siguientes períodos:

- El régimen de confesionalidad católica: formal y material y el patronato cristiano (1824-1853).
- El régimen de separación, entendido en clave laicista (1853-1886);
- El régimen de confesionalidad formal, religión protegida y sociológica (1886-1991).
- Y el régimen establecido por la Constitución de 1991, que se decanta por el reconocimiento pleno de la libertad religiosa, así como, por los principios de laicidad, igualdad y cooperación[40].

De esta manera, según el mismo autor, la legislación colombiana en materia de libertad religiosa debe ser calificada como abierta y respetuosa de todas las creencias de los colombianos. Así, no solo respeta, sino que acoge y valora todas las expresiones de índole religiosos, en sus diversas expresiones, colectivas, individuales o institucionales. Por ello, en el desarrollo histórico de este principio, "*superada la confesionalidad estatal, el laicismo decimonónico y el régimen de religión protegida por la Constitución de 1886, se ha adoptado el sistema del Estado no confesional, laico. Es, sin embargo, una laicidad que hemos llamado positiva, pues ampara y protege los distintos aspectos del derecho fundamental de libertad religiosa, incluidos aquellos de tipo social e institucional, seguramente los más afectados por posturas laicistas*"[41].

V.4. Costa Rica.

En Costa Rica, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos latinoamericanos,

38 Véase, sobre lo anterior, Del Picó Rubio, J., El lugar de la religión en el Estado laico: el modelo de laicidad en Chile dos décadas después de la entrada en vigor de la Ley No. 19.638, ob. cit.

39 Ver Prieto, V., La laicidad positiva del Estado colombiano, *Pensamiento y Cultura*, volumen 12-1, junio de 2009, pág. 50.

40 Ver Prieto, V., La laicidad positiva del Estado colombiano, ob. cit., pág. 51. Sobre el tema, los artículos 18 y 19 de la Constitución de la República de Colombia vigente, es decir, la de 1991, estipulan lo que sigue: "*Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia. Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley*". Por su parte, en el artículo 2° de la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa, Ley No. 133 de 23 de mayo de 1994, se establece que: "*Ninguna Iglesia o confesión religiosa será oficial o estatal*" sin embargo, también se dispone que el Estado "*no es ateo, agnóstico, o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos*". Sobre lo anterior, el mismo autor, *supra* referido, agrega que: "*con la expresión "ninguna Iglesia o Confesión religiosa es ni será oficial o estatal" se define, por tanto, la no confesionalidad del Estado colombiano. Por contraste, con base en el mismo texto, se puede decir que el Estado confesional es el que asume como oficial o estatal una determinada Iglesia o confesión*" (ver página 55).

41 Prieto, V. (2009). La laicidad positiva del Estado colombiano, *Pensamiento y Cultura*, volumen 12-1, junio, pág. 50.

en el artículo 75 de la Constitución Política, se proclama el carácter confesional del Estado (o tolerante), en cuya razón la Religión Católica es la oficial, sin impedir, eso sí, el goce y disfrute de otras expresiones religiosas, con los límites del orden público protegido por ley, y sus componentes de Seguridad, Tranquilidad y Salubridad, así como los derechos de terceros.

De ahí que en los últimos años han proliferado diversos estudios y publicaciones, incluyéndose la del suscrito[42], tendentes a modificar la Constitución e introducir el requisito de la laicidad, como garantía institucional o como parte del contenido de la libertad religiosa. Al respecto, también analizamos en ese trabajo que existen en el Derecho constitucional comparado diversas expresiones del principio de laicidad, razón por la cual, en esta ocasión nos decantamos por potenciar la laicidad positiva y sus diversas dimensiones, a partir de lo contemplado en el artículo 16 de la Constitución Española de 1978[43].

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido, en su sentencia No. 154/2002 de 18 de julio, lo siguiente: "*En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones'', introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales'' (STC 177/1996)».*

De este modo, después de reconocer el carácter laico en el ordenamiento jurídico costarricense, se debe asumir su dimensión positiva, razón por la cual se deben mantener y potenciar la colaboración del Estado (incluso de índole económica), con las diversas confesiones con las cuales se ha suscrito los acuerdos de cooperación.

En este escenario, el Estado, tras velar por el respeto y la libertad de las religiones, en un marco de pluralismo religioso, debe proteger y fomentar las expresiones culturales y religiosas de los credos. Lo anterior supone el respeto y configuración, como un verdadero derecho fundamental, del uso de los símbolos religiosos en espacios públicos y las imágenes religiosas en edificios estatales. Con lo cual, esa cobertura y esa tutela, salvaguardia y protección de los derechos puede ser objeto de una vertiente individual, como colectiva, es decir, mediante intereses difusos o corporativos. También se debe reconocer y proteger la educación católica en las escuelas públicas, salvo que los padres del menor plateen una gestión para eximir al menor de esa clase de formación.

V.5. El Salvador.

Al respecto, es preciso mencionar que, en las diversas coyunturas tendentes a proclamar y a elaborar una nueva Constitución, en El Salvador, se ha aprovechado ese escenario para revivir discusiones relativas a la configuración constitucional del Estado como confesional o laico. Sobre el tema, Chanta Martínez menciona que: "*ante todo, lo anteriormente expuesto podemos concluir que el debate constitucional sobre la laicidad del Estado salvadoreño fue nuevamente abierto cuando el General Maximiliano Hernández Martínez decidió en 1938 convocar a una*

42 Véase, al efecto, Orozco Solano, V., *Laicidad y libertad de religión*, UBIJUS, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Centro de Estudios de Actualización en Derecho, Ciudad de México, 2015.

43 Orozco Solano, V. (2015). *Laicidad y libertad de religión*, UBIJUS, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Centro de Estudios de Actualización en Derecho, Ciudad de México.

Asamblea Constituyente para modificar la Constitución de 1886. Ante esto, los sectores católicos vieron que esa era la gran oportunidad para revertir los artículos laicizantes que afectaban directamente a la Iglesia Católica desde hace más de cincuenta años. Es así como se profundiza una fuerte crítica hacia el liberalismo, el comunismo, y la masonería en la prensa católica salvadoreña al considerarlos enemigos de la Iglesia. A la vez, los sectores católicos tenían todavía muy vivo en el recuerdo que cincuenta y tres años atrás la masonería había promovido la laicidad del Estado en la Carta Magna de 1886 y por tanto no vacilarían en lanzar una visión negativa de esta institución en los impresos católicos. En efecto, los impresos católicos eran uno de los principales vehículos que difundían ideas y creaban opinión pública de los grupos católicos"[44].

Esta discusión se mantuvo dado que la Constitución de 1939 de El Salvador, conservó el carácter laico del Estado, por lo que los sectores católicos continuaron criticando ese régimen normativo y, además, pretendieron demostrar que los Estados que promovían y defendían a la Iglesia Católica ostentaban mayor grado de bienestar que los que abrazan la laicidad. Lo cierto es que este último principio se mantuvo vigente en la esfera pública, lo que generó severas críticas al movimiento liberal, a los masones y a los comunistas de esa época. Sobre el tema, el autor *supra* referido agrega que: "*esto nos muestra que el debate sobre el Estado laico iba a continuar durante buena parte del siglo XX y en efecto, cada vez que se diera una reforma constitucional este tema volvería a salir. El discurso católico era similar al del siglo XIX respecto al liberalismo y la masonería. Sin embargo, hoy entraba en juego un nuevo enemigo: el comunismo*"[45].

V.6. Los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, en lo que toca al caso mexicano, según Rabasa Gamboa, la cuestión o tema religioso ha sido una constante en su constitucionalismo, a partir de su independencia en el Siglo XIX, desde la Constitución de Apatzingán de 1814, hasta la reforma constitucional de laicidad en 2012, tanto en las constituciones federales, como centralistas[46].

De esta forma, se pasó de regímenes de intolerancia religiosa, en las Constituciones de 1814, 1824 y 1836 hasta la libertad total de la profesión y práctica religiosa (1917), y en medio la ambigüedad, en 1857. Además, de acuerdo con el autor *supra* referido: "*del jacobinismo antieclesiástico (1917) -que por una parte reconoció la libertad de creencias entre las garantías individuales (artículo 24), pero por la otra, negó la personalidad jurídica y derecho de propiedad a las Iglesias, y la posibilidad no sólo para poseer bienes, sino también participar en política con el voto de los religiosos- transitamos a una gran apertura religiosa, sobre todo por lo que se refiere a las Iglesias y asociaciones religiosas, así como por los ministros de culto, con la reforma de 1992 y hasta la laicidad con la reforma de 2012*"[47].

También menciona el autor que durante el siglo XIX se desarrollaría la Guerra de Reforma, que tuvo por fin asegurar la separación entre la Iglesia y el Estado, mediante las Leyes de Reforma de Juárez, que luego Sebastián de Lerdo Tejada en 1873, incorporaría a la Constitución de 1857. Asimismo, en el siglo XX, México experimentó la Guerra de los Cristeros, que provocaría la Ley de Calles, y se extendería entre 1926 y 1929, que dejó un saldo de más de 250000 muertos[48]. Finalmente, el mis-

44 Chanta Martínez, R. (2018). Antilaicismo, anticomunismo, y críticas a la masonería en la prensa católica salvadoreña durante el retorno del debate de la laicidad del Estado (1938-1940), *REHMLAC+*, volumen 10, No. 1, mayo-noviembre, pág. 318.

45 Chanta Martínez, R., Antilaicismo, anticomunismo, y críticas a la masonería en la prensa católica salvadoreña durante el retorno del debate de la laicidad del Estado (1938-1940), ob. cit., pág. 318.

46 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., págs. 105-106.

47 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., págs. 105-106.

48 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., págs. 105-106.

mo autor agrega que la laicidad, en el contexto mexicano, está integrada por tres elementos, tales son: la libertad de conciencia, autonomía de lo político sobre lo religioso y la igualdad de los particulares y sus asociaciones ante la ley, así como el principio de no discriminación. Por último, el mismo autor agrega lo que se refiere a los conceptos de legitimación de poder y soberanía popular[49].

V.7. La República Oriental del Uruguay.

Sobre el particular, se ha sostenido que, en el Uruguay, actualmente se práctica un régimen de laicidad muy agresiva de combate, similar al caso francés. Al respecto, Da Silveira sostiene que: "*algunos autores siguen pensando que "la instauración de la laicidad del Estado es necesaria para construir un estado moderno" (…). Los casos que acabo de discutir* (refiriéndose a los supuestos de cada Estado, su relación con la Iglesia Católica y demás confesiones) *someramente muestran que esta afirmación no resiste la menor confrontación con los hechos. La condición que hace posible la aparición del estado moderno no es la laicidad sino la separación entre el estado y las confesiones religiosas. La laicidad es sólo una versión particularmente extrema y poco difundida de esta separación. Pretender que la laicidad es una condición para la aparición del estado moderno debería llevarnos a afirmar que en el mundo hay sólo dos estados modernos: Francia y Uruguay*"[50].

Al respecto, Correa Freitas sostiene que la reforma constitucional de 1917 (que entró en vigencia en 1918) es muy importante para valorar el alcance de la separación entre la Iglesia y el Estado, proclamada en su artículo 5°. Esta modificación, con algunas variantes, ha permanecido inalterable en el régimen constitucional uruguayo. En este orden de ideas, el mismo autor advierte que dicha reforma constitucional fue el resultado de una negociación entre nacionalistas católicos y los colorados batllistas liberales, en cuya virtud se admitiría la libertad de cultos, aunque se consagró, de igual modo, la separación de la Iglesia y el Estado; además, se le reconoce a la Iglesia católica el dominio sobre todos los templos construidos total, o de manera parcial, con fondos públicos. Finalmente, se exoneró de toda clase de impuestos al culto de las diversas religiones[51].

Este diseño constitucional, de acuerdo con el autor ya citado, permitió que se consolidara en el Uruguay el estado laico, lo que tiene sus raíces en el proceso histórico por medio del cual se produjo de secularización del Estado, desde la segunda mitad del siglo XIX. En efecto, en este período se aprobaron diversas disposiciones que condujeron al estado uruguayo a asumir la laicidad. Entre ellos se puede mencionar:

- En 1861 la secularización de los cementerios.
- En 1877 la creación de la escuela pública, gratuita y obligatoria.
- En 1879 se implementa la Ley de Registro Civil.
- En 1885 se crea el matrimonio civil obligatorio.
- En 1907 el divorcio por mutuo consentimiento.

49 Rabasa Gamboa E., La Constitución y la Religión, *Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano*, ob. cit., págs. 105-106.

50 Da Silveira, P., Laicidad, esa rareza, ob. cit., 1995, pág. 169. En esta investigación, al contrario, y como se ha sostenido en otros trabajos, se sostiene que la laicidad está estrechamente ligada con la libertad religiosa, razón por la cual se constituye en su fundamento y de garantía institucional, de tal forma que en un estado en que no se proclama la laicidad o la neutralidad del Estado frente al fenómeno religioso, no hay libertad de religión. Se aboga, en este trabajo, por introducir un régimen de la laicidad positiva, a partir del artículo 16 de la Constitución Española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en esta materia.

51 Véase sobre el particular, Correa Freitas, R., La laicidad del Estado en la Constituyente de 1917, *Anuario del Área Socio-Jurídica*, volumen 10, No. 1, Montevideo, 2018. Sobre el particular, en el artículo 5° de la Constitución Uruguaya de 1918, se indica que: "*Artículo 5°.- Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido, total o parcialmente, construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados actualmente al culto de las diversas religiones*".

- En 1913 el divorcio por la sola voluntad de la mujer.
- En 1909 se suprimió la enseñanza religiosa de la educación pública[52].

En suma, con la introducción en la Constitución de 1918 del principio de laicidad o de la separación de la Iglesia y el Estado se pone fin a dicho proceso histórico, habida cuenta que dicha cláusula fue incorporada constitucionalmente, tras una negociación o transacción entre las principales fuerzas políticas, en que se produjeron sendas concesiones por ambas partes. En palabras del autor *supra* referido: "*La transacción entre los partidos tradicionales en la Constituyente de 1917, que en definitiva fue una transacción entre liberales y católicos, fue una solución definitiva para la cuestión de la separación de la Iglesia y el Estado, poniendo fin al inmenso debate que se había generado en nuestro país en la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX*"[53].

Lo anterior ha sido el repaso o el desarrollo histórico del principio de laicidad, con algunas particularidades, en el marco de las relaciones entre las Iglesias y los Estados, en el caso latinoamericano, en particular, las situaciones de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay. Así, se contemplan casos como el de Costa Rica, en donde urge la reforma constitucional para introducir el principio de laicidad, en su vertiente positiva, como El Salvador y una propuesta más agresiva en México y el Uruguay.

VI.- Conclusiones.

En este trabajo se examinó, desde una perspectiva histórica y comparada, lo que contempla el artículo 16 de la Constitución Española de 1978, en relación con el principio de laicidad. Dicha norma consagra que: "*Artículo 16. 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*".

Con lo cual, el régimen constitucional español, tras declarar o reconocer la libertad ideológica, religiosa y de culto, en sus vertientes interna y externa, así como, el carácter no confesional del Estado, proclama la obligación estatal de tener en cuenta y cooperar con las diversas confesiones con las cuales se ha suscrito acuerdos de colaboración. De ahí que el Tribunal Constitucional Español, ha calificado dichas relaciones como supuestos de laicidad positiva, lo que comprende tres pilares; de neutralidad, en relación con el Estado y las distintas confesiones; de igualdad, entre las distintas religiones, en sus relaciones entre sí y con el aparato estatal; y, de cooperación, que puede ser de contenido económico, al examinar los diversos acuerdos del Estado Español con el Vaticano. Esta configuración del principio de laicidad, sin embargo, no está exenta de críticas, pues algún sector de la doctrina la califica como una especie de confesionalidad, o como una reacción estatal, jurisprudencial y doctrinal, frente a movimientos que pretenden instaurar una neutralidad más agresiva, de combate, liberal o negativa, entre los Estados y las religiones, en donde, por ejemplo, se reprime el uso de símbolos religiosos en escenarios públicos. Ya analizamos que esta versión más agresiva de la laicidad, que se

52 Véase, sobre lo anterior, Correa Freitas, R., La laicidad del Estado en la Constituyente de 1917, ob. cit., págs. 101-103.

53 Ver, Correa Freitas, R., La laicidad del Estado en la Constituyente de 1917, ob. cit., pág. 109.

practica en paises como Francia[54], Bélgica[55] o Turquía[56], soslaya la necesidad estatal de proteger y fomentar las expresiones culturales que, en razón de la libertad religiosa, y su libertad de culto, practican los particulares y diversas confesiones católicas, lo que ha sido recogido por órganos jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el conocido criterio del margen de apreciación. De ahí que el estado no debe conformarse con ser neutral frente al fenómeno o el hecho religioso (entendido como la creencia en Dios o en la vida más allá de la muerte), sino que debe proteger y tutelar las diversas expresiones religiosas de los individuos. Debe servir de instrumento en relación con el ejercicio, goce y disfrute de la libertad religiosa, en su más amplia expresión, garantizándose, en todo momento, el derecho de que gozan los particulares, en razón de estas libertades, como la de pensamiento, ideológica y de expresión, con los límites que provienen del orden público protegido por ley (en sus dimensiones de seguridad, moralidad y salubridad), así como de los derechos de terceros.

Con lo anterior nos separamos de la noción de laicidad negativa o liberal que abrazamos en una ocasión anterior, para asumir la laicidad positiva, que mira desde una perspectiva distinta el fenómeno religioso, en la medida en que lo promueve, facilita y coopera con él, con aportes incluso de contenido económico, o bien, con la instalación de imágenes religiosas en edificios públicos, o los símbolos religiosos en escuelas y colegios, por mencionar algunos ejemplos. Dicha expresión del principio de laicidad y libertad religiosa ha sido potenciada por la Sala Constitucional de Costa Rica. Unos ejemplos de lo anterior los podemos encontrar en las sentencias No. 2013-1500, de 30 de enero de 2013, sobre imágenes religiosas en edificios públicos; No. 2014-1732, de 11 de febrero de 2014, sobre el acto de la consagración y la obligación de los servidores públicos, en una misa, de pedir perdón por los pecados que cometieron en el ejercicio de sus funciones: No. 2017-14918, 22 de septiembre de 2017; sobre el uso del kipá en un colegio público; No. 2020-1619 de 24 de enero de 2020, sobre la objeción de conciencia de los jueces; y, No. 2020-1945, de 31 de enero de 2020, sobre el uso del velo islámico en un edificio público, en las cuales la Sala Constitucional se adhiere a una defensa ejemplar de la libertad de religión.

Finalmente, conviene efectuar una precisión conceptual ya realizada en mi libro anterior, aunque con alguna variante, sobre esta materia, en aras de distinguir, como se sabe, la laicidad de combate o el laicismo, de la laicidad liberal, a confesionalidad o laicidad positiva, como lo utilizamos en esta ocasión. En un caso se promueve la represión del fenómeno religioso en escenarios públicos, mientras que, en el otro, al contrario, se potencia la promoción de las diversas confesiones por medio de la actividad estatal[57].

VII.- Referencias bibliográficas.

Ángel Jusdado, M. (2006). Laicismo en Fran-

54 El artículo 1° de la Constitución Francesa de 1958 estipula que: "*ARTÍCULO 1. Francia es una República indivisible, laica, democrática y social, que garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin distinción de origen, raza, religión y creencias. Su organización es descentralizada.*
La ley favorecerá el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales".

55 El artículo 21 de la Constitución de Bélgica establece que: "*El Estado no tiene derecho a intervenir ni en el nombramiento ni en la instalación de ministros de cualquier religión, ni a prohibir a estos ministros corresponderse con sus superiores ni a publicar los actos de estos últimos, pero, en este último caso, se aplican las responsabilidades normales en materia de prensa y publicaciones. El matrimonio civil debe siempre preceder a la bendición del matrimonio, salvo las excepciones que establezca la ley en su caso*.

56 En el Preámbulo de la Constitución de Turquía se establece, en lo conducente, que: "*Que no se concederá protección alguna a una actividad contraria a los intereses nacionales turcos, a la existencia turca y al principio de su indivisibilidad con su Estado y territorio, los valores históricos y morales de Turkishness; el nacionalismo, los principios, las reformas y el civilizacionismo de Atatürk y esa sagrada los sentimientos religiosos no deben participar en absoluto en los asuntos de Estado y la política, como exige el principio de laicismo*";

57 Véase, en este orden de consideraciones, Orozco Solano, V. (2015). *Laicidad y libertad de Religión,* IIDH, UBIJUS, CEAD, Ciudad de México, págs. 100-101.

cia: Precedentes y Ley de Separación de 1905 (en el centenario de la Ley). Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 22.

Bauzon, S. (2017). Le symbole répulicain de la laicité en France. Persona y Derecho, 77.

Chanta Martínez, R. (2018). Antilaicismo, anticomunismo, y críticas a la masonería en la prensa católica salvadoreña durante el retorno del debate de la laicidad del Estado (1938–1940). REHMLAC+, 10(1), mayo–noviembre.

Correa Freitas, R. (2018). La laicidad del Estado en la Constituyente de 1917. Anuario del Área Socio-Jurídica, 10(1). Montevideo.

Da Silveira, P. (1995). Laicidad, esa rareza. Prisma, (4).

Del Picó Rubio, J. (2019). El lugar de la religión en el Estado laico: el modelo de laicidad en Chile dos décadas después de la entrada en vigor de la Ley No. 19.638. Revista de Derecho (Coquimbo, en línea), 26.

Ordóñez Delgado, S., & Otra. (2007). Antecedentes históricos y doctrinales para el estudio del laicismo. Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea, 6.

Orozco Solano, V. (2015). Laicidad y libertad de religión. UBIJUS, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Centro de Estudios de Actualización en Derecho.

Pelayo Olmedo. (2006). Antecedentes históricos de la regulación del Estatuto Jurídico de las Comunidades Religiosas en España. Laicidad y Libertades, (6).

Prieto, V. (2009). La laicidad positiva del Estado colombiano. Pensamiento y Cultura, 12(1), junio.

Rabasa Gamboa, E. (2023). La Constitución y la Religión. Temas Torales del Derecho Constitucional Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Santiago, A. (2024). La laicidad positiva como modelo al que adscribe la Constitución Argentina en relación con el fenómeno religioso. Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, 10(1).

Vásquez Alonso, V. (2012). Laicidad y Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Witte Jr., J. (2017). Teología y política de la libertad religiosa en Norteamérica: cuatro modelos procedentes de la época fundacional. Persona y Derecho, 77.

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (72-88). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

LAS ACCIONES INSPECTIVAS VIRTUALES EN COSTA RICA.

Adapting Labor Law to Technology: Virtual Inspections in Costa Rica.

ERIC BRIONES BRIONES

- Abogado y Notario Público Costarricense.
- Máster y Doctor con especialidad en Derecho Laboral.
- Profesor Universitario, con más de 35 años de experiencia.
- Se le puede seguir en redes como: Gotitas Laborales y en distintos medios escritos periodísticos nacionales.

4

Desde la Organización Internacional del Trabajo, se viene considerando, en distintos estudios, lo siguiente: ***"El papel estratégico que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) juegan en el desarrollo de niveles más altos de competitividad y productividad no es ajeno a los sistemas de administración laboral, y en particular, a las inspecciones del trabajo. El uso de computadores, dispositivos móviles, bases de datos, registros, programas informáticos, Internet, redes sociales, telefonía móvil y aplicaciones asociadas pueden fortalecer significativamente la capacidad de los gobiernos en su función de promoción del cumplimiento de la legislación laboral en los lugares de trabajo. La utilización de las TIC en los sistemas de inspección puede aportar numerosos beneficios, tanto a las propias instituciones como a los usuarios finales, es decir, los trabajadores y los empleadores. Las TIC permiten un mayor acercamiento a los usuarios, una mejor transparencia de la función inspectora, un seguimiento inmediato de las actuaciones inspectivas, un tratamiento sistemático de las estadísticas, un mayor intercambio de datos entre distintas administraciones, una inspección más proactiva basada en planes o programas y una mayor agilidad en el trabajo de los inspectores, entre otras ventajas"*** (Organización Internacional del Trabajo. Cono Sur. Informes Técnicos/2 del año 2017).

Las acciones inspectivas virtuales en Costa Rica.

Adapting Labor Law to Technology: Virtual Inspections in Costa Rica.

Resumen.

El presente trabajo, pone en conocimiento de cara a las nuevas tecnologías, la necesidad de irse readaptando el Derecho junto con las instituciones públicas que lo aplican (específicamente en este caso el laboral), si pretenden seguir cumpliendo el fin para las cuales han sido creadas, como referentes de la seguridad jurídica en sociedad.

De allí, que, dentro de dicho deber y fin, es que se pase a exponer, la nueva directriz, referida a las acciones virtuales inspectivas de trabajo, sin que ello no venga a demeritar la realización de las visitas presenciales, en los casos en que sea oportuno y necesario, por parte de la Inspección de Trabajo costarricense.

Con esto se logra tener, un órgano estatal, más proactivo y adaptado a las nuevas realidades sociales, que demandan los mercados internacionales y las nuevas generaciones de patronos/trabajadores, dentro de un mundo resiliente.

Palabras claves.

Tecnologías. Innovación inspectiva. Inspección de Trabajo. Directriz sobre la modalidad de acciones virtuales. Teletrabajo. Ciclo inspectivo.

Summary.

The present work brings to light, in the face of new technologies, the need to readapt the law together with the public institutions that apply it (specifically in this case labor law), if they intend to continue fulfilling the purpose for which they have been created, as referents of legal security in society.

Hence, within this duty and purpose, the new guideline referred to virtual labor inspection actions, without detracting from the realization of on-site visits, in cases where it is appropriate and necessary, by the Costa Rican Labor Inspection.

Achieving with this, a more proactive and adapted to the new social realities demanded by international markets and the new generations of employers/workers, within a resilient world, is achieved. (Traducción libre, realizada por el autor).

Keywords.

Technologies. Inspection innovation. Labor Inspection. Guideline on the modality of virtual actions. Teleworking. Inspection cycle.

Sumario:

1. Introducción. 2. La eminente influencia tecnológica en el trabajo. 3. La Inspección de Trabajo. 3.1 Ámbito Internacional. 3.2 Ámbito interno. 4. Desglose de la directriz sobre la virtualidad. 4.1 De los considerandos. 4.2 Generalidades del Procedimiento. 4.3 La actuación. 4.4 Flujograma del Procedimiento. 5. El final. 6. Bibliografía consultada.

1. Introducción

Conforme el mundo cambia -consecuencia de los avances científicos/tecnológicos-

asimismo debe ir en una transformación y acompañamiento profundo, la disciplina del Derecho, con el fin de cumplir, su misión primordial, la cual es generar justicia en sociedad, bajo los principios constitucionales de la seguridad y la paz.

Es que no se vale seguir con recetas jurídicas desfasadas, dentro del actual mundo globalizado, donde la información fluye, en tiempo real; en donde se rompe la barrera del espacio, producto precisamente de la desmedida tecnología, posicionada en este mundo de la llamada "cuarta revolución industrial" y seguir con el pensamiento decimonónico y los institutos que la conformaron[1].

Ahora bien, dentro del mundo laboral, existe por antonomasia un órgano llamado a velar por el cumplimento de la normativa laboral/nacional, como internacional, denominado sistema inspectivo, el cual debe estar controlado por la autoridad central[2] y hacer posible sus fines.

Precisamente en el país, previo a la ratificación de los convenios OIT (81 y 129) que rigen la materia, se vino a estipular, durante la creación del Código de Trabajo, un sistema de esta naturaleza, con el fin de hacer posible, a los costarricenses: "**el cumplimiento y respeto**", relativo al trabajo y previsión social. Creándose para tal cometido un grupo de personas inspectoras de trabajo, las cuales cuentan con carácter de autoridades.

Hasta la fecha de su creación han transcurrido más de 85 años, de allí, que, para poder subsistir, en cumplimiento del mandato legal internacional como interno, ha tenido, que estar remozándose, a fin de ir cumpliendo su cometido, con la ciudadanía.

Precisamente, dentro de esta dinámica, es que se pasó de lo meramente presencial a la posibilidad del trabajo fiscalizador de manera virtual, por lo cual, el presente trabajo pretende dar a conocer, con base en la ley no. 8220 y sus reformas (en lo que atañe a la publicidad de la tramitología, para comprensión de la ciudadanía), la directriz interna no. DNI-DIR-01056-24, del 7 de mayo del año 2024.

Todo lo que se deja aquí plasmado, es con fines meramente académicos, por lo que se hace acopio de otros artículos que ha escrito su autor, a través de distintos medios. Sin que, las opiniones vertidas en el presente artículo pretendan ser de carácter oficial, si no, que son a título personal y no comprometen a las organizaciones a las que pueda pertenecer.

Amén, con el fin de conjurar la sobrecarga gráfica, se señala que, en muchos de los párrafos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de inclusión y equidad de género, existentes en el país, como parte de la progresividad de los derechos humanos.

2. La eminente influencia tecnológica en el trabajo

Hoy el mundo -precisamente- producto del desarrollo de la ciencia, ha provocado que las tecnologías y la comunicación (TIC), ocurran en tiempo real, con conocimiento de primera mano, en segundos, dentro de un mundo globalizado y entretejido por las

1 Conocida también como Industria 4.0, conlleva nuevas formas de relacionarse en el trabajo, en donde da necesariamente la interrelación entre producción y tecnología. Dentro de las tecnologías repunta la robótica, la analítica, la inteligencia artificial, las tecnologías cognitivas, la nanotecnología y por supuesto el Internet, sin dejar de lado el mundo virtual/o metaverso.

2 Según el convenio 81 OIT: El sistema de inspección es el encargado de: (a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones; (b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; (c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes. En similar sentido, el convenio 129 OIT, ambos debidamente ratificados por el país.

mismas. En donde el tiempo y el espacio, ya no son obstáculos, sino por el contrario, son canales y pistas inconcebibles de comunicación, para posibilitar la diversificación económica y la transfronterización de las personas trabajadoras/empresas, en pujante interdependencia comercial, a nivel de todo el globo terráqueo.

Esta situación ya se venía asomando desde los años 60´s del siglo pasado, en donde la misma industria cinematográfica, hacía películas televisivas como cinematográficas, atinentes al fenómeno, que hoy se está viviendo[3].

3 Ejemplo de ello, la serie televisiva, denominada "**Los Supersónicos**", que data de los años sesenta, producida por William Hanna y Joseph Barbera (los padres también de los Picapiedra de la era prehistórica), con una visión futurista hacia el año 2062, compuesta de 3 temporadas y más de 70 capítulos, en donde se trató de visualizar, lo que podría ocurrir un siglo después de su invención y de lo que hoy, se puede afirmar, ya es una realidad a inicios del presente siglo. En dicha serie caricaturesca jocosa y muy versátil, de las que millones de personas han sido testigos, de las peripecias de la familia del futuro compuesta por el papá (Super de 36 años), mamá (Ultra), hijos (Lucero una adolescente de 16 años, con su diario parlante de corazón rojo, llamado: "DiDi" y Cometín un niño de 8 años, con juegos tecnológicos), el abuelo sónico (con más de 110 años) las mascotas (Astro y Orbita), Robotina (ama de llaves electrobiónica) y su jefe laboral (El señor Espacial), habitando en edificios suspendidos en el aire, con lo que se puede evitar las inclemencias del tiempo, con solo elevarse hasta 4 mil pies de altura, por encima de las nubes. Entre muchas de las innovaciones que se esperaban para el futuro y que se reflejaban en la serie, se pueden señalar, por ejemplo, las bandas magnéticas para caminar y evitar el esfuerzo físico, dentro de las mismas casas, del mismo tipo que existen hoy en día en los aeropuertos de primer mundo; velocidades de los aeroautos, mínimas de 500 Km, por hora y cohetes espaciales a más de 3 mil millas por hora, con destino a cualquier parte del universo, como plus vacacional, si se han cumplido los objetivos dentro de las relaciones laborales futuras; cinturones antigravitacionales, para poder sostenerse en el aire; tubodeslizador con direcciones predeterminadas para traslado a distintos lugares; personas alcanzando edades superiores a los 150 años de edad, mediante alimentación de comida encapsulada; historias lúdicas, contadas en tercera dimensión; ropaje unificado e impermeabilizado por un atomizador; transportador de ambiente (lo que hoy se conoce como una realidad virtual en metaverso); con relojes de muñeca, como forma de comunicación visual en tiempo real y así un sinnúmero más de novedades, que hoy, muchas de ellas son realidad y no ficción y que conforme avancen los años, más bien la serie ya no va a ser vista como el futuro, sino como el pasado presagiador. Algo que reflejan algunas cintas, es que los trabajos del futuro, se van a conseguir por medio de un "casco proyector astral", siendo por medio de las máquinas (mediante IA), las que van a decidir, adonde hay opciones de trabajo, conforme al perfil de la persona candidata. Y además, la desigualdad laboral, en cuanto a número de personas trabajadoras vs. las máquinas, siendo estas en mayor número, comandadas eso sí, por las personas del año 2062 y en donde máquina y persona trabajadora (Rudy la máquina robot y Súper el Ser Humano), son cómplices, en contra de las muchas absurdas y antojadizas ordenes de los jefes (El señor Espacial y su competencia el señor Cogswell); que por cierto, irrumpen con las tecnologías en la privacidad de los hogares de las personas trabajadoras, sin derecho al desconecte. No obstante, en el capítulo, denominado: ¨**La venganza de los Robots**", se ponen de acuerdo las máquinas, para hacerle la vida imposible a Super, mediante la IA, en la cual tratan de excluirlo del sistema social cibernético, mediante "**alertas rojas**"; algo para pensar definitivamente como sociedad, ante este presagio, nada alentador. Los periódicos, ya no eran en papel, sino digitales e interactivos, mediante la visualización de pantallas planas; máquinas y casas con IA propias, entre los que destacaban, apagadores de luces, funcionando con solo el chasquido de los dedos, los relojes, las cocinas, aspiradoras, lavadoras y duchas multifuncionales y sin esfuerzo físico alguno, para las personas de finales del siglo XXI; en donde las herramientas pasan a ser obsoletas, tales como los serruchos, martillos, destornilladores, alicates, entre otros. En un mundo en que si bien, hay delincuencia, las armas, no son mortales, sino engarrotadoras o de gas infantilizador temporal; en cuanto a la policía, una vez detectada una infracción, estaban autorizados, para mediante una máquina inteligente (denominada: "juryvac", con IA), ejercer la justicia, resolviendo lo que procediera de manera inmediata, dentro de un concepto de justicia pronta, sin que significara "debidamente", pero al menos sí "cumplida", ante la frialdad de la máquina robot juzgadora. Ahora bien, dentro del ámbito laboral, los distintos episodios, arrojan un enfoque expectante, para el siglo pasado, pero que hoy a más de 50 años de su invención, no se aleja de la actual realidad, en muchos casos. Así, el oficio doméstico, era llevado a cabo por robots y máquinas caseras (que no se enferman nunca, sino que se desprogramaban por algún virus espacial, pero con la intervención de un Ser Humano, solo se les cambia una pieza y listo); que, con solo apretar un botón, las familias lavaban, planchaban y cocinaban los platos menos pensados, siendo la labor primordial, del ser humano, el de pensar en la manipulación del botón correcto de lo que se quería. Sirviéndose de tecnología (máquinas/robot), que asean y alimentan al ser humano, para ir a laborar, dentro de las ocupaciones propias de finales de siglo XXI. No obstante, provocándose una lucha constante -en algunos de sus capítulos- por la intromisión de la parte laboral, con la personal y familiar, en violación a las garantías laborales mínimas y sin reflejo de equidad de género, pues se siguió presagiando que para el año 2062, las mujeres iban a seguir ocupando puestos laborales secundarios, según dan fe las diversas cintas televisivas: secretarias, amas de llaves, vendedoras y mostradoras de ropas digitales, etc. Si bien, las personas debían en muchas ocasiones, acudir a sus centros de trabajo, los mismos se concentraban en cubículos herméticos y comunicados, para el desempeño de las labores, a través de máquinas (por ejemplo, la atención del médico, desde su consultorio y el paciente desde su casa, por medio de citas virtuales), bisofonos (especie de teléfono audio visual) y relojes inteligentes, con visualización en tiempo real y a distancias impensables (lo cual para la época en que fue pensado todo esto, era algo de ensueño); eso sí con "espías voladores", que controlan a la persona trabajadora, para verificar que estuvieran interconectados o como se diría hoy, teletrabajando. En esta serie, se pensaba que para el año 2062, los trabajos manuales, ya no iban a ser llevados a cabo por las personas físicas, sino por ordenadores, máquinas inteligentes (por ejemplo, expendedoras de Uranio y ya no de gasolina) y robots. Siendo así inexistentes, los trabajos que hoy persisten, pero que ya están anunciando su desaparición, consecuencia de las tecnologías, la ciencia,

Es que las *TIC*, además de impactar la economía global, ha venido a cambiar el rol productivo y su organización empresarial (por ejemplo, los grandes emporios que significan las plataformas digitales), pasando de una administración basada en la presencia del trabajador, bajo una división de producción concatenada al de un trabajo por objetivos, sea teletrabajable, por parte del conglomerado de las personas trabajadoras y teledirigible, por parte de las personas empleadoras.

Es decir, esto, conlleva todo un replanteamiento de paradigmas dentro de las relaciones de empleo, al incorporarse a las mismas, los **GPS** (sistema de posicionamiento global por satélite); **correos electrónicos** (envío y recepción instantánea de mensajes por internet); **etiquetas de identificación por radiofrecuencia** (identificación individualizable, mediante transmisión de la información a distancia, por ejemplo, el dispositivo para pago de peaje); **teléfonos móviles de última generación** (aparato que recibe y emite comunicación y es conectable con internet); **robótica** (estructura mecánica, alimentada por inteligencia artificial, hoy en día); **la Inteligencia Artificial** (conjunto de algoritmos de tipo productivo y extractivos[4], que siguen procesos pensados, con el fin de prever conductas humanas, ayudándole en el control y manejo de los procesos cotidianos; imitando al cerebro humano con respuestas predeterminadas, mediante los mecanismos lógicos y matemáticos, alimentados y conectados); **el metaverso** (mundo virtual parecido al real, con avatares, con bancos, ventas comerciales a nivel internacional), entre otros muchos.

Pero todo esto a su vez, genera cambios también en el poder empresarial, de administración, control y dirección patronal, que, en la práctica, podrían estar transgrediendo el derecho a la intimidad y privacidad de las personas trabajadoras, de allí la necesidad de tener contrapesos, mediante órganos fiscalizadores estatales, que vengan a ser acordes con estos cambios tecnológicos.

El mundo cambia, por ende, la labor del Derecho también, para subsistir dentro del escenario social. De allí la oportunidad de que todos los actores sociales (los que intervienen en las relaciones diarias, como los entes contralores/fiscalizadores estatales), también deban ser resilientes, readaptables y disruptivos, en la manera de actuación, en los momentos de cambio.

Es que el Derecho y los cambios sociales, deben ir en mancuerna, procurando cumplir con los fines para los cuales fueron creados y estatuidos, satisfaciendo los requerimientos de las nuevas generaciones, conforme a las épocas y los tiempos actuales.

3. La Inspección de Trabajo

El nacimiento de las inspecciones de trabajo -en el ámbito internacional- data a consecuencia de la teoría del deber estatal de la protección a los ciudadanos, ya que se supone que el Estado tiene su razón de ser -consecuencia de la naturaleza y condiciones extremadamente precarias del mundo y de la misma fragilidad del ser humano- en amparar y ordenar al componente social, para posibilitar una subsistencia segura y posible en armonía. Aprendiendo de esta forma a convivir con más seres de su misma especie y repartiendo deberes y obligaciones como el cultivo y la caza (teoría natural). Entonces, el Estado cumple una función de atención a las necesidades de quienes lo conforman,

la robótica, la nanotecnología, el metaverso, la Inteligencia Artificial y si se quiere la ficción del mundo actual. Y algo que llama la atención de la serie, dentro del desarrollo del trabajo, es que reflejan jornadas laborales de 3 horas diarias, dentro de un contexto totalmente automatizado (así Súper, tiene como profesión "operador digital", moviendo solo botones de producción, por medio de la robótica) y con 4 días de descanso, después de 3 laborados (Prontuario Laboral, 2023. P. 341-345).

4 Son de tipo productivo, los que crean valor en el trabajo para las personas trabajadoras y empleadoras, como la incorporación de la automatización, requiriendo menos tiempo para la realización de las tareas humanas y de tipo extractivo, las que aumentan los poderes empresariales sobre las personas trabajadoras, tales como los controles, las medidas de productividad, las cuales generan en muchos casos la exclusión de la mano de obra. Todolí: 2023 P. 187-193.

para obtener una mejor convivencia humana (*ratio essendi*) y a su vez mantener su legitimidad ante esta.

3.1 Ámbito internacional

Dentro de estas protecciones -en el siglo XIX- nace la Inspección de Trabajo (como ente de protección estatal, dentro de las relaciones laborales), allá en Inglaterra, como forma de preservar la moralidad de los aprendices, la cual iba dirigida a niños trabajadores, creándose comités de manera voluntaria conformados por personas notables de cada localidad); posteriormente se afianza, para evitar el desarrollo de enfermedades contagiosas entre las personas de las fábricas, creándose en 1833, los llamados "inspectores de fábricas (*inpectors of factories*)". Y a esto se sucedieron, la Ordenanza Industrial alemana de 1869 -encomendando la función inspectora a "funcionarios especiales"-, la aparición en 1891 de los primeros "inspectores industriales" en Portugal, y la de los primeros "inspectores del trabajo" en Francia sólo un año después, en 1892.

Por su parte, en Prusia, se extiende forzosamente a las actividades laborales, mediante Ley de 1869 promulgada por Bismark. En Francia, mediante Ley de 19 de mayo de 1874 se configura el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de aplicar las leyes sociales. El cuerpo estaba conformado por quince inspectores nombrados y retribuidos por el Gobierno y otros por los Consejos Generales; pero, muchos de estos incumplieron con la remuneración, por lo que la propuesta no fructificó. En Alemania, aparece dentro del Código Industrial de 1889, con carácter facultativo y con funciones limitadas a la tutela de la higiene y seguridad en el trabajo.

A nivel americano -se puede señalar- en los Estados Unidos de Norteamérica, es a partir de 1890 y específicamente en New York, en donde empieza a funcionar el servicio de inspección de trabajo, formando parte de este, también las mujeres, con potestades dirigidas a la investigación y prevención de los riesgos profesionales. En Chile se crea la Dirección General del Trabajo, en el año 1924, a la cual se le asignaron funciones de fiscalización en el cumplimiento a las leyes del trabajo y en México no es sino hasta 1931, cuando regula mediante Ley Federal, las atribuciones de un cuerpo inspectivo.[5]

Encontrando finalmente su conformación, como sus funciones -unificada mundialmente- a partir de la creación de la Organización Internacional del Trabajo, con la emisión de los Convenios 81 (servicios y comercio) y 129 (agricultura) y las recomendaciones 5, 20, 81 y 133.

3.2 Ámbito interno

A nivel nacional, señala el historiador, **Vladimir de la Cruz** que, realmente, la protección de los trabajadores en el país empieza formalmente a gestionarse por medio del Decreto-Ley no. 33, donde se expresa la voluntad política de crear una secretaria de Estado en el Despacho de Trabajo y Previsión Social, asignándosele dentro de sus competencias, precisamente, la creación de la Inspección del Trabajo[6].

Lo anterior, explica el posterior desarrollo de la Inspección de Trabajo, con la promulgación del Código de Trabajo del año 1943, dentro de sus artículos 585 a 600, específicamente en el Título Noveno referido a la Organización Administrativa de Trabajo[7].

---

5 La información aquí vertida -en cuanto al aparte histórico-, fue impartida, por el autor del presente trabajo, en capacitación, dada al Poder Judicial, sobre el tema de infracciones laborales, en fechas 6 y 7 de septiembre del año 2023.

6 La información aquí vertida -en cuanto al aparte histórico-, fue impartida, por el autor del presente trabajo, en capacitación, dada al Poder Judicial, sobre el tema de infracciones laborales, en fechas 6 y 7 de septiembre del año 2023.

7 El Lic. Eduardo Gutiérrez Chacón, Inspector de Trabajo, en los años 60s, en su tesis de graduación para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de

Bajo esta estructura y orden legal se mantuvo la inspección costarricense, hasta que durante la administración de José Figueres Ferrer (1954-1958), siendo Ministro de Trabajo, el Lic. Otto Fallas Monge, se preocupó por darle una nueva estructura, con el afán de proveer al Ministerio de Trabajo de mejores departamentos y oficinas en cuanto a orientación y dinamismo, por lo que se promulgó la Ley no.1860 de 20 de abril de 1955 (LOMTSS), lo cual vino a significar en palabras del Lic. Gutiérrez Chacón (1966):

Una asignación de funciones más técnica siguiendo la recomendación de la Organización Internacional de Trabajo, de la Inspección General del ramo, considerándose conveniente limitarle la facultad para conocer del estudio y aprobación de los Reglamentos Interiores de Trabajo, la evacuación verbal y escrita de consultas sobre interpretación de la ley, la tramitación de los asuntos de conciliación extrajudicial y el aspecto referente a la seguridad e higiene en el trabajo… Al mismo tiempo y mediante la Ley Orgánica del Ministerio, quedaron derogados los artículos 580 a 600 del Código de Trabajo, que comprendían la Organización Administrativa de Trabajo, y la organización y funcionamiento de la Inspección General de Trabajo, quedó comprendida del artículo 88 al 102 de la mencionada Ley Orgánica (Briones, 2016: p94). Resaltado es del original

Oportuno mencionar, que la Inspección de Trabajo Costarricense, como ente contralor y vigilante de que se aplique y se cumpla con la normativa laboral, tanto nacional como internacional[8], ejerce su función a través de 3 posibles acciones: **a)** A petición de parte o por denuncia: referida a la acción inspectiva que se origina en una denuncia o solicitud, interpuesta ante la Inspección de Trabajo, que sirve de base para la detección y verificación de infracciones laborales y procura una solución, en sede administrativa o judicial. **b)** De oficio: Se refiere a la acción que se origina en la iniciativa planificada y que procura identificar sectores o zonas con alta incidencia de infracciones laborales, para realizar una acción tendiente a divulgar, informar, asesorar a empleadores y trabajadores y prevenir o acusar en sede judicial. **c)** Focalizada: Se trata de inspecciones que se orientan a detectar las infracciones laborales, previamente determinadas a través de estudios de vulnerabilidad e infraccionalidad laborales, en los distintos sectores o en las infracciones señaladas en las denuncias interpuestas, y que por tanto, emplean un procedimiento que por su cobertura, tiende a discriminar o focalizarse en un tipo o tipos de infracciones laborales, según los criterios o prioridades previamente establecidos con

Costa Rica, refirió los inicios de la inspección de la siguiente manera: "**Al iniciar sus labores la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, se organizó la Inspección General de Trabajo, del cual dependía doce Inspectores con jurisdicción en toda la República y con asiento en la ciudad de San José, para efectos de sueldos se dividieron en dos grupos: Inspectores de primera categoría e Inspectores de segunda categoría, en consideración a este aspecto la Jefatura de la Inspección siempre asignaba el trabajo conforme a la importancia y gravedad de los asuntos. En las cabeceras de Provincias se instaló un Inspector de Trabajo, al cual se denominaba Inspector Provincial de Trabajo, con categoría dos. En lugares como la zona bananera también fue necesario establecer oficinas de Inspección de Trabajo, habiendo sido las primeras Golfito, Quepos y Puerto Cortés, pues esta jurisdicción por la gran concentración de trabajadores siempre ha sido objeto de conflictos y de actividades sindicales. A estos Inspectores siempre se les ha denominado Inspectores Regionales de Trabajo, y por la importancia de sus funciones han estado en la categoría más alta. Como dato importante debo informar que el primer grupo de Inspectores resultó con raras excepciones, un acierto en su integración, pues el Licenciado Oscar Barahona Streber que tuvo a su cargo la redacción del proyecto del Código de Trabajo y la organización de la Secretarí a de Trabajo y Previsión Social, seleccionó a un grupo de estudiantes de la Escuela de Servicio Social, adscrita a la Universidad de Costa Rica, y que por cierto había recibido un curso de Derecho de Trabajo, impartido por el mismo señor Barahona, además habían realizado cursos de sicología, servicio social, etc**." (Briones, 2016: p.93). Resaltado es del original.

8 Su normativa en general faculta a la Inspección a tutelar porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y de previsión social; con derecho a visitar los lugares de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en distintas horas del día y aún de la noche, si el trabajo se desarrollare durante ésta; a revisar libros de contabilidad, de salarios, planillas, medios de pago y cualesquiera otros documentos y constancias que eficazmente les ayuden a realizar su labor y que se refieran a los respectivos trabajos. En el eventual caso de encontrar resistencia injustificada, podrán requerir el auxilio de las autoridades de policía, únicamente para que no se les impida el cumplimiento de sus deberes. Además, se les faculta a examinar las condiciones higiénicas de los lugares de trabajo y las de seguridad personal para los trabajadores.

base en los mencionados estudios.

El marco legal -de manera general- de la Inspección de Trabajo del país, está constituido, por los siguientes instrumentos: **•Convenio núm. 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "Sobre la Inspección del Trabajo**", adoptado en la XXX Conferencia, en 1947 y ratificado por Costa Rica en 1960, relativo a la industria y al comercio. Según este convenio todo miembro de la organización que le tenga en vigencia debe mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos de estas actividades y los inspectores que laboren para este sistema, deben velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores. **• Convenio núm. 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "Sobre la Inspección del Trabajo en la Agricultura"**, adoptado en la LIII Conferencia, en 1969 y ratificado por Costa Rica en 1972, relativo a la agricultura. Según este Convenio todo miembro de la organización que le tenga en vigor debe mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura. **• Convenio núm. 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas**, entró en vigor en Costa Rica en 1985. Establece que los Estados deben contar con una política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad. Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las personas con discapacidad y a promover oportunidades de empleo para ellas en el mercado regular del empleo. **• Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**, no.1860 del 21 de abril de 1955, reformada por las Leyes no.3095 de febrero de 1963, no.4076 de 6 de febrero de 1968 y no.4179 de 22 de agosto de 1968. Según esta Ley, la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo es un órgano técnico del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuyo propósito es "…asegurar, súper vigilar y fiscalizar el cumplimiento de la legislación del trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión; asimismo, asesora y ayuda a los empleadores y trabajadores para mejor observancia de la ley". El Capítulo Quinto se refiere a la Inspección de Trabajo. Además, el artículo 4º le da fundamento a la desconcentración aplicada en este Manual. **• Ley General de la Administración Pública**, Ley no.6227 del 2 de mayo de 1978, especialmente los artículos del 83 al 90 relativos a la desconcentración, los cambios de competencia en general y la delegación. **• Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos**, Ley no.8220 del 4 de marzo de 2002 tiene como propósito simplificar los trámites y requisitos establecidos por la Administración Pública frente a los ciudadanos, y garantizar el derecho de petición y respuesta, así como el libre acceso a los departamentos públicos. **• Reglamento de Reorganización y Regionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**, Decreto Ejecutivo no.1508-TBS del 16 de febrero de 1971, especialmente el Título IX de la Descentralización y la Desconcentración en el MTSS, artículos del 74 al 81. **• Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo**, Decreto no.28578, publicado en el Alcance no.28 a *La Gaceta* no.76 del 18 de abril del 2000, que define tanto las funciones, competencias y atribuciones como la estructura organizativa de la Inspección de Trabajo. **• Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo núm. 20, 81 y 82 sobre la Inspección de Trabajo**, que señalan recomendaciones relativas al objeto, funciones, poderes, organización y tipos de inspección, así como a materia de salud ocupacional y el tripartismo. Sin perjuicio de la demás normativa conexa interna, emitida por el país, dentro de su soberanía, tales como las circulares y directrices[9]. Resaltado es del original.

4. Desglose de la directriz sobre la virtualidad

9 En la actualidad se está en la confección de un reglamento inspectivo, que abarque todos los cambios que ha habido, desde la última directriz publicada en el diario oficial, en el año 2014.

Comprendidas las competencias y funciones de la inspección de trabajo, costarricense, de seguido se pasa, a exponer la directriz no. DNI-DIR-01056-24 de fecha 7 de mayo del año 2024, la cual se desglosa, en 7 considerandos y 23 artículos, atinentes al procedimiento, que deben seguir las personas inspectoras de trabajo, a la hora de efectuar acciones inspectivas de tipo virtual.

4.1 De los considerandos

Lo primero que se expone es la facultad tanto internacional, como nacional, para que las personas inspectoras de trabajo puedan realizar visitas en todos los centros de trabajo, dentro del territorio nacional. Así como la situación real, merced como se explicó arriba, que las tecnologías vienen cambiando el mundo, de allí, que la misma Sala Constitucional, haya reconocido que el avance en materia de TIC, esté permitiendo la conexión entre personas e instituciones a nivel mundial, a través de medios electrónicos, eliminando así las barreras de espacio y tiempo. Lo cual, provoca que los poderes públicos, en beneficio de las personas administradas, deban promover y garantizar, en forma universal, el acceso a las nuevas tecnologías, como parte del derecho a la cuarta generación.

Es ante dicha situación, que se busca que el ente protector de los derechos laborales de las partes deba adecuarse a los avances técnicos actuales y las necesidades de sus diversos actores sociales, por lo que, con instrumentos, como el que se referirá, se facilite dicho cometido, junto con la modalidad ordinaria teletrabajable, emitida desde el año 2022, según Directriz NO.002-MTSS-MIDEPLAN, publicada en el alcance no.138 de la Gaceta no.128 del 06 de julio del 2022.

4.2 Generalidades del Procedimiento

Primero decir, que dentro del marco conceptual, se indica en la Directriz, que por acciones inspectivas virtuales, se entienden aquellas que comprenden una modalidad de inspección a distancia (la cual puede ser originada por denuncia u oficiosamente), utilizando las TIC, mediante la participación activa de las personas empleadoras y trabajadoras[10], en donde se verificará básicamente documentación de las partes[11], cotejados con los registros públicos, garantizando el derecho de defensa y la protección de los datos brindados, conforme así lo indique la ley[12]. Para lo cual, se deben incorporar en los sistemas informáticos de inspección, todos los documentos o archivos digitales, como respaldo de sus actuaciones, en pro de la transparencia y el control interno.

---

10 Para ello, hay que tener en cuenta, que las personas deberán contar con los siguientes requerimientos tecnológicos mínimos: a) equipo de cómputo o cualquier otro dispositivo electrónico que cuente con cámara y micrófono, b) conexión a internet, c) dirección de correo electrónico y, d) acceso a la plataforma digital que se establezca al efecto (art. 5 de la Directriz).

11 Según el artículo 10 de la Directriz, se podrán pedir: "**datos de la persona empleadora, poder de representación (puede ser poder especial administrativo u otro con mayores facultades), cualquier documento que se requiera para determinar si existe o no alguna infracción, planilla de la Caja Costarricense de Seguro Social, póliza de riesgos de trabajo del Instituto Nacional de Seguros, política interna contra el hostigamiento sexual, política interna contra el hostigamiento laboral, comprobantes de pago de salario, comprobantes de pago de aguinaldo, inscripción o registro ante el Consejo de Salud Ocupacional de comisiones y oficinas de salud ocupacional, planes de trabajo de comisión y oficina de salud ocupacional, planillas internas, y cualquier otra documentación o información que se requiera. Así como la lista de las personas trabajadoras con indicación del nombre completo, número de cédula o número de documento de identidad, dirección de correo electrónico, número de teléfono celular, medio para recibir futuras notificaciones e indicación expresa de que cuenta con los medios tecnológicos para efectuar un proceso de inspección virtual**". Resaltado es del original.

12 Indica textualmente el artículo 4 de la Directriz: "**Artículo 4. Sobre la protección de los datos personales. La información que recaben las personas inspectoras será confidencial, resguardando la privacidad de las personas empleadoras y trabajadoras, conforme a la Ley NO.8968 del 7 de julio del 2022, "*Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales*" y su reglamento y el inciso a) del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dado que el servicio público y la actividad ordinaria que presta la Inspección de Trabajo es la efectiva tutela y protección de los derechos laborales, ésta se encuentra facultada para solicitar los datos de las personas físicas, al amparo de lo dispuesto en los incisos e) y f) del artículo 8 de la ley supra citada. De previo a la obtención de los datos personales, se deberá informar a las personas empleadoras y trabajadoras, acerca del fin y el tratamiento que se dará a los datos que proporcionen**". Resaltado es del original.

No obstante, se podría aplicar la modalidad dual (virtual/presencial), cuando el caso así lo requiera o cuando exista de por medio criterio de la persona inspectora de trabajo, de su superior o bien a solicitud de alguna de las partes interesadas.

Importante indicar, que en caso de que la parte patronal, entorpezca de alguna manera la actuación de la Inspección de Trabajo, se va a proceder, como se hace en los ciclos inspectivos ordinarios presenciales, conforme a la normativa que rige al respecto[13]. Además, del hecho que tanto ésta, como la trabajadora, deben suministrar un correo electrónico válido para atender notificaciones, de allí que toda documentación enviada a esa dirección se tendrá como debidamente notificada.

4.3 La actuación

Dentro del sistema informático que al efecto lleva la Inspección de Trabajo, se debe consignar que se va a realizar una acción de tipo virtual. Una vez asignada, la persona inspectora inicia dentro del plazo de 30 días naturales. Constando la solicitud de información que se realiza a la empleadora, con la identificación de la autoridad[14] e indicación de los alcances de este tipo de modalidad de actuación, bajo la firma digital correspondiente.

Posterior a esto, procede igual que se hace con el ciclo inspectivo ordinario presencial, en cuanto a las entrevistas, solo que en estos casos es mediante reunión virtual, con la utilización de plataformas y formularios digitales establecidos según el tipo de visita o bien cualquier otro medio tecnológico que se disponga, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Directriz.

Una vez cumplida esta fase, se revisa y coteja la información brindada. En caso de no detectarse alguna anomalía, se elabora el acta de inspección virtual sin infracciones, con el cierre del caso en el sistema electrónico. A contrario sensu, -conforme al artículo 17 de dicha Directriz- se le notifica a la parte empleadora el acta de inspección y prevención, indicándole las faltas encontradas y la forma de subsanarlas, dentro del plazo otorgado para corregirlas, así como los recursos que caben contra el acta de conformidad con el artículo 139 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y las consecuencias laborales y legales afines a los temas investigados en caso de persistir la infracción[15].

13 Artículo 400 del Código de Trabajo: "Las infracciones a las normas prohibitivas de este Código o de las leyes de trabajo y seguridad social serán sancionadas a partir de la multa comprendida en el numeral 3 de la tabla de sanciones del artículo 398, o superiores establecidas por ley especial. Cuando se trate de la negativa a otorgar informes, avisos, solicitudes, permisos, comprobaciones o documentos requeridos según este Código y las leyes de trabajo y seguridad social, para que las autoridades de Trabajo puedan ejercer el control que les encargan dichas disposiciones, los responsables serán sancionados con la multa comprendida en el numeral 1 de la tabla de sanciones contenida en el artículo 398, siempre que haya mediado prevención con un plazo de quince días". Artículos 314 y 396 inc.7, respectivamente del Código Penal: "Desobediencia: Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos sus extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención" y " Dificultar acción de autoridad 7) Al que, sin agredir a un funcionario público ni a la persona que le prestare auxilio a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal, lo estorbare o le dificultare, en alguna forma, el cumplimiento de un acto propio de sus funciones, le presentare resistencia o incurriere en otro desacato que no constituya delito".

14 Artículo 13. Deber de identificación durante las entrevistas virtuales. Al inicio de toda entrevista virtual, las personas inspectoras, empleadoras y trabajadoras deberán identificarse, para lo cual deberán mostrar su documento de identificación a la cámara del dispositivo electrónico, en aras de que sea acreditada su identidad.

15 Artículo 139 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, refiere: "**Toda resolución o pronunciamiento del Ministerio, debe ser puesta en conocimiento de los interesados, haciendo uso del medio que sea más directo y efectivo. Tratándose de actuaciones o de resoluciones dictadas por las diversas Dependencias del Ministerio, siempre que aquéllas no emanen directamente del Ministro, las partes interesadas pueden apelar de las mismas ante el Titular de la Cartera, dentro de los quince días siguientes a la respectiva notificación, por escrito o en forma verbal, recurso que estará exento de toda clase de formalidades. Sin embargo, respecto de las prevenciones formuladas por la Inspección General de Trabajo, así como de las resoluciones de ésta mediante las cuales ordena incoar acciones judiciales por incumplimiento de dichas prevenciones, no procederá recurso alguno,**

Resuelto el recurso en caso de haberse interpuesto o cumplido el plazo otorgado para corregir lo detectado, la Inspección de Trabajo debe verificar el cumplimiento de lo prevenido, para lo cual llevará nuevamente a cabo entrevistas a la persona empleadora y a las personas trabajadoras, remitiendo los formularios pertinentes, en caso de proceder[16]. En aquellos casos donde se haya dado cumplimiento de lo prevenido, le notificará un acta de revisión informando del cierre del caso. En caso de incumplimiento se le informará (acta de revisión) sobre las repercusiones legales y el inicio de las acciones judiciales, con base en los artículos 396 al 403 y 669 al 681, todos del Código de Trabajo.

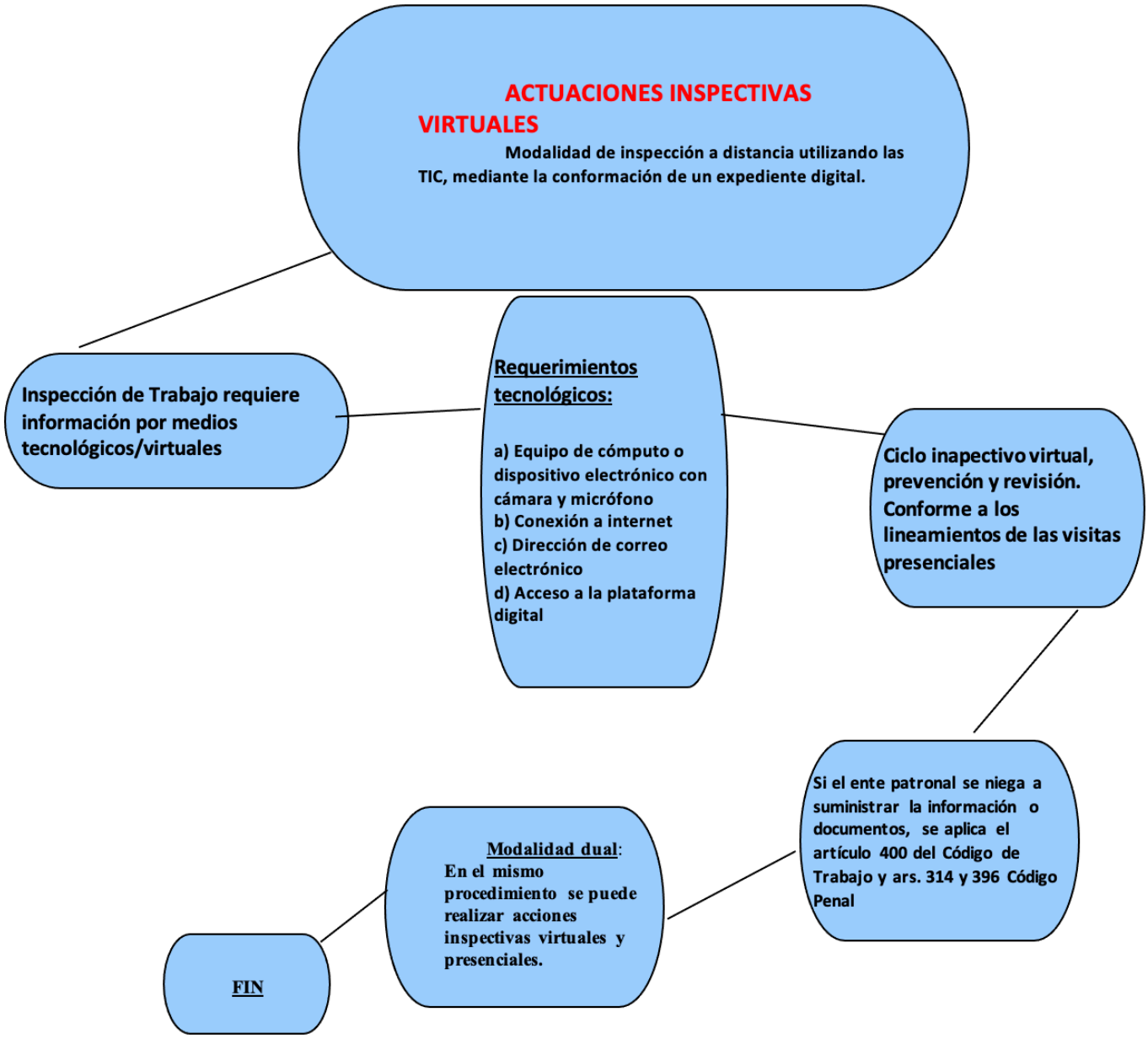
Finalmente indicar, que la persona inspectora de trabajo deberá aplicar los plazos establecidos en el Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo, el Código de Trabajo y cualquier otra normativa vinculante al caso, dejando a su discrecionalidad y razonabilidad aquellos que no se encuentren debidamente regulados.

Como se puede observar, este es el mismo procedimiento inspectivo que se realiza de manera presencial (conforme al Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo), solo que en este caso, es aplicado mediante la tecnología, que hoy es posible, poniéndose así a tono con los cambios sociales y las nuevas realidades, dentro del mercado laboral nacional.

---

salvo el de revisión ante la misma Inspección". Señalando el artículo 18 de la Directriz en comentario, que la interposición de incidentes, solicitudes de nulidad, excepciones, o cualquier otro tipo de recursos (salvo el recurso de revisión), no está prevista en la norma supra citada, por lo que no resultan procedentes y, en caso de que sean interpuestos no suspenderán el procedimiento y serán atendidos en la resolución final. Cuando la persona empleadora ofrezca prueba testimonial, la misma podrá ser evacuada de manera virtual. Resaltado es del original.

16 De no lograrse la entrevista virtual por causas imputables a la parte patronal, de lo que se dejará constancia, la persona inspectora elaborará el acta de revisión y la notificará a la parte empleadora al medio señalado. Notificada el acta de revisión por incumplimiento a la normativa laboral, la persona inspectora de trabajo remitirá el informe de acusación a la jefatura regional, dentro del plazo de cinco días hábiles después de notificada dicha acta.



4.4 Flujograma del procedimiento

De seguido, se pasa para mayor facilidad de la persona lectora, a presentar la siguiente ilustración, sobre lo comentado a nivel procedimental, de manera resumida.

5. El final

Definitivamente son una realidad presente y latente, las tecnologías, influyendo en el campo social y por ende en el mundo del D erecho. Es que, aunque haya incrédulos y opositores, añorando muchos de ellos, las relaciones laborales, de la época del maquinismo o revolución industrial, van a tener que adaptarse o morir, en el intento por mantener lo pasado, por cuanto la nueva realidad generacional, corre más aprisa, que incluso el mismo Derecho laboral mundial, como lo entendió el jurista chileno, Eduardo Novoa Monreal, en los años 70`s del siglo pasado y por ende -como lo presagió- si este quiere cumplir su papel primordial -el cual es satisfacer en armonía los intereses sociales- debe remozarse y no quedarse rezagado. Es decir, ir a toda proa y no quedarse en la popa.

Por otra parte, como refirió el profesor francés Gustavo Zagrebelsky, en tiempos tan oscuros reconforta saber que el Derecho sigue siendo objeto de desvelos y de reflexiones conducentes a la determinación de su función precisa en el seno de una sociedad dinámica, cambiante, donde no hay nada estable y toda (sic) está sujeto a revisiones intelectuales[17]. De allí, que resulta encomiable este tipo de propuestas administrativas, a fin de brindarle a la ciudadanía, herramientas más eficaces, dentro de su actuación, en pro de sus intereses, de cara al siglo XXI.

Bueno, precisamente, esto es lo que está haciendo la Inspección de Trabajo costarricense, con este tipo de propuestas prácticas, que vienen a satisfacer las demandas de los ciudadanos, de cara a las nuevas realidades tecnológicas, provocando mayor eficiencia y menos gasto al erario, mediante este tipo de actuaciones, impensables antes de la pandemia, Covid-19.

Y es que como lo ha referido la Organización Internacional del Trabajo, la utilización de las TIC en los sistemas de inspección aporta beneficios a lo interno de la organización, como a lo externo, en la satisfacción de los intereses a la ciudadanía, a la que va destinada su actuación. Mejorando, la transparencia de la función inspectora y un seguimiento inmediato de las actuaciones inspectivas, entre algunas ventajas.

Concluyentemente, como Estado de Derecho y democracia, que es Costa Rica, debe seguir apostando al fortalecimiento de la actividad de control administrativo -dentro de la potestad de orden público- pero de manera distinta a la tradicional, amparándose precisamente en este tipo de oportunidades tecnológicas, bajo la premisa de cumplir el mandato de velar por la seguridad y la paz, del binomio patrono/trabajador, en pro de una mejor productividad, equitativa e inclusiva.

17 Briones 2016: p. 4.

6. Bibliografía consultada

Libros

Brenes Córdoba, A (2002). Historia del Derecho. Editorial Jurídica Continental. 1 edición. San José, Costa Rica. Pp. 248

Barahona Streber, O. (1996). Memorias y opiniones: aspectos de la verdadera historia de la reforma social en Costa Rica y Guatemala; y del pasado, presente y futuro de la situación económica y fiscal de Costa Rica. Editorama, 1 ed. San José, Costa Rica. Pp388.

Bourdieu, Pierre. (2001). Poder, Derecho y Clases Sociales, 2da edición. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. 2000, pp. 232.

Bourdieu, P. Chamboredon, J. C. y Paseeron, J.C. (2004). El Oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos. Siglo XXI, editores. Impreso en Argentina. Traducción de Fernando Hugo Azcurra. Pp. 372.

Briones Briones, E (2015). Procedimientos Laborales de la Inspección de Trabajo (Con las directrices unificadas). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Primera edición. Pp.196.

Briones Briones, E: (2016). Hacia un Cambio de Paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infraccionalidad Laboral (versión electrónica). Editorial Master Lex. San José, Costa Rica. Pp. 529.

Briones Briones, E: (2023). Prontuario Laboral. En conmemoración del 80 aniversario del Código de Traajo. Editorial Isolma. San José, Costa Rica. Pp. 438

.

Todolí Signes, A (2023). Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación. Editorial Aranzadi. España/Navarra. Pp. 219.

Varela Araya, J. (1995). Manual de Procedi-

mientos Laborales. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. Pp. 314.

Revistas

Briones Briones, E. (1997). Prácticas laborales desleales. Procedimiento en sede administrativa. *Rev. Ivstitia, (124-125)*, 33–37.
Briones Briones, E. (1998). Diversos procedimientos laborales en sede administrativa. *Rev. Ivstitia, (139-140)*, 20–30.

Briones Briones, E. (2001). Infracciones laborales. Procedimiento en sede administrativa y judicial. *Rev. Ivstitia, (179-180)*, 26–32.

Briones Briones, E., & Ramírez, M. (2004). Los procedimientos en la Inspección de Trabajo. *Rev. Ivstitia, (211-212)*, 25–31.

Briones Briones, E. (2010). La inspección de trabajo costarricense: El deber de tutelar imparcialmente (3.ª ed.). *Rev. Real Card*, 9–28.

Briones Briones, E. (2011). Régimen sancionatorio de la Inspección de Trabajo en Costa Rica (misé en demuere). *Rev. Judicial, (101)*, 34–46.

Briones Briones, E. (2022). Retos laborales en el bicentenario de la independencia costarricense. *Rev. Cienc. Juríd., (157)*, 1–34.

Directriz, decretos, leyes, reglamentos y pronunciamientos

Administración R. A. Calderón Guardia. (1943). *Código de Trabajo de Costa Rica*. Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Imprenta Nacional.

Código de Trabajo de Costa Rica. (1943). *Versión electrónica con reforma de la Ley No. 0343*. http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf

Constitución Política de Costa Rica. (1949). *Versión electrónica*. http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf

Directriz interna DNI-DIR-01056-24. (2024, 7 de mayo). *Procedimiento de acciones inspectivas virtuales*.

Directriz No. 002-MTSS-MIDEPLAN. (2022, 6 de julio). *Teletrabajo* [Alcance No. 138 de la Gaceta No. 128]. https://www.mtss.go.cr/elministerio/despacho/teletrabajo/Directirz%20No-2-2022-Teletrabajo.pdf

Ley No. 8220. *Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos*.

Ley No. 1860. (s.f.). *Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=566

Código Penal de Costa Rica. (s.f.). *Versión electrónica*. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

Instrumentos internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). *Versión electrónica*. http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). *Convenio 81 sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio*. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C081

Otras fuentes

Briones Briones, E. (2021). *Infracciones laborales en el contexto actual*. Noticias Cielo, (8). https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2021/08/briones_noticias_cielo_n8_2021.pdf

Capacitación brindada al Poder Judicial, los días 6 y 7 del mes de septiembre del año 2023, por parte del Dr. Eric Briones Briones, so-

bre el tema de infracciones laborales, en seminario/taller.

Deloitte. (s.f.). ¿Qué es la Industria 4.0? https://www.deloitte.com/es/es/Industries/industrial-construction/analysis/que-es-la-industria-4-0.html

https://www.larepublica.net/noticia/la-robotica-y-las-transformacion-en-el-mundo-laboral

https://www.nacion.com/el-pais/trabajo/experto-costa-rica-debe-avanzar-en-automatizacion/3S7TRVBR45C55PDG5ZQUUBZX3Y/story/

https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real

Organización Internacional del Trabajo. Cono Sur. (2017). *Informes Técnicos/2 del año 2017. Utilización de tecnologías de la información y de la comunicación en las inspecciones del trabajo. Una visión comparada en torno a países seleccionados*. https://www.ilo.org/es/media/420516/download

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (89-104). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

TENDENCIAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL.

TRENDS IN AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN ECONOMIC AND BUSINESS CRIMINAL LAW.

LUIS ALONSO ROJAS RISHOR

- Licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica,
- Máster en Derecho Penal en la Universidad Internacional de Las Américas.
- Doctorando en Derecho Penal en la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Juez de Juicio en el Tribunal Penal de Puntarenas, Costa Rica.

5

TENDENCIAS DE AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL DERECHO PENAL ECONOMICO Y EMPRESARIAL.

TRENDS IN AUTHORSHIP AND PARTICIPATION IN ECONOMIC AND BUSINESS CRIMINAL LAW.

Resumen.

La presente investigación es un análisis general del Derecho penal económico, su relación con el Derecho penal empresarial, se reseña la existencia de características principales de la delincuencia y del autor de estos delitos usualmente equiparado a la figura de delincuente de "cuello blanco". Posteriormente se adentra de forma general en las formas de autoría y participación para la responsabilización de los actos cometidos en el seno de la empresa y particularmente las principales teorías utilizadas para la imputación de codelincuencia del llamado "hombre de atrás" de la organización empresarial.

Abstract.

This research provides a general analysis of economic criminal law and its relationship to corporate criminal law. It outlines the main characteristics of crime and the perpetrators of these crimes, typically equated with the "white-collar" criminal. It then delves broadly into the forms of authorship and participation in the determination of liability for acts committed within a company, and particularly the main theories used to impute co-delinquency to the so-called "man behind the scenes" of a business organization.

Palabras clave.

Derecho penal económico, Derecho penal de empresa, coautoría, instigador, hombre de atrás, omisión.

Keywords.

Economic criminal law, corporate criminal law, co-authorship, instigator, man in the back, omission

Sumario.

I. Planteamiento inicial. II. Origen Histórico del Derecho penal económico. III. Concepto de Derecho penal económico. IV. Conceptualización de Derecho Penal Empresarial. V. Características de la criminalidad económica VI. Autoría y Participación en el Derecho penal económico y de empresa. VII Conclusiones

I. Introducción.

El presente artículo pretende establecer líneas generales y elementales que se presentan en los delitos económicos. Para esta labor en primer término se pretende establecer ¿cuáles son los conceptos que de forma mayoritaria la doctrina ha reconocido en relación con Derecho penal económico y el Derecho penal de empresa?

Asimismo, trata de puntualizar algunas características principales del Derecho penal empresarial y del delincuente de "cuello blanco" como comúnmente se le ha denominado al autor de estos delitos económicos.

Finalmente, de la suma de todos estos elementos, caemos a los problemas básicos de coautoría y participación en el Derecho penal económico, las formas en que se ha intentado involucrar al "hombre de atrás", refriéndose a los altos mandos en la estructura empresarial, por delitos que se comenten bajo dicha estructura, este repaso general por esas ideas o tesis de la penalidad de la codelincuencia entre altos mandos y ejecutores hacen que finalmente se brinde una postura sobre el panorama general de esta problemática jurídica.

II. Origen histórico del Derecho penal económico:

Es claro que no existe una posibilidad de anunciar el tema sin hacer una breve referencia histórica al surgimiento de estos delitos, en el caso particular debemos entender Derecho penal, como todo el régimen sancionatorio estatal ante la descripción de conductas que se estiman desaprobadas, bajo esta tesitura la doctrina ha reseñado que el Derecho penal económico es tan antiguo como el Derecho penal, esto porque siempre hubo una norma que castigaba o sancionaba las estructuras económicas de las sociedades.

Esto ha llevado a Caro Coria (2016) a establecer que: "*Así, en la época romana, por ejemplo, se castigaba a quienes especulasen con los precios de los cereales o evadían impuestos. En la misma época, el emperador Diocleciano fijó los precios máximos de los productos y salarios sancionando bajo pena de muerte su inobservancia. Con la misma sanción y la confiscación eran castigados quienes sacasen determinado tipo de productos, en especial el hierro y las armas. Es también común apreciar en el Derecho romano sendos tipos penales represores de la adulteración de productos alimenticios*.", por lo cual podemos observar que existen antecedentes del Derecho económico, en las raíces de nuestro ordenamiento jurídico penal, como lo es el Derecho romanista.

Esta materia, como todo el Derecho evoluciona según el contexto histórico y social, lo que nos lleva hasta el punto de ir deslindándose como una temática independiente y ya reconocida durante el siglo XIX que se reconoce el Derecho penal económico en sentido propio, esto tiene sentido porque es para ese momento en que se da un auge de las actividades económicas mundiales, de una forma centralizada y dirigida, inicialmente en Europa.

III. Concepto de Derecho penal económico.

Como se ha indicado, estas normas que tutelan las actividades comerciales han ido evolucionando, se ha dado su reconocimiento y la doctrina mayoritaria ha esbozado como criterio para su definición su objeto de protección. Podemos distinguir desde un concepto denominado restringido y un concepto amplio.

La postura del criterio restrictivo es la de Miguel Bajo Fernández, autor que justifica su definición por cuanto estima que un concepto amplio incide directamente en la concreción del bien jurídico, en particular el orden económico, la definición es la siguiente: "*conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía*"[1]. Es decir, a partir de este concepto el objeto de protección sigue siendo un interés estatal, no de las personas intervinientes en la economía sino un interés de intervención estatal en la regulación de la economía, es un Derecho penal administrativo económico.

La propuesta del concepto amplio del Derecho penal económico viene dada por el autor Klaus Tiedmann, mismo que goza de mayor auge en la doctrina jurídico penal, esto por cuanto no solo protege el derecho del

1 Derecho-penal-económico-parte-general-y-parte-especial Libro Libro Libro.pdf (página 49)

Estado en normar la economía, sino porque además, comprende aspecto de la producción, fabricación y distribución de bienes, es decir, la amplitud le permite que la tutela no sea únicamente la potestad estatal, sino que regule el comercio entre las personas, empresas y entes que se involucren en la vida económica. El Derecho económico protege: "*a todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica*".[2]

Sobre el particular se estima que el concepto amplio resulta beneficioso, pese a que existen críticas por cuanto pareciera que la generalidad impediría el establecimiento de diferencias entre un delito de contenido patrimonial clásico y un delito económico. No obstante, hay argumentos que inclinan la balanza a favor de este concepto amplio, en particular la sociedad evoluciona rápidamente y el comercio de igual manera, esto hace que un concepto de tutela estatal puede quedar corto frente a las nuevas tendencias comerciales. El concepto estricto además limitaría el espectro de delitos a los que tengan o atenten contra intereses económicos públicos, (delitos monetarios, contrabando, delitos fiscales), mientras que desde la perspectiva amplia abarcaría un grupo de delitos mucho más vasto.

IV. Concepto de Derecho penal empresarial

Cuando se habla del Derecho penal empresarial y Derecho penal económico, se habla de conceptos en una relación de género y especie, aunque comúnmente se tratan como si fueran sinónimos no lo son por cuanto el Derecho penal empresarial es una subespecie del Derecho penal económico.
Para acceder a la definición de Derecho penal empresarial, debemos iniciar con el concepto de empresa, la cual se ha considerado como una: "*organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de los bienes y servicios para el mercado*"[3]; anteriormente las legislaciones occidentales se basaban en el principio *societas delinquere non potest*, que significaba que la empresa no tiene capacidad de delinquir, no obstante, esto se ha ido modificando con el paso del tiempo generando la posibilidad de atribuir conductas delictivas y pudiendo ser consideradas penalmente responsables por los delitos cometidos en su nombre o beneficio, como sucede en Costa Rica con la Nº 9699. Por ello, los conceptos que han sido desarrollados en la doctrina contemplaban esta imposibilidad, así fue desarrollado por el autor Schünemann, Bernd, el cual proponía que el Derecho penal empresarial consistía en aquella que: "*por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa*"[4]. Dentro de este concepto amplio, debemos entender que hay lesiones tanto a intereses individuales como intereses colectivos de la propiedad privada y al orden económico en general. Algunos de los delitos que se podrían reseñar como parte de esta gama de tipos penales, corresponde a los delitos de insolvencia, estafa, administración fraudulenta, al igual que los delitos bursátiles y los fraudes al consumidor.

Como conclusión de este apartado, entonces podemos establecer que el Derecho penal económico, en la vertiente restrictiva, protegería únicamente los objetivos del Estado en la delimitación del Derecho penal económico, es por ello por lo que considero que la salida más efectiva al problema conceptual es la apertura a una definición amplia e integradora, que desde esa postura permita entonces abarcar la regulación en conjunto de todos los elementos de la actividad económica. De esta manera, se puede

2 Derecho-penal-económico-parte-general-y-parte-especial Libro Libro Libro.pdf Pag 50.

3 Citando a Sánchez Calero: Terradillos Basoco, J. Op. Cit., p. 13.

4 Schünemann, B. (1988) "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". p. 531. https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/46331

establecer que constituyen tipos penales del Derecho penal económico aquellas conductas que están penadas y que perjudiquen tanto intereses privados dentro del ejercicio de la vida económica, como también el nivel global, es decir el orden económico y la regulación jurídica estatal en la producción, distribución, consumo de bienes y servicios.

V. Características de la criminalidad económica

Es importante para la comprehensión del tema, la delimitación de algunas de sus caracteristicas, en la doctrina hay acuerdo sobre algunas de ellas, en este sentido han sido reseñadas Dino Carlos Caro Coria[5], de la siguiente forma:

a) Multiplicidad de sujetos activos.- *Al ser las empresas entes de carácter colectivo, sus actividades se desarrollan mediante la participación de múltiples sujetos que actúan para proteger los intereses del ente colectivo, lo que genera dificultades en la determinación de responsabilidad penal, sobre todo en empresas con complejos sistemas de distribución de funciones.*

En estas organizaciones, la Sociología y la Psicología Social han denunciado el hecho que la actitud colectiva de los miembros de los entes empresariales varia en relación con su comportamiento individual, lo que lleva a la adopción de una "actitud criminal colectiva".

b) Afectación de bienes jurídicos colectivos.- *Resulta evidente que las conductas en el seno de las agrupaciones tienden a afectar bienes jurídicos de carácter colectivo o macro social, ligados al propio funcionamiento del sistema social, como son, por ejemplo, el medio ambiente, el mercado de valores, el sistema socioeconómico, etc., intereses que resultan vinculados a la propia actividad de la empresa, macro entes que provocan lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de similar intensidad, todo lo cual deriva en la indeterminación de las víctimas afectadas, dando lugar al distanciamiento entre agresor y víctima, con las dificultades probatorias que ello supone.*

c) Diversidad de nexos causales y problemas en la determinación de responsabilidades.- *Los procesos de producción, distribución y venta de bienes y servicios generan una serie de problemas en la determinación de la participación, hecho que es característico en las sociedades postmodernas."*

Como vemos se trata de una delincuencia particular, donde no es posible establecer con claridad bajo las reglas básicas del Derecho penal, las responsabilidades por hechos delictivos, lo cual deviene en consecuencias prácticas muy evidenciables, como lo es la poca respuesta de los sistemas judiciales a nivel mundial contra los actos delictivos de las empresas.

La criminalidad económica, constituye entonces un fenómeno complejo, que impide la aplicación de las reglas clásicas del Derecho penal, para enfrentar el flagelo de la impunidad en estos delitos. Es claro, hasta aquí que no se trata de una criminalidad convencional, que tiene características, que desde el punto de vista de autoría y participación, generan gran dificultad a la hora de lograr la delimitación de ¿quiénes son las personas que deben ser considerados como imputados?

A esto podemos sumarle que existe un escaso interés del legislador por perseguir al delincuente de "cuello blanco", las razones vienen dadas por el perfil de este delincuente, que es de alto poderío económico y que por el sistema capitalista en que vivimos, no se presentan estos actos como una amenaza latente al *status quo*. En esta misma línea de pensamiento, se destaca el "Psicodrama de

5 Caro, D. (2016) "Derecho Penal Económico". Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Perú, p. 44.

Mergen" reseñado por Burgos (2015) [6] que de manera estructurada establece los rasgos del perfil del delincuente de delitos económicos, lo cual indica es por lo general de la siguiente manera:

a. Materialismo: Este tipo de delincuente sólo le da valor a los bienes materiales, constituyendo un auténtico maniaco cuya tensión patológica se libera con la ganancia, siendo su psicología similar a la del jugador.
b. *Egocentrismo: (propio del estado primario). Como no logran alcanzar la efectividad que pretenden, esta soledad la compensan mostrándose caritativos y generosos.*
c. *Narcisismo: De conformidad con el cual este tipo especial de delincuente es soberbio, insensible, sumamente inteligente, audaz y dinámico.*
d. *De Alta peligrosidad. Por encontrarse exentos de lí mites éticos.*
e. *Hipocresía: Mediante esta pese a ser sumamente fríos y calculadores se muestran generosos.*
f. Hipocresía Este especial tipo de delincuente posee una falta de conciencia de culpabilidad, debido a la ausencia de reacción social que los actos llevados a cabo por ellos producen.

Ahora bien, no se trata de generar una política criminal de Derecho penal de autor, es claro que estas características son sólo rasgos generales que incluso podrían evidenciarse presentes en algunos casos y en otros no, es una tesis sobre la que incluso debe afirmarse no existe consenso pero que para los efectos del presente trabajo permiten esbozar, algunas perspectivas desde la psicología que evidencian que no se trata de un delincuente convencional.

Es importante hacer ver también que existe escasa voluntad política para establecer tipos penales particulares en esta materia, esto lo podríamos definir como una débil criminalización primaria, "*según TIEDEMANN, debido a que el "delincuente fuera del alcance de la ley" impide al legislador penal la criminalización de determinadas conductas sobre la base del "poder social" que ostenta, dominio que el propio TIEDEMANN define como "la posibilidad de realizar su propia voluntad aún en contra de la resistencia de los otros participantes en la acción social". En el caso alemán, la influencia del poder social de los "delincuentes fuera del alcance de la ley" en la formación de la ley penal se ha manifestado en la impunidad de los "ententes" (entendimientos de adjudicación), limitándose su represión al ámbito de lo administrativo sancionador.*"[7] Si bien en nuestro país, existen varios tipos penales que atañen a la delincuencia económica, es evidente que no es algo que esté comúnmente en la agenda legislativa, por el contrario son los delitos contra la propiedad, la vida, la integridad física los que mantienen la discusión continua y vigente del Derecho penal.

Lo mismos sucede en el ámbito judicial y en la agencia policial, es decir, en los proceso de criminalización secundaria, existe un sesgo respecto a los otros delitos que podríamos definir como criminalidad común, si bien se conoce la existencia especializada de fiscalías y secciones de investigación de delitos económicos, estos cuentan con poco personal y bajo presupuesto, lo cual evidencia que no es una prioridad para el país, esta situación no es exclusiva de Costa Rica, sino que se generaliza en varios países, "*al respecto Klaus TIEDEMANN estima que las dificultades de persecución penal se relacionan a la influencia corruptora que ejercen los "delincuentes fuera del alcance de la ley", en la posibilidad de acceder a defensa judicial de mayor nivel y, principalmente, en la complejidad de las materias que el Derecho penal*

6 Burgos, A. (2015). Cuello Blanco y Delito. Revista de Ciencias Jurídicas N° 138 (57-88) Setiembre-Diciembre 2015. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35091.pdf

7 Caro, D. (2016) "Derecho Penal Económico". Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Perú, P.93

pretende regular, así es que en el ámbito del derecho fis- cal, derecho de quiebras, derecho societario, etc., las garantías se trans- forman en obstáculos para la obtención de la verdad material."[8], así las cosas conociendo este antecedente sobre este tipo de delincuencia es menester avocarnos a desarrollar el tema de autoría y participación, los principales problemas en la forma en que se imputan las circunstancias de codelincuencia, principalmente en cuanto al "hombre de atrás" en las figura empresarial.

VI. Autoría y Participación en el Derecho penal empresarial:

A partir de la teoría del dominio del hecho, se generó la posibilidad de explicar la división entre autor, coautor, cómplice e instigador. Esta inició con Hegel, pero ha ido modificándose y se plantea con una argumentación desde el finalismo.

Así para poder definir la autoría Castillo (2006) ha establecido: *"# 72.- De acuerdo con la teoría del dominio del hecho hay autoría cuando el autor tiene en sus manos el dominio del hecho en el sentido de "mantener en las manos el desarrollo del acontecimiento típico" ("In- den-Händen-Haltens des tatbestandsmäs-sigen Geschehensablaufs"). El autor del hecho es la "figura central" o la "figura clave" del acontecimiento, el cual dirige por medio de su decisión y que moldea conforme a su voluntad. Característicos de la autoría son por ello el dominio sobre la realización del hecho ("das Ob der Tat") (dominio de la decisión "Ents-cheidungsherrschaft") y el dominio sobre el cómo (forma) del hecho ("das Wie der Tat") ("Gestantungsherrschaft")(p.103)"*[9], esta es una teoría que ha permitido establecer la diferencia entre autoría y participación, no obstante, tiene problemas para poder definir bajo este criterio la autoría en todos los tipos penales, de forma tal que en los delitos de propia mano, especiales propios, y omisivos la separación de la autoría y participación se da en medio del criterio especial que el respectivo tipo penal requiere, es decir, lo que lo define es quien puede ser específicamente autor.

En cuanto a la participación accesoria se trata de la instigación y la complicidad, al respecto el autor ha sostenido, lo siguiente: *"Las formas de participación- la instigación y la complicidad-son participación en el injusto ajeno. Las formas de participación son hechos dolosos, accesorios a la conducta principal, la cual debe ser un hecho antijurídico y doloso. La instigación y la complicidad, además del ataque al bien jurídico realizado por medio de la acción ajena, deben representar también un ataque al bien jurídico por el autor y por el cómplice. Conforme a la imputación objetiva, los actos de instigación y de complicidad deben provocar un aumento de riesgo para el bien jurídico." (P.554),* es decir, tradicionalmente el tema de la imputación se hace en calidad de autor, cómplice o instigador de forma general. Estos conceptos usualmente no representan mayores problemas, en temas de delincuencia común, no obstante, han surgido retos siempre para el juzgamiento de estructuras organizativas delincuenciales.

Pero en la delincuencia empresarial, los problemas son múltiples, existe una imposibilidad actual para definir cuál es la forma adecuada de penalizar los actos de empresa, como se castiga a los altos medios, como se castiga al "hombre de atrás", "los sujetos de arriba", e incluso cual es la responsabilidad de los ejecutores, también existen problemas para la determinación de la responsabilidad individual de los miembros de la empresa ya que ocurren dentro del marco de una estructura jerárquica, licita y donde tienen deber de obediencia con respecto a sus empleadores, en igual término existen dudas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya que es la forma en que están constituidas por lo general las empresas.

8 CARO, D. (2016) "Derecho Penal Económico". Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Perú, P.93

9 González Castillo, F. (2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. Editorial Jurídica Continental. P.105.

Como se observa son muchos los temas que existen alrededor del Derecho penal empresarial, pero en este apartado de autoría y participación se abordaran de forma general algunas de las principales formas en que se ha tratado de dar solución a la imputación del "hombre de atrás", en el marco de este voluble tipo de delincuencia empresarial.

a) Tesis de la Coautoría: Los superiores jerárquicos como coautores

Como se estableció líneas atrás, el tema de los delitos cometidos dentro del contexto de la empresa trae como consecuencia que existan supuestos facticos en los cuales las personas que cometen o ejecutan los hechos delictivos, tengan por completo el dominio del hecho. Esto atenta directamente con lo que conocemos como elementos fundamentales de la coautoría y que también fueron reseñados anteriormente bajo la teoría del dominio funcional del hecho. Es decir, que no es posible bajo estos fundamentos dogmáticos imputar una coautoría al superior jerárquico del ejecutor, pues no tiene dominio del hecho, incluso en ocasiones desconoce hasta la identidad de la persona que lo realiza. Es por ello por lo que dentro de este marco dogmático esta figura ha sido abandonada como respuesta a esas delincuencias por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

No obstante, existe una teoría disidente respecto a la posibilidad de imputar en coautoría y que ha ganado fuerza en los últimos años, el máximo exponente de esta teoría es el Dr. Günther Jakobs quien propone un entendimiento de la coautoría de forma muy particular, así ha indicado que solo tendría que cumplir con alguna de estas tres manifestaciones del dominio del hecho como criterio objetivo para determinar la coautoría en un hecho delictivo:

i. **el dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva** (dominio del hecho formal),
ii. **dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho** (dominio del hecho material como dominio de la decisión) y
iii. **el dominio del hecho a través de la configuración del hecho**. En esta medida, para este autor la autoría se define como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho. [10]

Así bajo la teoría de Jakobs de la coautoría, se permite atribuirle al "hombre de atrás", los hechos en coautoría, para él no es tan importante la intervención del sujeto en la fase ejecutiva, sino la configuración del hecho y particularmente la posibilidad que tiene el superior de decidir en ella.

En el libro Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, el Dr. Kai Ambos (2008) ha criticado la doctrina de Jakobs y en general la postura que sostiene la posibilidad de imputar por medio de la figura de la coautoría por las siguientes razones: "*En contra de esta posición se ha dicho que vulnera el modelo legal de la coautoría; esto es, la comunidad en la ejecución del hecho. Ante todo, falta la decisión conjunta de realizar el hecho entre quien ordena y el ejecutor, pues normalmente no se conocen entre sí. Empero, esta condición es irrenunciable, pues sin ella se pierden totalmente los contornos de la coautoría. Además, el hombre de atrás no realiza ninguna contribución para la ejecución conjunta del hecho y, precisamente, esto es lo que sirve para delimitar la inducción frente a la autoría mediata. Este punto de vista desconoce, particularmente, que la realización en coautoría se basa en una estructura horizontal, mientras que en los casos en cuestión predomina una estructura vertical entre el que ordena y el subordinado. La Corte Suprema Federal alemana habla, en tanto, de una "distancia*

10 Günter, J (1997) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons), 749-755.

espacial, temporal y jerárquica. Finalmente, es imposible resolver en la práctica casos de criminalidad masiva con 10.000 coautores ."[11]

b) Tesis de la autoría mediata: Teoría de la Autoría Mediata por Instrumentos de Poder:
La doctrina penal ha tratado de solventar el problema de la imputación del hombre detrás del ejecutor de los actos materiales a través de la **teoría de la autoría mediata por instrumentos de poder**. Esta fue diseñada por Roxin en el año 1963, sobre la cual el autor indicó: "*en la actualidad ha cobrado gran importancia internacional. Puesto que la Corte Penal Internacional en la Haya ha basado varias sentencias en esta construcción, para poder castigar las cabezas de organizaciones delictivas como autores de los delitos cometidos bajo su responsabilidad. Incluso la Corte Suprema de Justicia de Perú, se apoyó en todos los extremos de mi doctrina, cuando condenó al ex presidente Fujimori como autor de los delitos que sus órganos de seguridad cometieron por sus órdenes.*"[12], de forma tal que podemos evidenciar que fue diseñada con el fin de lograr el juzgamiento de miembros altos de la estructura nacionalsocialista, que ordenaron la ejecución de crímenes de lesa humanidad cometidos durante el gobierno de Adolf Hitler en Alemania, la particularidad es que bajo las convencionales estructuras dogmáticas de la teoría del delito de la época, no era posible atribuirles en grado de autoría inmediata pues los hechos eran cometidos por otros ejecutores incluso ignorados por los miembros más altos de la organización.

Tampoco se podía a través de la autoría mediata, pues se trataba de instrumentos dolosos, ya que el ejecutor realizaba las conductas de forma consciente y dentro del marco de una organización de poder que incluso en ocasiones desconocía los detalles y particularidades de cada acto delictivo en particular, por lo que había ausencia de plan común, de dominio del hecho, circunstancias que llevaron a Roxin al diseño de dicha teoría, al respecto el autor de cita indicó: "*No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada", cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá*"[13]. Luego de lo anterior podemos ver que se trata de una posibilidad novedosa para la época y que contiene una serie de elementos o requisitos que deben ser expresados para su adecuada comprensión, estos son los siguientes:

A. Dominio de la organización. Dice Roxin: "Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito".

B. Fungibilidad del ejecutor. El ejecutor es un sujeto libre y responsable que, por tanto, responderá penalmente como autor inmediato, pero la peculiaridad es que es un ser anónimo y sustituible, que, sí, domina la acción (y, por ello, también es autor), pero sigue siendo un engranaje reemplazable en la maquinaria del poder, de modo que el sujeto de atrás puede contar siempre con que alguien cumplirá su orden y domina siempre

11 Ambos, K. (2008) Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. https://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf

12 Claus R. (2015). Estudios de Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica P. 38.

13 Márquez Cárdenas, Á. (2004). La autoría mediata en derecho penal. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia, pág. 244.

así el acontecer típico.

C. Por último, Roxin exige que se trate de aparatos de poder al margen o desvinculados del Derecho, pues, de lo contrario, lo normal es que no existan sujetos dispuestos a cumplir órdenes antijurídicas, decayendo toda la construcción en ese caso. Ello significa que si bien Roxin admite la posibilidad de esta forma de autoría mediata en organizaciones criminales distintas de los aparatos estatales de poder en regímenes fuera del Derecho (como organizaciones mafiosas, terroristas, etc.), la descarta para la delincuencia en empresas."[14]

Debe indicarse, que de la investigación realizada se ha logrado observar que esta teoría ha sido utilizada en Colombia y otros países, para equipararlo a organizaciones criminales de narcotráfico y otras delincuencias, no obstante, desde su concepción fue diseñada con otros fines como aquí se ha reseñado.

En cuanto a las principales críticas respecto al uso de la teoría de la autoría mediata mediante estructuras de poder, para el caso de los delitos económicos y en particular en lo referente al hombre de atrás en el Derecho penal de empresa, se le hacen críticas para la aplicación de esta teoría, ya que no es posible establecer la fungibilidad del ejecutor dentro de la empresa, también que en ocasiones se consideran sujetos tan especializados que difícilmente podrán ser considerados como fungibles.

Otra crítica que se le hace a esta teoría es que pese a que el *sujeto de atrás* pueda contar con la seguridad o la alta probabilidad de que el hecho será realizado con independencia de la persona del ejecutor, esto no pasa de ser una hipótesis que no fundamenta el dominio fáctico del instrumento en el caso concreto, esto es importante porque evidencia que aunque exista esta fungibilidad, el problema es que existe la posibilidad de que el ejecutor tenga plena libertad y responsabilidad sobre el curso causal de la acción de forma tal que no existiría dominio del hecho en el caso concreto.

Pero la crítica principal corresponde al principio de responsabilidad, la inmensa mayoría de las críticas se dirige a la vulneración por Roxin del principio de responsabilidad, en el sentido de que es contradictorio suponer a la vez que un sujeto es libre y responsable y un instrumento en manos de otro. Esto se suma a la crítica sobre la aplicación de esta teoría al Derecho penal de empresa, consistente en que el elemento de fungibilidad no siempre está claramente presente en la estructura de la empresa, como si puede asumirse en organizaciones criminales, siendo que, en el caso de la empresa al ser una entidad regulada para la realización de actividades económicas, no siempre puede ponerse de manifiesto puesto que quien entra en ella no ingresa a ella para cometer delitos.

Debe indicarse que, pese a las críticas, hay ordenamientos jurídicos que han incorporado en sentencias estas teorías para el juzgamiento de los casos de Derecho penal empresarial, (sentencia del Tribunal Supremo Alemán (BGH) de 26 de julio de 1994 (BGHSt 40, 218[15]) no obstante, el mismo Roxin, autor de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la considera sólo válida para los aparatos organizados criminales y no para la criminalidad de estructuras lícitas, como es el Derecho empresarial. Es por ello por lo que existen además otras tesis para lograr evitar la imputación en la codelincuencia del hombre de atrás y demás miembros de la organización empresarial, intentando evitar la impunidad a partir de la ausencia de criterios dogmáticos claros para la atribución de las acciones ejecutadas dentro del ámbito del Derecho penal de empresa.

14 Díaz M. y García C. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos**.** *Enero – Junio.* Nuevo Foro Penal, No. 71. P.133-134.

15 Se trata de un caso en el cual se juzgó a los altos de organización a los altos mandos de la antigua República Democrática alemana por la muertes producidas por los soldados que resguardaban el muro de Berlín, pero la particularidad de dicha sentencia es que indica que esta teoría es capaz de ser utilizada delitos organizados, mafiosamente, o delitos cometidos en el ámbito de la empresa.

c) Tesis de la Instigación o Inducción:

Siempre enfocándonos en el tema del "*hombre de atrás*", hay quienes han tratado de evitar la impunidad de este sector a través de la figura de la inducción, la lógica que persigue esta teoría consiste en que los eslabones intermedios de la cadena no pueden quedar impunes bajo las reglas de la participación. Recordemos que la instigación es la determinación a otro de una acción típica, dolosa y antijurídica, sobre el tema hay dos maneras de ser vista bajo la fórmula de la igualdad de condiciones o bajo el principio de prohibición de regreso, así lo indica el Dr. Castillo (2015) cuando establece: "*La acción del instigador no es causal para el resultado. Sin la aplicación de la categoría de la prohibición de regreso, y si aplicáramos la teoría de la igualdad de condiciones, el instigador sería autor. Además de que en la instigación vale la prohibición de regreso, la exclusión de la autoría del instigador ocurre por la naturaleza accesoria de la instigación, dispuesta por el legislador en el art. 46 cód. pen., y por su consecuencia, que es el concepto "restrictivo" de autor*"[16], bajo esta premisa de la prohibición de regreso, que es la postura seguida en Costa Rica, la acción del instigador no es causal para el resultado y por ende no puede ser equiparado a autor, sino a un grado inferior de cooperación en el resultado.

En lo que respecta al concepto de instigación o inducción como es conocido en otros países, podemos establecer que existe conceso en definirlo como: "*Inducción es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo. De este modo se diferencia la inducción de la coautoría (...)*" [17] Ya propiamente en cuanto al tema de los altos mandos y directivos de una estructura jerárquicamente organizada, como el caso de una empresa, se pretende calificar bajo esta figura su participación, lo cual presupone que el ejecutor tiene absoluta libertad en la realización o no del hecho delictivo, sin ningún tipo de instrumentalización como en la autoría mediata, lo cual no necesariamente ocurre en todos los casos.

En cuanto a las críticas a la figura de la instigación, el Dr. Kai Ambos (2008) ha indicado: "*En contra de la instigación se han planteado innumerables argumentos, todos ellos convincentes: la instigación presupone la determinación del hecho y del autor, la que, normalmente, debe rechazarse en estos casos. No se presenta ninguna situación típica propia de la instigación. Al hombre de atrás, en tanto dispone de un potencial lesivo del derecho mucho más grande, le es suficiente una orden ya que no tiene necesidad de buscar y convencer al ejecutor directo. La "mera" instigación no aprehende correctamente la situación; sólo la autoría exterioriza los valores estructurantes de las categorías jurídicas y no contradice los principios sensatos de una imputación social, histórica y también jurídica.*"[18]

d) La teoría de la autoría omisiva: Responsabilidad penal por los superiores jerárquicos como intervinientes omisivos:

Esta propuesta de imputación para los superiores jerárquicos de empresas, está siendo utilizada por la doctrina como una nueva forma para la atribución de responsabilidad penal del hombre de atrás. Como los delitos omisivos son un no hacer, se establece una atribución a la ausencia de reacción para la evitación del resultado, lo cual se explica negativamente por una no acción de una conducta debida que hubiese impedido la afectación o puesta en peligro del bien jurí-

16 González Castillo, F (2006). Autoría y Participación en el Derecho Penal. Editorial Jurídica Continental. P.367.

17 Hans-Heinreich, J. (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Granada: Comares), p.738.

18 Ambos, K (2008) Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado. https://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf

dico tutelado. A esta ubicación ontológica del ser humano, llamada posición de garante, se le endilga la responsabilidad de hacer o prevenir, con ocasión de las particulares condiciones en que se encuentre el sujeto.

Sobre el concepto de posición de garante nos dice Roxin lo siguiente: "*Según la doctrina reciente, en cambio, la posición del omitente ante el bien jurídico violado brinda la clave para la equiparación de la problemática. La posición de garante se origina o en la obligación de controlar los peligros inminentes para los bienes jurídicos ajenos dentro de la esfera propia de dominio. O resulta de la obligación de proteger ciertos bienes jurídicos, de cuya protección frente al posible perjuicio por otras personas, alguien se ha responsabilizado. En el primer caso se trata de la posición de garante vigilante, en el segundo de la posición de garante protector.*"[19]. A partir de ello podemos entonces establecer la existencia de una dualidad en la posición de garante, un vigilante y otro protector. La posición de garante vigilante por ejemplo, la tienen los dueños de las fábricas respecto del mantenimiento de las máquinas o propietarios de un hotel o restaurante respecto al mantenimiento de sus condiciones, por lo cual podrían bajo esta tesitura ser responsables por la lesión corporal por omisión derivadas de un estado defectuoso del equipo de trabajo de sus empleados. Dentro de los requisitos objetivos para la atribución del delito omisivo, al igual que en el delito activo en los tipos penales de resultado, debe ser posible la atribución de la producción del resultado dañoso, es decir, que sea producto de una generación de un curso de riesgo desaprobado o bien que no se haya realizado una conducta para la contención de ese riesgo.

En cuanto a la posición de garante en el Derecho empresarial podemos indicar que, al respecto se ha indicado: "*Para proceder a imputar un resultado a una omisión será necesario que el omitente tenga un deber especial de contención del riesgo o de protección de otro que luego se ha concretado en el resultado. A ese deber le denominamos deber de garantía. Además, hará falta una valoración añadida del significado de esa omisión: hará falta que su desvalor nos parezca similar al de la acción generadora del mismo resultado.*"[20], la posición de garante en el Derecho penal empresarial, al igual que en todos los delitos omisivos, tiene su fuente en la ley, el contrato y en el actuar peligroso precedente.

Se habla en el Derecho penal de empresa de la posición de garantía del titular de la empresa, donde el dueño de la empresa es garante respecto a las fuentes de riesgo dentro del ámbito de dominio, al respecto se ha indicado: "*En la propia razón de ese deber de garantía están sus límites, a mi juicio, en justa y clave restricción respecto a cualesquiera delitos de empresa que, como veremos, resulta muy discutida. El empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino solo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro, lo que ocurrirá notoriamente con los riesgos laborales o para el medio ambiente, con los que puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el riesgo que para la salud de los consumidores pueda suponer el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquella, por poner algunos ejemplos. Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomienden a la empresa. En este caso la fuente del deber de garantía seria la delegación*." [21].

Siempre en el análisis de ¿hasta dónde llega la posición de garante del hombre de atrás? se ha indicado: "*Se señala que el mencio-*

19 Claus R. (2015). Estudios de Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica. P. 38

20 De la Mata Barranco, N. y otros (2024). Derecho Penal Económico y de la Empresa., Editorial Dykinson. P.125

21 De la Mata Barranco, N. y otros (2024). Derecho Penal Económico y de la Empresa., Editorial Dykinson. P. 127

nado dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio material) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio personal)"[22], desde esa perspectiva también se ha establecido que estos riesgos pueden emanar de lo que sus empleados hacen en la empresa, que sería la forma de poder ligar la acción del ejecutor con una falta al deber de garante del administrador, al respecto se ha establecido: "*De esta manera, los superiores jerárquicos asumen, voluntariamente, una función de control de los hechos con relevancia penal que se susciten en la empresa sea que las fuentes de peligro la constituyan sus subordinados o las maquinarias o instrumentos de la empresa. El empresario, por tanto, adquiere competencia para contener los riesgos de su actividad empresarial que le exige en el caso concreto vigilar y adoptar medidas necesarias para evitar que se vulneren antijurídicamente bienes jurídicos.*"[23]

Así el administrador de una empresa podrá ser imputado a título de omisión por la acción realizada por un subordinado de la empresa, sobre el cual tenía una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad económica de la empresa, este deber lo puede incumplir: 1. Si no vigila al delegado y 2. Si no corrige dicha acción. De igual forma hay acuerdo en la doctrina de si se trata de una decisión colectiva de los administradores, solo cometen el delito correspondiente por acción quienes la hayan adoptado con su voto.

Sobre las críticas a esta teoría principalmente se ha indicado lo siguiente: "*La primera solución, que luego abordaremos, no termina de resolver el problema en los casos en los que el administrador no posee una posición de garantía por no tratarse de un riesgo imbricado en la actividad de la empresa. Y considerarlo en todo caso como garante por su actuar precedente peligroso por el hecho de impartir la orden no deja de ser una sobrevaloración de su aportación como partícipe, que terminaría convirtiendo a todos los partícipes activos en autores omisivos.*" [24], es decir, la crítica se resume en que no en todos los casos es aplicable porque no en todos los casos el hombre de atrás tiene esa posición de garante, en segundo lugar, consideran algunos que es una sobredimensión del papel del hombre de atrás en la codelincuencia pues se extrapola su rol de participe a autor omisivo.

Desde mi postura personal observando ligeramente la discusión, considero que para algunos casos desde esta postura, es posible resolver adecuadamente la imputación por medio de la omisión, ya que puede ser una vía idónea en cuanto a los comportamientos de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa y principalmente para atribuir una responsabilidad de vigilancia y control de las empresas sobre el comportamiento de los ejecutores dentro de la organización jerárquica de la empresa. Desde la visión de la posición de garante, al administrador u hombre de atrás como se ha indicado en la doctrina se le atribuye un rol no sólo en la ejecución de la actividad riesgosa que explota económicamente, sino además por los actos y hechos que puedan afectar a bienes jurídicos de terceros y sobre los cuales se pueda establecer una posibilidad de evitar y contener.

VII. Conclusiones

De conformidad con lo antes expuesto, luego de finalizar la presente investigación se ha podido arribar a los siguientes resultados:

- El concepto de Derecho penal económi-

22 Peñaranda Ramos, E. (2010). "Autoría y participación en la empresa", Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 11 Mayo: p.404.

23 Silva Sánchez, J. (2013). Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, (Madrid: Edisofer), p.86.

24 De la Mata Barranco, N. y otros (2024). Derecho Penal Económico y de la Empresa., Editorial Dykinson. P. 124

co es principalmente un tema de índole dogmático pero que tiene incidencia práctica, esto por cuanto la discusión de si debe definirse de forma amplia o cerrada, tiene implicaciones en el grupo de delitos que se incluyen dentro de esta área del Derecho penal, por lo cual de lo estudiado hasta acá resulta conveniente la conceptualización abierta del Derecho penal económico.

- El Derecho penal de empresa, es una subespecie del Derecho penal económico y se fundamenta en el tipo de delincuencias que son realizadas dentro del ámbito de una institución base del comercio como es la empresa, sus características son particulares tanto en la ejecución y participación de sus ejecutores, como las notas que se han evidenciado individualizan a los delincuentes de cuello blanco.
- En el tema de autoría y participación, no existe unanimidad sobre cuál es la teoría adecuada para la imputación de la codelincuencia empresarial y principalmente sobre el aporte del llamado "hombre de atrás", existen sentencias a nivel mundial que utilizan una u otra postura.

A la luz de los hallazgos mi postura sobre la autoría y participación del "hombre de atrás" en el Derecho penal de empresa se puede resumir de la siguiente forma:

- Desde la coautoría existe gran dificultad para señalar al "hombre de atrás", las críticas realizadas por los autores de referencia en la presente investigación denotan, que no se toma en cuenta que el hombre de atrás y el ejecutor no actúan en una relación horizontal típica de la coautoría.
- La postura *de* la instigación, pese a que podría resultar desde un punto de vista de la dogmática jurídica compatible con los elementos clásicos de esta figura, no deja de ser un instrumento para penalizar la participación accesoria, por lo cual tiende a invisibilizar que la responsabilidad del "hombre de atrás" puede contener mayor reproche que el mismo ejecutor.
- La figura de la *autoría mediata por medio de instrumentos de poder* podría ser la mejor opción y es sostenida mayoritariamente según lo establece el autor de referencia en esta investigación, Dr. Kai Ambos (2008), no obstante tiene problemas conceptuales desde su estructura que tornan compleja su adecuación a los delitos empresariales, por las razones dichas, porque fue formulada por Roxin para otros fines, porque además para el tema de la fungibilidad, debería entonces partirse del supuesto de una "empresa delictiva", lo cual no es compatible con el concepto jurídico de empresa. Sin embargo, la teoría del dominio por organización, es en definitiva convincente, pero necesita una mejor estructuración para poder ser utilizada.
- En cuanto a la omisión impropia, considero que para algunos casos desde esta postura, es posible resolver adecuadamente la imputación por medio de la omisión, ya que puede ser una vía idónea en cuanto a los comportamientos de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa y principalmente para atribuir una responsabilidad de vigilancia y control de las empresas sobre el comportamiento de los ejecutores dentro de la organización jerárquica de la empresa, pero al igual que en las teorías anteriores, no es posible para todos los supuestos.
- Al igual que varios autores, concluyo diciendo que el tratamiento debe darse caso por caso y no existe una posibilidad de hablar de una solución franca y categórica capaz de involucrar todos los supuestos, ni es posible imputar a todos los miembros de una empresa que tuvieron participación, ni tampoco es algo que deba presumirse como presente en cada caso de Derecho penal empresarial, ya que los supuestos son diferentes y a veces el mismo ejecutor goza de un margen de libertad que lo hace responsable por sus propios actos de manera individual.

Bibliografía:

Ambos, K. (2008). Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: Un estudio comparado. https://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf

Bajo, M. (2010). Derecho penal económico. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Burgos, A. (2015). Cuello blanco y delito. Revista de Ciencias Jurídicas, (138), 57–88. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35091.pdf

Claus R. (2015). Estudios de Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Contreras, J. (2012). Apuntes de derecho penal económico. Edición ICED.

Coria, D. (2016). Derecho penal económico. Parte general. Jurista Editores E.I.R.L.

De la Mata, N. (2024). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dikinson.

Díaz y García Conlledo, M. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. Nuevo Foro Penal, (71), enero–junio.

González Castillo, F. (2006). Autoría y participación en el derecho penal. Editorial Jurídica Continental.

Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

Jescheck, H.-H. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. Santiago Mir Puig). Granada: Comares.

Márquez Cárdenas, Á. (2004). La autoría mediata en derecho penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Peñaranda, E. (2010). Autoría y participación en la empresa. Gaceta Penal & Procesal Penal, (11), mayo.

Roxin, C. (2015). Estudios de derecho penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Silva Sánchez, J. (2013). Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, (Madrid: Edisofer), p.86.

Tiedemann, K. (s.f.). Delito y abuso de poder (pp. 239–240). En Bramont-Arias Torres, L. & García Cantizano, M. del C. Manual de derecho penal. Parte especial (4ª ed. aum. y act.).

Revista Tribuna Libre. Vol. 18, No. 1 (105-125). Mayo – Agosto, 2025. Undécima Edición Digital

EL DERECHO DE RECESO.
RIGHT OF WITHDRAWAL.

EDUARDO ABARCA VARGAS

- Doctorando en Derecho Comercial – Procesal Civil en la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Maestría en Derecho Empresarial, Universidad para la Cooperación Internacional.
- Maestría en Derecho Tributario, Universidad para la Cooperación Internacional.
- Maestría en Derecho Notarial en la Universidad Latina de Costa Rica.
- Especialización en Tributación Internacional, CICAP, UCR.
- Licenciatura en Derecho, Universidad Latina de Costa Rica.
- Notario Público, Universidad Latina de Costa Rica.
- Abogado director en A-V Legal Firm.

6

EL DERECHO DE RECESO.
RIGHT OF WITHDRAWAL.

Resumen.

La presente investigación trata el tema del derecho de receso en las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y de suscripción pública, sus ramificaciones legales y requisitos, y sugiere cambios normativos.

Abstract.

This research addresses the issue of the right of withdrawal in corporations, limited liability companies, public subscription companies, its legal ramifications and requirements, and suggests regulatory changes.

Palabras clave.

"Derecho Mercantil", "derecho de receso", "derecho de asociación", "sociedades mercantiles", "derechos de los socios".

Key words.

"Corporate law", "right of withdrawal", "freedom of association", "companies", "corporations", shareholder´s rights"

Sumario.

I. Introducción.
II. Orígenes del derecho de receso.
III. El derecho de asociación.
IV. La calidad de socio en la sociedad anónima.
V. La calidad de socio/cuotista en la Sociedad de Responsabilidad Limitada.
VI. Concepto de derecho de receso.
VII. Supuestos para el ejercicio del derecho de receso.
VIII. Depósito de las acciones.
IX. Derecho de receso y su blindaje legal.
X. Reclamo necesario para ejercer el derecho de receso (socios disidentes o ausentes).
XI. Aplicación del derecho de receso en la SRL.
XII. ¿Existe el derecho de receso en las sociedades de suscripción pública?
XIII. ¿El derecho de receso y reembolso en la Ley Reguladora del Mercado de Valores, resulta equiparable al derecho de receso contemplado en el artículo 32 bis del Código de Comercio?
XIV. Conclusiones.
XV. Bibliografía.

I. Introducción.

La importancia del comercio en el desarrollo de la sociedad merece regulaciones que incentiven las actividades económicas pero al igual requieren un marco normativo que regule de forma efectiva situaciones que resultan contrarias a las buenas prácticas mercantiles. El derecho de receso resulta de una preocupación justificada del legislador que se traduce en una protección del inversionista ante situaciones que: afectan de forma seria y grave la relación jurídica que inicialmente se estableció, discriminan las minorías o limitan el acceso al retorno que motivó la inversión en la empresa, justificando la intervención de la Ley con el fin de evitar abusos graves e injustificados, eso sí de forma excepcional.

Como objetivos de esta investigación tene-

mos: i) definir el concepto del derecho de receso, ii) analizar las razones por las cuales se justifica un cambio de la voluntad negocial ya externada por parte del socio, en razón de lo que dicta la Ley o los acuerdos tomados entre los socios, iii) brindar información clara derivada de la doctrina, jurisprudencia y votos de los Tribunales de Justicia en diferentes niveles en la escalera recursiva, que ilustren el tema que nos ocupa, iv) proveer un análisis propio por parte de quien investiga, de cada uno de los elementos de información que se proponen para efectos de ahondar en el tema.

II. Orígenes del derecho de receso.

El derecho de receso, retiro o separación tiene su origen en el siglo XVIII en Francia y Alemania, el punto de partida estaba determinado por la discusión de si era posible modificar el pacto social de una empresa o no lo era. Se plantearon tres teorías, la primera considera que no era posible modificar el pacto social, la segunda que sí lo era y la tercera con una posición más conciliatoria consideraba que sí era posible en aspectos generales. La evolución en los ordenamientos jurídicos inicia en 1861 con la incorporación del derecho de receso en el Código de Comercio alemán, posteriormente Francia lo incorpora en la Ley de Sociedades Anónimas de 1867 por medio de pacto expreso de los socios, e Italia lo incorpora en su Código de Comercio de 1882.[1] En nuestro país se incorpora por medio de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7201 de 10 de octubre de 1990.

III. El derecho de Asociación.

El derecho de agruparse tiene su fundamento constitucional en el artículo 25 de la Constitución Política. La libertad de asociación implica el derecho a asociarse o a decidir no hacerlo, pero cuando decidimos hacerlo entran a regir diferentes normas con el fin de regular las relaciones jurídicas relacionadas con la entidad y las personas que también se integraron a ella. El derecho de receso constituye una excepción a la libertad de asociación, una vez que se crean relaciones jurídicas resultado de la manifestación del derecho a asociarse nacen obligaciones que el ordenamiento jurídico debe tutelar, así no es posible desligarse de la entidad de forma injustificada. El Código Civil contiene algunas normas, que en aplicación supletoria de conformidad con el artículo 2 del Código de Comercio crean un marco que interesa para esta investigación, se trata de los artículos 272 y 1022 que establecen en lo que interesa:

> ARTÍCULO 272- Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su condueño, y puede en todo tiempo exigir la división, salvo:
>
> 1º- En los casos de sociedades mercantiles o de compañías comunes, en todos los cuales se observará lo que la ley especial y respectivamente disponga.
> 2…
> 3…
>
> ARTÍCULO 1022.- Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

Uno de los requisitos para la formación de las sociedades de capital, de conformidad con lo establecido en el artículo 18. 2 del Código de Comercio es la comparecencia de al menos dos personas cuyas voluntades se juntan con el fin de crear la empresa mercantil.[2] Ese acuerdo de voluntades para la for-

1 BATALLA GARRIDO Mariano; GONZÁLEZ ROESCH Esteban. (2008). "Derecho de Receso: Apuntes sobre sus limitaciones y propuesta para un nuevo marco jurídico comercial". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. Página 10.

2 La excepción es las sociedades administradoras de fondos de inversión que autoriza la Ley del Mercado de Valores, tema que tocamos adelante.

mación de la sociedad se ha determinado como plurilateral[3] ya que convergen diferentes elementos; el primero es ese **acuerdo de voluntades** que tiene como parte los **aportes** necesarios para desarrollar otro elemento de importancia, sea la **actividad empresarial** que han decidido los socios llevar a cabo por medio de la empresa mercantil, esa actividad busca beneficios, sea **el lucro**.

IV.La calidad de socio en la sociedad anónima.

En relación con la sociedad anónima existe una norma específica que nos define la calidad de socio. El artículo 120 del Código de Comercio indica:

> *"La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio."*

Hay diferentes formas de adquirir la calidad de socio; en primera instancia se puede adquirir al suscribir y pagar por medio de los aportes las acciones en el momento de formación de la sociedad anónima o por medio de la adquisición sea onerosa, gratuita o la adjudicación judicial, en un momento posterior a la formación. Una vez que la transmisión de las acciones se da es necesaria la inscripción de la titularidad en el libro de Registro de Socios como segundo paso, regulado por el artículo 137 del Código de Comercio, el cual indica:

> ARTÍCULO 137.- Las sociedades anónimas llevarán los registros necesarios en que anotarán:
>
> *a) El nombre, la nacionalidad y el domicilio del accionista; la cantidad de acciones que le pertenezcan, expresando los números, series, clases y demás particularidades;* (los atributos no son del original).

La norma transcrita resulta de importancia para efectos de demostrar la calidad de socio y en consecuencia cumplir con la legitimación activa en un reclamo del derecho de receso. En relación con esa norma se ha dicho:

> *"Entonces, en primer término, como bien lo refiere la casacionista en sus alegatos, la acción de una sociedad anónima constituye un título nominativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 del Código de Comercio. Dado el espíritu del comercio, donde las transacciones deben ser un poco más ágiles que en materia civil, pero no por ello, carentes de seguridades, ese mismo cuerpo normativo, en los cánones 687 y 688, ha regulado* ***el principio de la doble intestación, mediante la demostración de encontrarse inscrito como propietario de una acción en el libro de accionistas y con la presentación de la respectiva acción, emitida o endosada a su nombre****, lo que se complementa hoy día con la entrada en vigencia del Registro de Transparencia y Beneficiarios Finales, creado en el Capítulo II de la Ley para mejorar la lucha contra el fraude fiscal (Ley No. 9416) del 14 de diciembre de 2016, que entró a regir luego de la promulgación de su Reglamento y las resoluciones del Ministerio de Hacienda y el Instituto Costarricense sobre Drogas.* [4] (los atributos no son del original).

Para demostrar la calidad de socio es necesario cumplir con los requisitos del **principio de doble intestación; implica exhibir el título debidamente cedido y que la sociedad en su libro de registro de socios muestre la titularidad del socio en relación con el título y su participación,** jurisprudencialmente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha

3 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00069 – 1994. Fecha 17 de Agosto del 1994 a las 15:00.

4 Votos 92-F-S1-2023, fecha 26 de enero del 2023, 9 horas con 5 minutos y Voto 1266-2019, fecha 11 de julio de 2019, de las 14 horas 35 minutos. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

derivado el principio de la doble intestación de los artículos 120, 140, 687 y 688 todos del Código de Comercio [5].

La calidad de socio es entonces requisito necesario para exigir el derecho de receso. Sin esa legitimación el socio no puede acceder al derecho de receso y su acción sería rechazada

V) La calidad de socio/ cuotista en la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

La calidad de socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada -en adelante SRL- está definida por lo establecido en los artículos 78 y 85 del Código de Comercio.

> Dice el artículo 78 del Código de Comercio.
>
> *"ARTÍCULO 78.- El capital social estará representado por cuotas nominativas, que sólo serán trasmisibles mediante las formalidades señaladas en este Código y nunca por endoso. Los certificados representativos de dichas cuotas se emitirán cuando los interesados lo soliciten y en ellos se hará constar que no son trasmisibles por endoso.* ***Todo traspaso de cuotas, para que afecte a terceros, deberá necesariamente constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además, inscribirse en el Registro Mercantil."*** (los atributos no son del original).

El carácter de socio está definido por:

a. **La información contenida en el libro de actas:** esto faculta a la asamblea a aprobar la cesión y dejar constancia de la transmisión de cuotas y de forma directa reconocer la calidad de socio al tercero que se incorpora.

b. **Que conste en el registro de socios de la sociedad:** esta parecería la forma en que el registro del tercero como nuevo socio resultaría más adecuada ya que cuando se llega a esa inscripción es necesario que se cuente con la aprobación requerida por el artículo 85 del Código de Comercio que adelante comentamos.

c. **Tener fecha cierta:** Nos parece que no es realmente una forma adecuada de otorgar la publicidad que los terceros merecen. La fecha cierta implica la existencia de un documento privado que es presentado ante un Notario Público con el fin de que haga constar su existencia, de conformidad con el artículo 45.8 del Código Procesal Civil.

d. **Inscribirse en el Registro Mercantil:** es facultativa. Está opción rompe con el grado de privacidad que los socios buscan en la SRL y está en total y absoluto desuso ya que la publicidad registral implica el acceso público a la información.

Establecida la forma en que el carácter de socio en ambas empresas debe demostrarse ahora queda analizar el tema principal, el derecho de receso en las sociedades de capital.

VI. Concepto de derecho de receso.

El derecho de receso, también llamado derecho de retiro voluntario se traduce en el derecho del socio a solicitar el reembolso del valor de sus acciones conforme las causales **taxativas** establecidas en la Ley. El efecto de la declaratoria del derecho de receso o retiro voluntario es eliminar el vínculo entre la sociedad y el socio[6], desapareciendo la calidad de socio y quedando obligada la sociedad a realizar el reembolso respectivo del

5 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 01140 – 2023. Fecha de la Resolución: 13 de Julio del 2023 a las 14:12. También pueden consultarse las siguientes resoluciones 92-F-S1-2023, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Fecha de la Resolución: 26 de enero del 2023 a las 9:05 y 1266-2019. Fecha de la Resolución: 11 de julio de 2019 a las 14 horas 35 minutos. Resolución 653-F-S1-2015. Fecha de resolución 4 de junio de 2015 a las de las 10 horas 30 minutos. Resolución 0626-2003. Fecha de la Resolución: 1 de octubre del año dos mil tres a las 11 horas 25 minutos.

6 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 01302 - 2022. Fecha de la Resolución: 31 de Mayo del 2022 a las 09:41.

valor de las acciones.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha definido el derecho de receso así:

> ***"IV.-*** *En doctrina, se entiende por derecho de receso la* ***facultad individual de los socios para separarse de la sociedad, con el correspondiente reembolso de sus participaciones sociales****, cuando ésta por medio de sus órganos competentes adopta una decisión que constituye uno de los supuestos* ***taxativamente contemplados por la ley para el ejercicio de esa facultad****. Se trata de un recurso técnico, típico del derecho societario, dirigido a* ***la tutela de los intereses de las minorías ante modificaciones sustanciales de ciertos elementos fundamentales de la sociedad****, que permite al socio discrepante retirarse de la sociedad y no sujetarse así a las* ***nuevas disposiciones derivadas de las modificaciones decididas e impuestas por la mayoría, las cuales constituyen una alteración profunda de su status anterior al acto modificatorio****. Es, pues, un punto de conciliación en* ***el enfrentamiento de intereses corporativos y personales****.* "(los atributos no son del original). [7]

La legitimación activa está determinada por el carácter de socio, la legitimación pasiva corresponde a la empresa mercantil en la que el socio tiene participación.

El derecho de receso o retiro ha sido analizado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias, siendo una de las más importantes la siguiente:

> *"Esta Sala considera que la norma invocada establece* ***causales taxativas, únicas que autorizan el ejercicio del receso****. El párrafo primero de manera expresa dispone supuestos vinculados a los socios disidentes de los acuerdos de: prórroga del plazo social, traslado del domicilio al extranjero, transformación y fusión.* ***Todos implican cargas adicionales, que los socios no necesariamente tienen por qué soportar, razón que en buena parte justifica ese derecho****. En el párrafo tercero agrega otras causales donde se autoriza el receso cuando el socio compruebe que: a) la sociedad pese a tener utilidades no repartió dividendos en dos períodos consecutivos; b) cambió el giro de la actividad de modo que le cause perjuicio.* ***Para estos supuestos, la norma no requiere expresamente el voto disidente****, sin embargo, no sería coherente con el principio de buena fe (artículo 21 del Código Civil) admitirlo cuando el socio ha concurrido con la decisión de no repartir dividendos. Lo contrario sería amparar las actuaciones que se realizan en contra de los actos propios."* (los atributos no son del original).[8]

El derecho de receso responde a una necesidad de establecer supuestos en los que la mayoría no está autorizada a tomar decisiones que afecten de forma significativa a la minoría, así el derecho de receso constituye una herramienta importante para evitar abusos que puedan afectar a las minorías, es excepcional como lo vimos; los supuestos en que aplica responde a situaciones especiales.

VII. Supuestos para el ejercicio del derecho de receso.

Para entender de forma adecuada el artículo 32 bis del Código de Comercio debemos separarlo en dos supuestos por ser sus causales de diferente naturaleza. El primero está contenido en el primer párrafo del artículo 32 bis del Código de Comercio y se trata de las

7 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00805 - 2006. Fecha de la Resolución: 20 de Octubre del 2006 a las 10:30.

8 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 01099 - 2016. Fecha de la Resolución: 20 de Octubre del 2016.

siguientes causales:

a. Prórroga del plazo social: dentro de los requisitos que establece el artículo 18 del Código de Comercio en su inciso 7 se establece como requisito que el pacto social -llamado en dicha norma escritura constitutiva- de una sociedad mercantil indique de forma expresa la "duración y posibles prórrogas", este inciso, evidentemente hace referencia al plazo social. **El vencimiento del plazo social de conformidad con lo establecido en el artículo 201 a) del Código de Comercio es una de las causas de disolución de las sociedades mercantiles, el plazo social establece un límite que los socios han pactado para realizar el objeto de la empresa,** así es entendible y justificable que el **socio disidente** tenga el derecho de pedir el reembolso del valor de sus acciones. Por más conveniente que sea para la empresa la prórroga propuesta, tratándose de una causal que autoriza el retiro del socio, no se estima que sea posible evitar el retiro del socio disidente.

b. Traslado del domicilio social al extranjero: dentro de los requisitos establecidos en el artículo 18 del Código de Comercio inciso 10 encontramos el domicilio de la sociedad, dicha norma para efectos de las sociedades anónimas y el derecho de receso debe interpretarse en conjunto con lo establecido en el artículo 145 del Código de Comercio el cual autoriza a establecer el domicilio social fuera del territorio de la República.

La protección del socio disidente tiene aún más sentido en este supuesto ya que el traslado del domicilio crearía serios inconvenientes dentro de ellos el ejercicio de actividades económicas que salen del control territorial de los socios, la legislación extranjera entra en juego y los esquemas operativos del negocio podrían obligar a un esfuerzo mayor para que el socio logre entender y convencerse de que la operación del negocio en el extranjero es conveniente.

c. Transformación y fusión de la sociedad que generen un aumento de su responsabilidad.

c.i) La transformación. Por medio de la transformación de la empresa se crea un nuevo esquema legal, la sociedad anónima se convierte en sociedad de responsabilidad limitada o viceversa, está transformación no tiene un efecto directo en la actividad comercial ni en el patrimonio, pero sí lo tiene en la naturaleza jurídica de la empresa mercantil, así cambiarían el tipo y denominación de las participaciones, las reglas para su transferencia, la forma en que la calidad de socio se demuestra, en fin se trata de un cambio radical en las regulaciones que el socio pactó inicialmente. La transformación está prevista en el artículo 225 del Código de Comercio.

c.ii) La fusión está regulada en el artículo 220 del Código de Comercio. La **fusión simple**, ella implica la fusión de dos sociedades cuya personalidad jurídica desaparece para **formar una nueva sociedad** que asumirá sus patrimonios y todas y cada una de las obligaciones que ellas habían suscrito. En el párrafo tercero encontramos la **fusión por absorción**, este tipo de fusión implica que una de las sociedades prevalecerá sobre la otra tomando todo su patrimonio y obligaciones bajo su nombre y responsabilidad jurídica.

Mediante la fusión, sea simple o por absorción se varía la estructura del negocio, se asumen obligaciones, no solo derechos y beneficios de las sociedades fusionadas, y esto resulta de mayor importancia para aquellos socios que no ven con buenos ojos el futuro de la empresa al fusionarse, se trata de un tema contable, de operación, de estabilidad que invita al socio a separarse.

Para separarse con base en esta causal

debe probarse que **existe un aumento en la responsabilidad del socio.** La responsabilidad está directamente relacionada con diferentes aspectos, primero tenemos la posibilidad de que se le exija mayores aportes, eso aumentaría su responsabilidad, segundo podría estar relacionada con responsabilidades de orden económico-financiero derivados de su relación con la empresa y del giro económico; por ejemplo que la responsabilidad aumenta al aumentar el riesgo que el socio decidió asumir al momento de iniciar su participación en la empresa, mayores deudas y obligaciones en las sociedades que se fusionan, riesgos derivados de contingencias tributarias, laborales, ambientales y otros.

Dentro de este supuesto encontramos la forma en que el reembolso debe hacerse y el plazo de 60 días establecido en el párrafo penúltimo del artículo 32 bis. Resulta justo que el reembolso de las acciones si se cotizan en bolsa sea el precio promedio del último trimestre o de no ser así que el reembolso se dé proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial. Reclamamos a la norma la omisión de indicar el procedimiento para la estimación pericial a que hace alusión, lo cual en caso de haber acuerdo entre el socio disidente y la sociedad generaría necesariamente un litigio.

En relación con el párrafo segundo del artículo 32 bis del Código de Comercio tenemos algunos vacíos importantes, dice el párrafo indicado:

> *"La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación,* ***por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los cinco días siguientes a la inscripción*** *del acuerdo en el Registro Mercantil."* (los atributos no son del original).

De la lectura de este párrafo entendemos que el socio debe haber estado presente en la asamblea en que se tomó el acuerdo, y conforme al párrafo primero ser disidente, ósea haber votado en contra del acuerdo, esto resulta de mayor importancia para efectos de la claridad en el comportamiento del socio. Sin embargo, si seguimos leyendo la norma encontramos algunas imprecisiones:

a. La norma indica que la comunicación debe hacerse "***por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los cinco días siguientes a la inscripción*** *del acuerdo en el Registro Mercantil."* (los atributos no son del original). Creemos que debió haberse agregado después de la palabra "*socios*" la palabra "*disidentes*" con el fin de dejar claro quiénes son los socios legitimados para ejercer el derecho de receso.
b. Por otro lado el artículo 32 del Código de Comercio obliga al socio disidente a "comunicar la declaración de retiro *por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación,* ***dentro de los cinco días siguientes a la inscripción*** *del acuerdo en el Registro Mercantil,"* la norma no previó que el socio disidente no tiene control sobre la presentación de la protocolización de los acuerdos al Registro Mercantil o que de presentarse el documento podría contener defectos que eviten su inscripción, esto debió haberse previsto y **establecer el plazo desde el momento en que el acuerdo es tomado en firme y no desde el momento en que quede inscrito**. Sugerimos que ese párrafo debió haberse redactado así:

> La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación, por los socios **disidentes** que intervinieron en la asamblea, **dentro de los cinco días siguientes a que los acuerdos quedaron en firme**. La comunicación para efectos del aumento de responsabilidad contendrá las razones y documentos en que el socio fundamenta su decisión.

Segundo supuesto.

Está determinado por las causales identificadas como a) y b) a partir del párrafo tercero del artículo 32 bis del Código de Comercio que, dice:

> *"Puede también ejercer el derecho de receso, el socio que compruebe:*
>
> *a) Que la sociedad,* ***a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos****,* ***no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento (10%) en dividendos, en cada período.***
>
> *b) Que ha* ***cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio****. En estos casos,* ***la acción caduca un año después de haberse producido la causal****.*
>
> *Para efectos del ejercicio del derecho de receso,* ***las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo.****"*(los atributos no son del original)

En el punto **a)** el espíritu de la norma es proteger al socio de una violación al derecho que tiene sobre las utilidades, sea que los dividendos sean repartidos, evidentemente se trata de una protección a socios minoritarios dado que la distribución de dividendos se acuerda en la asamblea anual ordinaria que regula el artículo 155 del Código de Comercio, donde la mayoría de los socios podría tomar las decisiones en relación con la distribución de dividendos. **Sin embargo, ésta norma, no establece de forma alguna que se esté protegiendo al socio minoritario, tampoco establece como obligación que se haya votado de forma negativa el acuerdo de no distribuir dividendos, ello implica que tanto los socios ausentes como aquellos disidentes podrían reclamar el derecho de receso en este supuesto.**

Es importante señalar de forma correcta en qué consiste la causal y su relación con otras normas contenidas en el Código de Comercio, el artículo 72 de dicho cuerpo legal establece en su párrafo segundo los requisitos para pagar dividendos, dice la norma:

> *"No podrán pagarse dividendos ni hacerse distribuciones de ningún género,* ***sino sobre utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la asamblea****."* (los atributos no son del original)

Esta norma debemos concordarla con el artículo 155 del Código de Comercio que regula las asambleas ordinarias, siendo dos de las funciones de éstas:

a. ***Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual*** *que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;*
b. *Acordar en su caso la* ***distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social…*** (los atributos no son del original)

Para que se puedan pagar dividendos **debe haberse aprobado un balance que muestre la situación de la empresa como positivo y que hay utilidades**, esto resulta un requisito legal. Esa aprobación se hace en la Asamblea Ordinaria anual por medio de la discusión del informe anual de los resultados, si hay utilidades pasamos al punto b) para acordar o no la distribución de los dividendos, por ello se ha estimado que si no hay un balance aprobado ni tampoco se ha llevado a cabo la asamblea ordinaria respectiva no se pue-

de llegar a la conclusión de que existen utilidades a distribuir, ergo el derecho de receso no puede ejercerse, en ese sentido ha dicho la jurisprudencia:

> *"Por ello el a quo concluyó:* ***"...siendo que se demostró que no se han celebrado Asambleas Ordinarias, es claro que no se han aprobado estados financieros, y si no se han aprobado estados financieros no se puede tener por probado la existencia de utilidades, y si no se puede tener por demostrado la existencia de utilidades, no es posible acusar la no repartición de al menos el 10% de las utilidades, razón por la que no procedería el receso invocado por el actor.-"****. Este análisis, en el que se rechaza la pretensión de receso, no es cuestionado en forma concreta, clara y precisa por el apelante, quien centra su inconformidad en una inadecuada valoración de la prueba, que tampoco se produce. Ahora, aún y cuando el Tribunal considerara que el señor González Vargas, aceptó en su declaración que la empresa tuvo utilidades, esta prueba es inidónea para cumplir con lo requerido por el párrafo 27 ídem, que expresamente dispone que: "No podrán pagarse dividendos ni hacerse distribuciones de ningún género, sino sobre utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la asamblea.", balance y asamblea que, como se dijo supra, no existen, lo que es ratificado por el resultado negativo de la prueba anticipada relacionada a la exhibición de libros."* [9] (los atributos no son del original).

La existencia del balance mostrando las utilidades y la celebración de las asambleas ordinarias por dos años consecutivos donde se decide no distribuir utilidades son requisitos legales para el ejercicio del derecho de receso, si las asambleas ordinarias no se convocan tal y como la ley y los estatutos establecen se pueden tomar acciones de responsabilidad contra los administradores o exigir la convocatoria a asamblea conforme los artículos 159, 160 y 161 pero no ejercer el derecho de receso.

En el punto b) del artículo 32 bis del Código de Comercio se protege a los socios en general, evidentemente la protección tiene un efecto mayor en socios minoritarios, pero aplica por igual, responde a cambios abruptos en la administración y en consecuencia en la dirección de la empresa que justifican el retiro siempre que se cause perjuicio. La norma nos parece imprecisa ya que NO se trata de proteger a los socios del cambio de lo pactado objeto social al momento de constituir la sociedad o del que estaba vigente al momento de ingresar como socio, la norma indica como causal *"que ha cambiado el giro de su actividad de manera que cause perjuicio"*, no es lo mismo un cambio en lo pactado en el objeto social que lo que se desarrolla en el giro comercial, esto deja injustificadamente abierta la posibilidad de interpretaciones subjetivas en relación con el giro comercial y su cambio. Nos parece que lo debió limitarse fue cambios en la actividad económica que salen de los límites del objeto social y que causen perjuicio y no en el giro de la actividad que pueden ser miles de cosas dependiendo del negocio. El objeto social es una de las bases para la formación de la empresa, como anteriormente vimos para efectos de la SRL existe una protección más fuerte [10].

VIII. Depósito de las acciones.

Como requisito para el ejercicio del derecho de receso el artículo 32 bis en su párrafo 6 establece:

9 Tribunal Segundo Civil Sección I. Resolución Nº 00636 - 2017. Fecha de la Resolución: 29 de Setiembre del 2017 a las 14:26.

10 Ver artículo 97 del Código de Comercio.

> "*Para efectos del ejercicio del derecho de receso,* ***las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo"***. (los atributos no son del original)

Este requisito pretende evitar la circulación de los títulos que pertenecen al socio recedente, así proteger a terceros que puedan adquirirlos y que una vez hecho el reembolso sean entregados a la sociedad con el fin de que haga la respectiva disminución del capital social, situación no prevista en la norma pero que por razones de realidad debe suceder con el fin de ajustar el capital social y el patrimonio conforme lo reembolsado.
[11]

Como sabemos no hay norma que exija la emisión de los títulos de las cuotas de participación en la SRL, la falta de previsión de esta situación crea un vacío legal, hace imposible el depósito. La solución que encontramos es utilizar las reglas establecidas en el párrafo segundo del artículo 78 del Código de Comercio en relación con la forma en que se documentan los traspasos a terceros, dice la norma:

> "Todo traspaso de cuotas, para que afecte a terceros, deberá necesariamente constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además, inscribirse en el Registro Mercantil."

Si la titularidad de las cuotas consta en el libro de actas o de registro de socios estimamos que ante la imposibilidad legal de depositar los títulos debería pedirse la anotación del ejercicio del derecho de receso en el libro que muestra la titularidad, en caso de que el socio hubiere hecho constar la fecha cierta notificar al Notario que la consignó, de la existencia de una solicitud de ejercicio del derecho de receso y en caso de que el socio hubiere ejercido la inscripción facultativa en el Registro Mercantil podría pedirse la inmovilización voluntaria fundamentada en el artículo doscientos sesenta y seis del Código Civil por la existencia del ejercicio del derecho de receso.

Depósito de las acciones para efectos del primer supuesto.

El primer supuesto (prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generen un aumento de su responsabilidad), tiene un punto de partida, sea la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. El requisito implica hacer el depósito tomando como punto de partida la notificación que se indica en el párrafo segundo, sea la que debe llevarse a cabo dentro de los 5 días a partir de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. En palabras sencillas el depósito de las acciones deberá hacerse de forma previa a la notificación.

Depósito de las acciones para efectos del segundo supuesto.

Para efectos del segundo supuesto (omisión de repartir al menos 10 % en dividendos, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos y cambio en el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio) el plazo es de un año a partir de haberse producido la causal.

Plazo para la entrega del reembolso.

El artículo 32 bis establece el plazo de 60 días hábiles[12] contados a partir de la notificación a la sociedad, el pago debe hacerse en efectivo. Dice la norma:

11 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00186 - 1991. Fecha de la Resolución: 23 de Octubre del 1991 a las 09:50.

12 Ver artículo 417 del Código de Comercio.

"El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero efectivo."

Nuevamente vemos como se hace referencia sólo a las acciones, dejando por fuera las cuotas de participación.

Plazo para efectos del primer supuesto.

El primer supuesto (prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generen un aumento de su responsabilidad), tiene un punto de partida, sea la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. El requisito implica hacer el depósito tomando como punto de partida la notificación que se indica en el párrafo segundo, sea la que debe llevarse a cabo dentro de los 5 días a partir de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. En palabras sencillas el reembolso deberá hacerse en los siguientes 60 días hábiles desde la fecha en que se llevó a cabo la notificación indicada.

Plazo para efectos del segundo supuesto.

Para efectos del segundo supuesto (omisión de repartir al menos 10 % en dividendos, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos y cambio del giro de su actividad de modo que le cause perjuicio) el plazo inicia a partir de la notificación que deberá hacerse, bajo pena de caducidad de la acción, dentro del año a partir de haberse producido la causal. En relación con el plazo de caducidad respecto a la omisión de distribuir utilidades ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

> *"La causal alegada se produce cuando la sociedad: "a)…, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento (10%) en dividendo en cada período". (la cursiva no es del original). Es decir, que a partir del momento que los socios, por segunda ocasión consecutiva,* ***en la Asamblea Ordinaria que exige el artículo 155 del Código de Comercio, decide no distribuir utilidades, es que empieza a correr el plazo de caducidad de la acción de receso, sin importar que la distribución de los dividendos nunca llegue a darse.*** *No cabe pues, la interpretación del numeral 32 bis, inciso a) que procura el casacionista."*[13] (los atributos no son del original)

IX. Derecho de receso y su blindaje legal.

Como último párrafo la norma indica:

> "Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso."

La norma protege de acuerdos derivados de la mayoría, sea en ausencia o presencia de los socios que eventualmente ejercerán el derecho de receso, sin embargo nos parece que este blindaje resulta total y absolutamente inoperante, si la sociedad o sus socios entorpecen, limitan o excluyen el derecho de receso no lo harán por medio de pactos, ya que son absolutamente nulos, lo harán por medio del incumplimiento del rembolso, lo cual obliga a establecer un proceso ordinario para exigir el reembolso y pedir los daños y perjuicios causados o los intereses generados desde que el derecho de receso fue rechazado[14]. Como único recurso para el socio. La norma no sanciona de forma económica las acciones *a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso*, quedando como se indicó la única opción que existe en caso de incumplimiento de obligaciones, acudir a los Tribunales de Justicia o a un Tribunal Arbitral si así las partes lo pactaron con anterioridad o

13 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00805 - 2006. Fecha de la Resolución: 20 de Octubre del 2006 a las 10:30.
14 Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00030 - 2024. Fecha de la Resolución: 12 de Enero del 2024 a las 08:33.

desean someter el tema de forma voluntaria.

X. Reclamo necesario para ejercer el derecho de receso (socios disidentes o ausentes).

El artículo 32 bis identifica y legitima a los socios disidentes en su párrafo primero para efectos del reclamo del derecho de receso, un socio disidente es un socio que presente en el acto de toma de la decisión, no estuvo de acuerdo con ella, lo que se traduce en el voto negativo, improbando lo que se pretendía aprobar. [15] Sin embargo como hemos venido analizado la norma tiene dos supuestos, el párrafo inicial corresponde al primero en el caso de socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generen un aumento de su responsabilidad, para este supuesto estamos en total acuerdo que el socio debe ser disidente y que la ausencia en la toma de los acuerdos no podría estimarse como desacuerdo, se trataría de un socio ausente que debe asumir las consecuencias de su ausencia.

En el segundo supuesto sea el tema de la distribución de dividendos y cambio del giro en la actividad a lo que ya hemos hecho referencia anteriormente, creemos que la ausencia del socio no causaría el mismo efecto que para el primer supuesto ya que la norma no lo exige e indica claramente que el derecho a ejercer el derecho de receso corresponde al socio que **"compruebe"** la causal que corresponde a los puntos a) o b), así la disidencia o ausencia no tienen mayor relevancia para el segundo supuesto ya que el ejercicio del derecho de receso va dirigido a proteger el incumplimiento en el retorno de la inversión que hizo el socio (punto a) o el cambio con perjuicio en las condiciones ofrecidas en relación con el giro comercial.

15 Disidente significa: oponente, opositor, discrepante, contrario, renegado, detractor tomado de https://dle.rae.es/disidente#

XI. Aplicación del derecho de receso en la SRL.

El artículo 32 bis del Código de Comercio hace referencia solo a ***"acciones"*** no dice nada de los efectos que esa norma pudiese tener en relación con las cuotas de participación en la SRL. El artículo en comentario se encuentra en el "CAPITULO III De las Sociedades" el cual incluye a las SRLs, por ello podría considerarse que el derecho de receso aplica a ambas SA y SRL a pesar de que la norma no indique nada en relación con las cuotas de las SRL. Esta interpretación es la que mantienen Batalla y González[16]. El tema no deja de ser complejo dado que es necesario buscar una solución ante lo incompleto de la norma.

Un hecho sin discusión es que el derecho de receso resulta indispensable para la protección de los socios, sobre todo si se trata de minorías. Son pocos los antecedentes que encontramos en relación con el derecho de receso en su aplicación dentro del marco de la SRL.

El primero antecedente corresponde a el voto del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI Nº 01037 – 2010, del 18 de Marzo del 2010 que resolvió lo siguiente:

> *"b) Por otra parte, la demandante, alega también, que el artículo 32 bis está ubicado en el capítulo de disposiciones generales sobre sociedades mercantiles y no establece discriminación alguna en cuanto al derecho intangible del receso, dispuesto y formulado con carácter categórico y preciso, al establecer que "Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso". Además alega la accionante en cuanto a este punto,*

16 BATALLA GARRIDO Mariano; GONZÁLEZ ROESCH Esteban. (2008). "Derecho de Receso: Apuntes sobre sus limitaciones y propuesta para un nuevo marco jurídico comercial". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. Página 171.

que según el Registro de Personas Jurídicas y el Tribunal Registral Administrativo, los socios de las sociedades de responsabilidad limitada no tienen ese derecho, el cual debe declararse una vez inscrito el acuerdo de prórroga, de manera que se le está cerrando el paso por adelantado al ejercicio de ese derecho a los eventuales disidentes, con la denegación de la inscripción, por lo que considera que al ser el derecho de receso o retiro un derecho constitucional, su limitación o violación es una infracción al texto constitucional. ***Este argumento de la actora, tampoco lo comparte este órgano jurisdiccional, ya que como se indicó, el artículo 32 bis no es de aplicación al caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada,*** *debido a que el artículo 97 es una norma específicamente elaborada para ese tipo de sociedades, mientras que el artículo 32 bis se encuentra como una norma general. Aquí se debe recordar el principio general del derecho, que la norma especial está sobre la norma general.* ***Ahora bien, este Tribunal comparte los argumentos de los demandados, que son los mismos que se expusieron en la sede administrativa, en el sentido que el artículo 32 bis, al hacer referencia al término "acciones" es una norma que debe aplicarse a las sociedades anónimas y no a las de responsabilidad limitada cuyo capital está representado por las llamadas "cuotas sociales".*** *Además de ese argumento, este Tribunal agrega otro que ya se expuso, en el sentido que el artículo 32 bis se encuentra diseñado para los casos en que los acuerdos de modificación de la escritura social, la ley autorice a realizarlos, por una votación de mayoría y no por una votación por unanimidad. Por otra parte, respecto al alegato de la accionante de que los criterios del Registro de Personas Jurídicas y del Tribunal Registral Administrativo vienen a denegar el derecho de receso de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, por lo que existe una violación a un derecho fundamental, es un alegato que este órgano colegiado rechaza, debido a que la ley mercantil puede perfectamente regular los casos en que la modificación de los estatutos sociales deban tomarse por mayoría o por unanimidad de votos. Precisamente, el mismo artículo 97 nos da la pauta, cuando la modificación de la escritura social es muy importante debido a que puede existir una transformación sustancial de la sociedad, exige una votación unánime, por el contrario, cuando la reforma a la escritura social, es sobre aspectos menos relevantes que no implican un cambio tan sustancial, puede tomarse el acuerdo por las tres cuartas partes del capital social. Es decir, la votación será de mayor proporción en relación a la trascendencia de la modificación. Ahora bien, es incorrecto afirmar que se está negando el derecho de receso a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, ya que a éstos les estaría permitido ese derecho en los casos que la ley disponga que una modificación a la escritura social se haga por una votación de mayoría, por lo que tampoco se estaría violando ningún derecho constitucional."*(los atributos no son del original)

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto 617 – 2011 de 26 de Mayo del 2011 a las 09:000resuelve el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI Nº 01037 – 2010, del 18 de marzo del 2010, cuyo texto se transcribió en lo que interesa anteriormente:

> *"Las sociedades de responsabilidad limitada están constituidas a partir de un marcado interés –y resguardo- del elemento personal de los miembros que la conforman y del vínculo existente entre ellos. …* ***Aún* (sic) *cuando la***

norma 32 bis ibídem -contenida en la parte general de las sociedades- regula el derecho de receso para los socios que, entre otros aspectos, disienten del acuerdo de prórroga del plazo social, la regla también refiere que el socio recedente tendrá derecho a obtener el reembolso de sus acciones, noción que es extraña a la sociedad de responsabilidad limitada, en donde el capital social no está representado por acciones propiamente dichas, sino por cuotas."(los atributos no son del original).

Como vemos tanto el Tribunal Contencioso Administrativo como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, encuentran extraña la aplicación del derecho de receso en las SRL, dado que la norma trata sólo el tema del reembolso de las acciones y no menciona absolutamente nada de cuotas de participación en una SRL. Así la solución de entender que el derecho de receso aplica a la SRL – y a las demás sociedades mercantiles – por ser norma general no resulta acorde con el razonamiento que se hace en las resoluciones anteriormente transcritas.

De nuestra parte nos parece que resulta sumamente difícil integrar al artículo 32 bis el concepto de cuota de participación y su reembolso con el fin de que aplique a las SRLs dado que la redacción actual no deja espacio para una interpretación amplia.

En relación a las causales de transformación y fusión para efectos del posible derecho de receso en la SRL -tema que se aborda adelante- tenemos una norma que protege el cambio de objeto de la sociedad y la modificación de la escritura social que imponga aumento de responsabilidad, se trata del artículo 97 del Código de Comercio que indica:

"ARTÍCULO 97.- El cambio de objeto de la sociedad y la modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios, sólo podrá acordarse por unanimidad de votos y en reunión en que esté representada la totalidad del capital social. Para cualquier otra modificación de la escritura se requerirá el voto favorable de las tres cuartas partes del capital social." (la cursiva no es del original).

Sin embargo, la norma como vemos no regula la posibilidad de obtener un reembolso, lo cual evidentemente crea un problema, esto implicaría que esta causal quedaría limitada a la SA.

XII.¿Existe el derecho de receso en las sociedades de suscripción pública?

Las sociedades anónimas de suscripción pública están reguladas a partir del artículo 105 al 199 del Código de Comercio, se trata de una sociedad constituida por *un grupo de promotores que redacta un programa, recoge las suscripciones, y convoca luego la asamblea de los subscriptores en la cual, quienes intervienen, aun en representación de los ausentes, estipulan el acto constitutivo. Es esta la constitución mediante suscripción pública o* ***constitución sucesiva"***[17]**.** La sociedad anónima se suscripción pública, de conformidad con el artículo 108 del Código de Comercio requiere la redacción de *un programa que deberá contener el* ***proyecto de escritura social***, esta norma tiene relación directa con el inciso a) del artículo 116 del Código de Comercio que da la oportunidad a los suscriptores disidentes de retirar sus aportes en caso de que el proyecto de escritura sea **modificado***;* es aquí donde podríamos encontrar una modalidad única del

17 LA SUSCRIPCIÓN PÚBLICA DE SOCIEDADES COMERCIALES. Rama del Derecho: Derecho Comercial. Descriptor: Sociedades. Palabras Claves: Sociedades, Constitución de Sociedades, Suscripción Pública, Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada. Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia. Fecha: 15/07/2013, página 5. Citando a CERTAD MAROTO, Gastón. (1979). Algunos Conceptos Básicos en Materia de Sociedades Mercantiles. En Revista Judicial, N o13, Septiembre de 1979. San José, Costa Rica. Pp 76-77.

derecho de receso o retiro, sin que por esta razón el artículo 32 bis del Código de Comercio y los escenarios en él previstos dejen de ser de aplicación a las sociedades anónimas de suscripción pública. No ignoramos que de conformidad con el artículo114 del Código de Comercio el capital suscrito también será de devuelto si vencido el plazo fijado en el programa, *el capital social no fuere íntegramente suscrito, o por cualquier motivo no se llegare a constituir la sociedad,* sin embargo en este supuesto no se llega a la asamblea constitutiva, acto formal en el que sí están presentes todos los socios y el capital ha sido suscrito.

XIII. ¿El derecho de receso y reembolso en la Ley Reguladora del Mercado de Valores resulta equiparable al derecho de receso contemplado en el artículo 32 bis del Código de Comercio?

La Ley Reguladora del Mercado de Valores, mediante su artículo 6 introdujo el artículo 32 bis del Código de Comercio, dicha Ley fue derogada por medio del artículo 196 de la Ley 7732 del 27 de enero de 1998, pero a pesar de que deroga totalmente la Ley 7201 **no hace referencia a la adición que esa Ley hizo en el Código de Comercio, entendiéndose que no es afectada.**

Esta ley tiene por **objeto** regular los mercados de valores, las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos, los actos o contratos relacionados con tales mercados y los valores, **todas organizadas como sociedades anónimas,** encontramos:

Bolsas de valores, organizadas como sociedades anónimas 8.g) art 27.
Sociedades de compensación y liquidación, entendemos que se trata de una sociedad anónima dado que el artículo y 8.h y 8.g se refiere a autorizar las disminuciones y los aumentos de capital como facultades del Superintendente y artículo 128 que refiera a accionistas.
Centrales de valores, entendemos que se trata de una sociedad anónima dado que el artículo y 8.h y 8.g se refiere a autorizar las disminuciones y los aumentos de capital como facultades del Superintendente y el artículo 119 indica como requisito constituirse en S.A.
Sociedades clasificadoras de riesgo, el artículo144 indica como requisito constituirse en S.A.
Sociedades administradoras de fondos de inversión, el artículo 56 indica como requisito constituirse en S.A.
Puestos de bolsa, el artículo 54 indica como requisito constituirse en S.A.
Sociedad administradora de fondos de inversión Operadoras de pensiones, el artículo 54 indica como requisito constituirse en S.A. para efectos del Instituto Nacional de Seguros y cada uno de los bancos públicos y el artículo 3 de la Ley 7523 del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.
Sociedades de Custodia de valores, el artículo 134 indica como requisito constituirse en S.A.

En relación con el tipo de inversión el artículo 80 nos define los siguientes:

Fondos de inversión:

a) **Fondos de inversión abiertos:** aquellos cuyo **patrimonio es variable e ilimitado**; las participaciones colocadas entre el público **son redimibles directamente por el fondo y su plazo de duración es indefinido**. En estos casos, las participaciones **no podrán ser objeto de operaciones distintas de las de reembolso.**

b) **Fondos de inversión cerrados:** aquellos cuyo **patrimonio es fijo; las participaciones colocadas entre el público no son redimibles directamente por el fondo, salvo en las circunstancias y los procedimientos previstos en esta ley.**

c) **Fondos de inversión financieros abiertos**

o cerrados: son aquellos que tienen la **totalidad de su activo invertido en valores o en otros instrumentos financieros** representativos de activos financieros.

d) **Fondos de inversión no financieros abiertos o cerrados:** aquellos **cuyo objeto principal es la inversión en activos de índole no financiera.**

e) **Megafondos de inversión**: aquellos cuyo activo se encuentra invertido, exclusivamente, **en participaciones de otros fondos de inversión**.

Las definiciones anteriormente indicadas son importantes dado que tiene un impacto en el derecho de receso y el derecho de reembolso.

Derecho de reembolso.

a. Los artículos 67 y 99 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores le otorgan al inversionista en caso de fusión de **sociedades administradoras**, este se da sin deducción de comisión de reembolso ni gasto alguno, el derecho deberá ser ejercido dentro del **mes siguiente** a la fecha en que los inversionistas hayan sido notificados **de la sustitución o el cambio de control**. En caso de **fusión por absorción**, el derecho al reembolso se aplicará solo respecto de la sociedad que desaparece.

Derecho de receso.

En la Ley Reguladora del Mercado de Valores encontramos un derecho de receso especialmente creado para efectos de los escenarios entre ellos:

a. De conformidad con el artículo 83 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores aplica para la recompra de participaciones de **fondos de inversión cerrados,** para la liquidación anticipada del fondo o para la recompra a los inversionistas a quienes les aplique el **derecho de receso** señalado en el párrafo segundo del artículo 79.

El artículo 79 Ley Reguladora del Mercado de Valores establece que cuando **el régimen de inversión de un fondo**, de acuerdo con el prospecto, **requiera de modificaciones**; y sean aprobadas previamente por la Superintendencia, deberán ser comunicadas a los inversionistas y el fondo estará obligado a recomprar a los inversionistas en desacuerdo, que así lo soliciten, dentro del plazo de un mes contado a partir de la notificación.

El derecho de receso que se establece en la Ley Reguladora del Mercado de Valores es de diferente naturaleza jurídica que el derecho de receso contemplado en el artículo 32 bis del Código de Comercio dada la naturaleza de la inversión. En la Sociedad Anónima del Código de Comercio se invierte en acciones, en la materia regulada por la Ley Reguladora del Mercado de Valores se invierte en diferentes instrumentos financieros, no en acciones.

XIV.Conclusiones.

Como contribución de la investigación ofrecemos las siguientes conclusiones:

1. Modificar el artículo 78 del Código de Comercio exigiendo la emisión de certificados de las cuotas de participación, esto facilitará su depósito en caso del derecho de receso.
2. Eliminar la fecha cierta para efectos del artículo 78 del Código de Comercio para efectos de demostrar el carácter de socio ya que no existe un forma fácil y cierta de la verificación por partes de terceros de la existencia de la fecha cierta, sostenemos

que el carácter de socios debería demostrarse por medio de la información contenida en el Libros de Registro de Socios o el Libro de Asambleas de Socios.

3. Eliminar del artículo 78 del Código de Comercio la posibilidad de inscribir el traspaso de cuotas en el Registro Mercantil por estar en desuso.
4. Regular de una forma más clara el derecho de tanteo en la SRL, estableciendo la posibilidad de que a las cuotas se les asigne un valor pericial para que sean adquiridas por los socios de la SRL en caso de que la solicitud de traspaso sea rechazada.
5. Ampliar el artículo 32 bis del Código de Comercio incluyendo las cuotas de participación dentro de él, dejando claro que el derecho de receso se puede ejercer en la SRL.
6. Modificar el inciso b) del artículo 32 bis del Código de Comercio en el sentido de que la causal es el cambio de la actividad económica que sale de los límites del objeto de la sociedad y causa perjuicio y no simplemente el cambio en el giro de la actividad que causa perjuicio.
7. Establecer un procedimiento para la determinación del valor pericial de las cuotas o las acciones en el artículo 32 bis del Código de Comercio.
8. Establecer una vía más expedita para el ejercicio y ejecución del derecho de receso.
9. Modificar el artículo 97 del Código de Comercio para que se lea así:

> *"ARTÍCULO 97.- El cambio de objeto de la sociedad y la modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios, sólo podrá acordarse por unanimidad de votos y en reunión en que esté representada la totalidad del capital social,* ***sin embargo los socios disidentes de forma conjunta podrán renunciar a su derecho al voto y acogerse al derecho de receso con el fin de que se reembolse el valor de sus cuotas conforme el procedimiento establecido en el artículo 32 bis del Código de Comercio****. Para cualquier otra modificación de la escritura se requerirá el voto favorable de las tres cuartas partes del capital social." (los atributos no son del original)*

Lo anterior daría la posibilidad a los socios de escoger ejercer su derecho de receso para que se les reembolsen sus cuotas, participaciones sociales y salir de la empresa.

10. Desarrollar de forma adecuada el procedimiento para fijar el valor pericial que se establece en el artículo 32 bis del Código de Comercio, facultando a la asamblea de socios o en su defecto al órgano encargado de la administración (Junta Directiva o Gerencia) para someter a peritaje el valor de las acciones o cuotas a una cámara de comercio o centro de arbitraje.
11. Modificar el artículo 32 bis del Código de Comercio en el sentido de que el plazo que se establece en su párrafo primero inicia con la firmeza de los acuerdos tomados no con la inscripción de dichos acuerdos.
12. Agregar al párrafo último del artículo 32 bis del Código de Comercio que es legalmente posible para los socios aumentar las causales del derecho de receso y establecer garantías adicionales para los socios recedentes. Ello se justificaría con base en el principio de la autonomía de la voluntad.
13. Incluir dentro de las pretensiones del Procesal Sumario los temas relacionados con el derecho de receso y permitir el cobro por medio del proceso monitorio dinerario del monto fijado pericialmente, que no se haya pagado. Esto acortaría de forma importante los plazos de los procesos judiciales relacionados con el ejercicio de dicho derecho.
14. El depósito de las cuotas de participación o las acciones debería hacerse ante el Tribunal competente si el pago no se

hace dentro del plazo indicado, en ese momento ya no hay otra salida que establecer un proceso judicial para que ordene el pago.

XV.Bibliografía.

BATALLA GARRIDO, M.; GONZÁLEZ ROESCH, E.. (2008). "Derecho de Receso: Apuntes sobre sus limitaciones y propuesta para un nuevo marco jurídico comercial". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

LA SUSCRIPCIÓN PÚBLICA DE SOCIEDADES COMERCIALES. (2013) Rama del Derecho: Derecho Comercial. Descriptor: Sociedades. Palabras Claves: Sociedades, Constitución de Sociedades, Suscripción Pública, Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada. Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia. CIJUL.
Chávez Carmona, H. (2005) EL ENDOSO. Endoso nominativo: en este tipo de endoso aparte de la firma del endosante debe aparecer la firma del endosatario también. Revista de Ciencias Jurídicas Nº 107.

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL TEMA: PIGNORACIÓN DE CUOTAS DE PARTICIPACIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. CIJUL en línea. (2007) localizable en https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php%3Fq%3DMTI5NQ%3D%3D&ved=2ahUKEwjiobD0rJWHAxUN4ckDHYXUAG0QFnoECB4QAQ&usg=AOvVaw0SLfmrclD3MG3hVbi_Epxe. Código: 1295.

Cesión De Cuotas Sociales. (2021) CIJUL en línea localizable en https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2021/cesion-de-cuotas-sociales/&ved=2ahUKEwiF1NLJrZWHAxWpGtAFHVDiCoMQFnoECBwQAQ&usg=AovVaw0FhAn12m-Eivnh7uyS1Gch
Código: 6827.

Leyes, Códigos y Reglamentos.

Constitución Política de Costa Rica de 07 de noviembre de 1949.

Código Civil de 19 de abril de 1885.
Código Procesal Civil de 3 de febrero de 2016.
Ley Reguladora del Mercado de Valores de 27 de enero de 1998.

Normativa supraconstitucional:

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Sitios web.

Página web de la Real Academia Española https://dle.rae.es/disidente#

Jurisprudencia.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00186 - 1991. Fecha de la Resolución: 23 de Octubre del 1991 a las 09:50.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00069 – 1994. Fecha 17 de Agosto del 1994 a las 15:00.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 0626-2003. Fecha de la Resolución: 1 de octubre del 3002 a las 11 horas 25 minutos.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00805 - 2006. Fecha de la Resolución: 20 de Octubre del 2006 a las 10:30.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 01099 - 2016. Fecha de la Resolución: 20 de Octubre del 2016.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 1266-2019. Fecha de resolución: 11 de julio de 2019, 14 horas 35 minutos.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 01302 - 2022. Fecha de la Resolución: 31 de Mayo del 2022 a las 09:41.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 92-F-S1-2023. Fecha de resolución: 26 de enero del 2023, 9 horas con 5 minutos.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00464 – 2023. Fecha de la Resolución: 23 de Marzo del 2023 a las 10:25.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 01140 – 2023. Fecha de la Resolución: 13 de Julio del 2023 a las 14:12.

Sala Primera de la Corte. Resolución Nº 00030 - 2024. Fecha de la Resolución: 12 de Enero del 2024 a las 08:33.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 01030 – 2010. Fecha de la Resolución: 21 de Julio del 2010 a las 09:30.

Sala Constitucional. Resolución Nº. 01584 – 2014. Fecha: 05 de Febrero del 2014 a las 16:01.

Resoluciones judiciales:

Tribunal Segundo Civil Sección II. Resolución Nº 00102 - 2001Fecha de la Resolución: 13 de Marzo del 2001 a las 09:00.

Tribunal de Casación Penal de San Ramón. Resolución Nº 00070 - 2008. Fecha de la Resolución: 22 de Febrero del 2008 a las 14:05

Tribunal Segundo Civil Sección I. Resolución Nº 00636 - 2017. Fecha de la Resolución: 29 de Setiembre del 2017 a las 14:26.

Tribunal Segundo Civil Sección I. Resolución Nº 00437 – 2018. Fecha de la Resolución: 29 de Junio del 2018 a las 15:05.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo Puntarenas Sede Puntarenas Materia Civil. Resolución Nº 00035 – 2022. Fecha de la Resolución: 24 de Febrero del 2022 a las 15:03.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo Cartago Sede Cartago Materia Civil. Resolución Nº 00135 – 2020. 18 de Junio del 2020 a las 10:16.

Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José. Resolución Nº 00419 – 2022. Fecha de la Resolución: 30 de Junio del 2022 a las 11:15.

DOCUMENTOS DIGITALES

7

PODCAST

Temporada 9
Invitado:
Lic. José Abdiel Vallejos Zumbado
EPISODIO 2:
INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y
NEUROCIENCIAS:
APORTE PARA EL DESARROLLO DE LA CRIMINOLOGÍA
AMBIENTAL Y NEUROCRIMINOLOGÍA
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Lic. Gilberto A. Lobo Rodríguez
EPISODIO 3:
ALGORITMOS PREDICTIVOS EN LA
JUSTICIA PENAL
Y OTRAS HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES.
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
M.Sc. Diana Vega Castro
EPISODIO 4:
NEUROCIENCIAS E
INIMPUTABILIDAD.
UNA REDEFINICIÓN DE LA PERSONA INIMPUTABLE
Y SUS CONSECUENCIAS
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Lic. Braulio Alvarado Salazar
EPISODIO 5:
PRESCRIPCIÓN,
COBROS Y EMBARGOS:
TRILOGÍA LEGAL
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Dr. Luis Ortiz Zamora
EPISODIO 6:
XXIV CONGRESO INTERNACIONAL
DERECHO ADMINISTRATIVO FIDA
LA REGULACIÓN EN IBEROAMÉRICA
0:50
-4:30
Ayer y Hoy En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Dr. Rafael González Ballar
Lic. Carlos Fallas Navarrete
EPISODIO 7:
IMPORTANCIA DEL
BIODERECHO
EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
0:50
-4:30
Ayer y Hoy En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Lic. Grigory Chaves Chaverri
EPISODIO 8:
EL EJERCICIO DEL DERECHO
FUTURO
0:50
-4:30
Ayer y Hoy En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
EPISODIO 9:
EL FIDA
Y EL CONGRESO IBEROAMERICANO DE
DERECHO ADMINISTRATIVO 2025
0:50
-4:30
Ayer y Hoy En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 9
Invitado:
Dr. Gerardo
Parajeles Vindas
EPISODIO 10:
LA PRESCRIPCIÓN CIVIL Y MERCANTIL
DE OFICIO
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 10
Invitado:
Dr. Víctor
Orozco Solano
EPISODIO 1
la objeción de conciencia en el contexto español y en el derecho internacional de los derechos humanos:
UNA MIRADA
JURISPRUDENCIAL
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 10
Invitada: Exministra de la Condición de la Mujer,
Cindy Quesada
Hernández.
EPISODIO 2
SIN MUJERES
NO HAY DERECHOS
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

Temporada 10
Invitado:
Lic. Joseph
Sandí Gamboa
EPISODIO 3
LEVANTAMIENTO
del velo societario y grupos de
INTERÉS ECONÓMICO
0:50
-4:30
Ayer y Hoy
En La Libre
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD
SINTONIZANOS EN:

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN DIGITAL

Edición 18 / 1, Agosto 2025

Costa Rica

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD