

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

***“LINEAMIENTOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL
Y SUS POSIBLES APLICACIONES EN EL DERECHO
COSTARRICENSE”***

ANA LUCÍA AGUIRRE GARABITO

IRINA SIBAJA LÓPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

SAN JOSÉ COSTA RICA, 2010

DEDICATORIAS

*A Papabolo y Mamabola,
quienes desde el cielo sé que están orgullosos.
A Papi y Mami, quienes con su inmenso amor y apoyo
me han enseñado y dado todo,
sin ellos no sería nada de lo que soy.
A Fabi, la mejor hermana del mundo.*

Ana Lucía

*A mami y papi, que con su esfuerzo y dedicación me
enseñaron la importancia del conocimiento...
A Manuel, quien me impulsó a emprender
este segundo reto en mi vida.
A todos, mil gracias por su amor y apoyo incondicional.*

Irina

AGRADECIMIENTOS

Cuando se finaliza un proceso académico tan importante, nos enteramos en el andar que son muchas las personas que recorrieron junto con nosotras este camino.

Un simple “gracias” resulta insuficiente para expresar nuestro reconocimiento por las oportunidades otorgadas, el apoyo, la ayuda, la colaboración y la solidaridad que nos brindaron en todo momento. Sin embargo, no conocemos otra palabra para expresar nuestros sentimientos de gratitud.

En primer lugar, agradecerles a nuestras familias y seres queridos que han recorrido este camino a nuestro lado, impulsándonos y dándonos fuerzas, para culminar esta etapa con éxito.

En segundo lugar, a nuestros profesores, pues con el conocimiento que nos han transmitido llegamos hasta este punto. Especialmente, gracias a

- Don Víctor Pérez por ayudarnos y dirigirnos en este trabajo desde el inicio.
- Don Alfonso Gairaud, por su disposición, ayuda y por las observaciones realizadas al presente trabajo final de graduación.
- Don Federico Torrealba, por colaborarnos en la revisión de este proyecto.

Finalmente, a nuestros amigos: Ricardo, Adrián, Dora y Laura, por cada uno de los momentos compartidos en estos años.

¡A todos, muchas gracias!

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIAS	I
AGRADECIMIENTOS	II
ÍNDICE GENERAL	III
FICHA BIBLIOGRÁFICA	VII
RESUMEN EJECUTIVO	VIII
INTRODUCCIÓN	1
ESTRATEGIA METODOLÓGICA	5
1. PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	5
2. OBJETIVOS	6
2.1. <i>General</i>	6
2.2. <i>Específicos</i>	6
3. HIPÓTESIS	7
4. TIPO DE ESTUDIO	9
5. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	10
TÍTULO I:	11
ELEMENTOS CONCEPTUALES	11
CAPÍTULO I: HECHOS JURÍDICOS Y SUS CONSECUENCIAS	12
1. LOS HECHOS JURÍDICOS: EL CRITERIO REAL OBJETIVO COMO PUNTO DE PARTIDA	12
1.1. <i>Los eventos</i>	14
1.2. <i>Los comportamientos</i>	16
1.3. <i>El carácter jurídico de los hechos</i>	16
1.4. <i>Los hechos jurídicos: su conceptualización</i>	18
2. CLASIFICACIONES TRADICIONALES DE LOS HECHOS JURÍDICOS	19
2.1. <i>Criterio de la eficacia</i>	20
2.2. <i>Criterio de la voluntad</i>	22
3. HECHOS DAÑOSOS PUNIBLES	22
3.1. <i>Caracterización</i>	23
3.2. <i>Consecuencias jurídicas y su relación con el daño</i>	26
3.2.1. <i>Afectación a los intereses individuales y colectivos</i>	28
CAPÍTULO II: EL DAÑO CIVIL	31
1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO	32
2. HECHOS QUE PUEDEN CAUSAR DAÑO	36
3. DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS RESARCIBLES	39
3.1. <i>El daño debe ser cierto</i>	40
3.2. <i>El daño debe lesionar un interés jurídicamente relevante</i>	41
3.3. <i>El daño debe ser personal del accionante y subsistente</i>	42

3.4. Debe mediar una causalidad entre el hecho generador y el daño	43
4. CLASIFICACIONES DEL DAÑO CIVIL	45
4.1. Según la materialidad del daño.....	45
4.1.1. Daño material o patrimonial.....	46
4.1.2. Daño inmaterial o extrapatrimonial	48
4.2. Según los sujetos afectados.....	50
4.2.1. Daños individuales	51
4.2.2. Daños colectivos.....	51
4.3. Otros tipos de clasificaciones del daño	54
4.3.1. Daños inmediatos y daños mediatos	55
4.3.2. Daños previsibles e imprevisibles.....	55
4.3.3. Daños actuales y daños futuros.....	56
5. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	57
5.1. Aspectos conceptuales sobre la responsabilidad.....	57
5.2. La Responsabilidad Civil Extracontractual: su conceptualización	59
5.2.1. Su conceptualización	59
5.2.2. Elementos tradicionales y las nuevas tendencias	61
5.3. Regulación de la responsabilidad civil en el ordenamiento costarricense	65
6. AMPLIACIÓN DE LA “TEORÍA DE DAÑOS”	68
CAPÍTULO III: DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS.....	71
1. ¿DERECHOS O INTERESES?	76
2. DISTINCIÓN ENTRE INTERESES DIFUSOS E INTERESES COLECTIVOS	80
2.1. Conceptualización de los intereses difusos.....	81
2.2. Conceptualización de los intereses colectivos.....	88
3. LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS: SU RELACIÓN CON EL BIENESTAR SOCIAL.....	91
TÍTULO II:	98
LINEAMIENTOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL	98
CAPÍTULO I: REGULACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA FIGURA DEL DAÑO SOCIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COSTARRICENSE	99
1. FUNDAMENTO NORMATIVO DEL DAÑO SOCIAL	100
1.1. Legitimación procesal para reclamar el daño social.....	101
1.1.1. El papel de la Procuraduría General de la República.....	102
1.1.2. Relación entre el artículo 38 y el 70 del Código Procesal Penal	104
1.2. Vía para reclamar el daño social: la acción civil resarcitoria.....	105
2. PROYECTOS DE LEY PARA LA REFORMA DEL ARTÍCULO 38 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	108
2.1. Proyecto de adición de un párrafo segundo al artículo 38 del Código Procesal Penal.....	109
2.2. Proyecto de Ley: Ley para fortalecer el derecho de toda persona a reclamar la reparación del daño causado al medio ambiente	110
3. ANTECEDENTES DE APLICACIÓN DEL DAÑO SOCIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COSTARRICENSE.....	113
3.1. Sentencia 341-2004 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José	113
3.2. Sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José	114
3.3. Otros casos y aspectos relacionados con el daño social.....	116

CAPÍTULO II: LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA COMPRESIÓN DEL DAÑO SOCIAL.....	119
1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO SOCIAL	120
1.1. <i>Términos contenidos en el artículo 38 del Código Procesal Penal</i>	120
1.2. <i>Daño social y el daño colectivo</i>	123
1.3. <i>Artículo 50 Constitucional reflejo de la tutela del bienestar social</i>	124
1.4. <i>Definición de daño social</i>	127
2. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DEL DAÑO SOCIAL.....	127
2.1. <i>El daño</i>	128
2.2. <i>El sujeto activo (agente productor del daño)</i>	131
2.3. <i>La afectación colectiva</i>	134
2.4. <i>El deber de reparar e indemnizar</i>	137
3. MANIFESTACIONES DEL DAÑO SOCIAL.....	139
3.1. <i>Manifestación material: el daño social patrimonial</i>	140
3.2. <i>Manifestación inmaterial: el daño social extrapatrimonial</i>	141
4. SOBRE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR EL DAÑO SOCIAL Y ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS RELACIONADOS.....	144
4.1. <i>Apuntes sobre la legitimación pasiva y el daño social</i>	145
4.1.1. <i>Autores y partícipes del hecho punible</i>	145
4.1.2. <i>Terceros civilmente responsables</i>	147
4.2. <i>Apuntes sobre la legitimación pasiva y el daño social</i>	149
4.3. <i>La legitimación activa para reclamar el daño social conforme a la normativa vigente</i>	149
4.4. <i>Algunas críticas respecto de la legitimación activa relacionada con el daño social</i>	151
5. DISTINTAS VÍAS PARA EL RECLAMO DEL DAÑO SOCIAL	156
6. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO SOCIAL.....	161
6.1. <i>La responsabilidad extracontractual subjetiva</i>	163
6.2. <i>La responsabilidad extracontractual objetiva</i>	165
7. DE LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO SOCIAL	168
7.1. <i>El papel de las partes</i>	169
7.2. <i>El papel del Juez</i>	173
8. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA REPARACIÓN DEL DAÑO SOCIAL.....	180
8.1. <i>Concepto de reparación</i>	180
8.2. <i>Formas de reparación aplicables al daño social</i>	182
8.3. <i>Críticas a la forma de reparación en los recientes casos de daño social</i>	186
9. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SOCIALES	187
10. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE REPARACIÓN DEL DAÑO SOCIAL.....	193
10.1. <i>Ejecución de la acción civil resarcitoria por daño social</i>	193
10.2. <i>Ejecución en otras vías jurisdiccionales</i>	197
TÍTULO III:	199
POSIBLES APLICACIONES Y PROPUESTAS PARA UNA MEJOR COMPRESIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO SOCIAL	199
CAPÍTULO I: POSIBLES APLICACIONES DEL DAÑO SOCIAL	200
1. SEGÚN HECHOS PUNIBLES	201

1.1. Delitos ambientales.....	203
1.2. Delitos tributarios.....	210
1.3. Delitos contra los deberes de la función pública.....	213
1.4. Delitos contra el patrimonio arqueológico nacional.....	217
1.5. Delito contra el patrimonio histórico arquitectónico.....	218
1.6. Delitos contra los derechos de los consumidores.....	219
2. SEGÚN HECHOS LÍCITOS O ILÍCITOS CIVILES.....	223
2.1. Vía civil.....	224
2.2. Vía contencioso administrativo.....	226
2.3. Vía constitucional.....	228
CAPÍTULO II: PROPUESTAS PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO SOCIAL.....	232
1. GENERALIDADES EN TORNO A SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COSTARRICENSE.....	232
2. PROPUESTAS PARA SU APLICACIÓN PRÁCTICA.....	233
2.1. Sobre la identificación del daño social.....	234
2.2. Sobre la cuantificación del daño social.....	235
2.3. La legitimación activa y el daño social en nuestro sistema jurídico.....	239
2.4. Sobre la apertura de nuevos mecanismos para su reclamo.....	242
3. LA ACCIÓN COLECTIVA O POPULAR COMO MEDIO PARA EL RECLAMO DEL DAÑO COLECTIVO.....	246
REFLEXIONES FINALES.....	249
BIBLIOGRAFÍA.....	258
1. LIBROS.....	258
2. TRABAJOS INÉDITOS.....	261
3. REVISTAS.....	261
4. TESIS.....	262
5. INTERNET.....	263
6. NORMATIVA.....	264
7. PROYECTO DE LEY.....	265
8. JURISPRUDENCIA.....	265
9. ENTREVISTAS.....	268
10. ARTÍCULOS DE PERIÓDICO.....	268

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Aguirre Garabito, Ana Lucía; Sibaja López, Irina (2010). *Lineamientos para la comprensión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Director del Trabajo Final de Graduación: Dr. Víctor Pérez Vargas.

Descriptores: daño social, daño colectivo, intereses difusos, intereses colectivos, hechos jurídicos, daño civil, daño material, daño inmaterial, daño patrimonial, daño extrapatrimonial, daño moral colectivo, teoría de daños, derecho de daños, ampliación del derecho de daños, capital social, bienestar social, responsabilidad civil, responsabilidad civil extracontractual, teoría del riesgo, responsabilidad civil por daño social, reparación, reparación integral, legitimación activa, Procuraduría General de la República, artículo 38 del Código Procesal Penal, delitos tributarios, delitos ambientales, delitos contra el patrimonio histórico, arqueológico y arquitectónico, delitos contra la Hacienda Pública, acción de inconstitucionalidad, recurso de amparo, derechos del consumidor, tutela pública, tutela colectiva, acción popular, acción de clase, acción colectiva, procesos colectivos.

RESUMEN EJECUTIVO

Aguirre Garabito, Ana Lucía; Sibaja López, Irina (2010). *Lineamientos para la comprensión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

El Código Procesal Penal de 1996 introduce un concepto de daño novedoso y poco regulado en nuestro ámbito jurídico: el daño social, en el artículo 38; el cual establece la posibilidad de la Procuraduría General de la República para buscar el resarcimiento, mediante una acción civil resarcitoria, de los daños causados a los intereses difusos y colectivos, ocasionados por la comisión de un hecho punible. Esta figura, a pesar de estar prevista en nuestro ordenamiento ha tenido muy poco desarrollo doctrinario y un abordaje jurisprudencial escaso, contando nuestro sistema legal con pocos precedentes al respecto, entre ellos el del caso conocido como “CSSS-Fischel”, y varias conciliaciones judiciales con este objeto.

De ahí que el presente trabajo de graduación partió de la hipótesis sobre la necesidad de establecer preliminarmente la conceptualización del daño social y sus posibles aplicaciones en nuestro ordenamiento como respuesta al vacío doctrinario existente en cuanto al tema y como una necesidad del contexto social y jurídico actual. En este sentido, la investigación tuvo como objetivo general establecer los lineamientos generales para la comprensión de la figura del daño social en el derecho nacional, con el fin configurar una guía general sobre el concepto, características, posibles aplicaciones de dicha figura jurídica; así como propuestas para una mejor utilización de la misma.

La investigación también tiene carácter descriptivo, se llevó a cabo por medio de la investigación doctrinaria y jurisprudencial de conceptos relacionados con el daño social; recurriendo también a la revisión de la legislación y del análisis de los posibles escenarios legales en donde puede presentarse su reclamo. También se realizaron entrevistas semi-estructuradas a profesionales que tienen conocimiento

sobre el tema investigado, para recabar sus opiniones sobre la figura y su experiencia en su aplicación.

Dentro de las conclusiones más importantes se pueden señalar, que al partir del criterio real-objetivo, hay hechos humanos que al exteriorizarse ocasionan lesiones a intereses sociales, menoscabando el bienestar de la colectividad. Al respecto, se señala que tales hechos pueden ser lícitos o ilícitos, pero el aspecto que comparten es la afectación grupal que ocasiona el agente con su actuar. Con ello, se desarrollan los aspectos generales en cuanto al daño y la responsabilidad civil; la relación de estos temas con los intereses difusos y colectivos. Igualmente, se realiza una conceptualización del daño social en aplicación de la teoría general del daño y la responsabilidad civil, concluyendo que el daño social es aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a este (ilícito o lícito), siendo sufrido injustamente por una pluralidad de individuos, los cuales pueden ser desde un grupo determinado hasta la colectividad en general, al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento; y ante el cual surge el deber de reparar lo causado.

Adicionalmente, otro aspecto es la concepción de la figura, como exclusiva del derecho penal, lo cual a todas luces, se desvirtúa, pues en principio es una figura del derecho civil, que se pretende de forma accesoria en el contexto de un proceso penal; pero no obsta para que su utilización se realice en otras vías, como la civil, la constitucional o la contencioso administrativa. Finalmente, se plantean algunas de las propuestas necesarias para una mejor aplicación de la figura en el derecho costarricense, dentro de las cuales se sugiere la importancia y necesidad de la implementación en Costa Rica de mecanismos de tutela pública de los intereses difusos y colectivos, y para el reclamo y cobro del daño social que se les ocasione. Entre estos se mencionan las acciones de clase o colectivas.

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal de 1996 introduce un concepto de daño novedoso y poco regulado en nuestro ámbito jurídico: el daño social. Específicamente, el artículo 38 de dicho cuerpo normativo establece la posibilidad de que la Procuraduría General de la República indague el resarcimiento, mediante una acción civil, de aquellos daños causados a los intereses difusos y colectivos ocasionados por un hecho punible.

Esta figura, a pesar de estar prevista en nuestro ordenamiento, ha tenido muy poco desarrollo doctrinario y un escaso análisis jurisprudencial¹. Sin embargo, en los últimos años, la Procuraduría ha decidido utilizar la figura al intentar cobrar este daño en procesos relacionados con el daño al ambiente; por asuntos tributarios y, recientemente, por temas relacionados con la corrupción en la función pública. Lo anterior, ha permitido que la figura del daño social adquiera gran protagonismo en el debate público, en la discusión jurídica y en los medios de comunicación. Debido a las causas “CCSS- Fischel” e “ICE-Alcatel”, el daño social se convirtió en un tema polémico en el ámbito nacional.

Por motivo de este primer intento de utilización y de las iniciativas que se han despertado en la corriente legislativa costarricense² para la reforma del artículo 38 del Código Procesal Penal, las cuales se orientan a esclarecer los parámetros de la figura sobre su uso y determinación, es que surge nuestro deseo de realizar una investigación sobre los posibles lineamientos para la apertura de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico.

A la luz de lo anterior, se puede colegir que esta investigación tiene un interés no solo académico, en el sentido de querer realizar un primer acercamiento

¹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2006. Pág. 161- 163.

² Ver sobre los Proyectos de ley: Expediente Legislativo N° 16343 de agosto 2006 y Expediente Legislativo N° 16343 de septiembre 2006, San José, Costa Rica.

doctrinario orientado a conceptualizar la figura y sus alcances; sino que también engloba un fin práctico; pues pretende sentar las bases de la aplicación de la figura jurídica mencionada; junto con los posibles ámbitos para su uso; para que una vez establecidos los lineamientos sea posible recurrir a ella y tutelar los intereses difusos y colectivos dañados. Definidos entonces, se recurrirá al artículo 38 del Código Procesal Penal, el cual permita una tutela real y efectiva en nuestro sistema. O bien, apelar a otros medios donde podría aplicarse también la figura, como por ejemplo, por medio de un Recurso de Amparo, o su utilización y cobro en otras vías jurisdiccionales.

Resulta importante discutir la doctrina sobre el alcance del ámbito de protección del Derecho de Daños, que incluye las afectaciones a los intereses difusos y colectivos como lesiones indemnizables. Se habla sobre estos como daños colectivos, fundamentalmente en el derecho comparado, en donde establecen la acción popular como el principal medio para solicitar su tutela y reparación; pero este tipo de acciones por el momento no son posibles en Costa Rica, por no encontrarse contenidas en nuestra ley como un mecanismo disponible al efecto y, por criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional, que no han admitido su aplicación. De ahí la relevancia del esbozo de los lineamientos, para aplicar el daño social en nuestro medio.

Por lo anterior, la investigación se compone de tres grandes Títulos, los cuales a su vez se subdividen en capítulos. Seguidamente se expone un esbozo de su estructura y contenido.

El **Título Primero**, se orienta a la explicación de los aspectos teórico-generales, con el fin de comprender los conceptos necesarios de los cuales se parte para desarrollar el planteamiento teórico del daño social. Está integrado por tres capítulos que abarcan, en forma conceptual, los temas de los hechos jurídicos, el daño civil y la responsabilidad; así como la temática y discusión que gira en torno a los intereses difusos y colectivos.

El primer capítulo comprende el tema de los hechos jurídicos; pues son relevantes para determinar la existencia o no de un daño, pero sobre todo la no incidencia del derecho en ciertos ámbitos de la vida social; por lo cual se conceptualizan, se determinan los distintos tipos de hechos existentes y se retoma su importancia para el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, partiendo del supuesto de que hay hechos jurídicos que ocasionan daños, se procede a explicar en el segundo capítulo el daño en general y en específico, el daño como consecuencia de un hecho punible importante para la posterior explicación del daño social. Además, en este capítulo se trata el tema del daño en relación con la responsabilidad civil que se causa. En este capítulo, se establece el hilo conductor del planteamiento, a partir de la explicación del redimensionamiento del Derecho de Daños, lo que comprende los daños causados a una colectividad cuando se afectan sus intereses difusos o colectivos.

Resulta entonces necesario, pasar al capítulo tercero de este título, el cual tiene como objetivo central explicar el concepto tanto de los intereses difusos como de los colectivos, para establecer la diferenciación entre ambos y la cobertura que éstos tienen dentro de la sociedad.

El **Título Segundo**, permite conceptualizar y explicar los lineamientos básicos de la aplicación de la figura del daño social en el derecho costarricense, tema central del que se ocupa este trabajo final de graduación.

Este título está compuesto por dos capítulos, el primero de ellos trata de ubicar el daño social en el contexto del presente del derecho costarricense. De esta forma se exponen los antecedentes de la figura, tanto normativamente como las reformas planteadas en la Asamblea Legislativa y los diversos casos en los que se ha utilizado. Finalmente, se cierra el capítulo tratando de establecer figuras similares en el derecho comparado.

El segundo capítulo versa exclusivamente sobre el daño social, en donde se realiza un primer acercamiento a esta figura en términos de establecer su concepto, contenido y límites. De tal manera se exponen los elementos necesarios para determinar su existencia, la legitimación de los reclamantes y los distintos tipos. Adicionalmente, se toca el tema del daño social de acuerdo con la responsabilidad civil y el deber de reparación que ésta origina; para lo cual resulta necesario establecer la forma de fijarla y sus distintas posibilidades, con el fin de alcanzar una reparación integral y la efectiva tutela de los intereses lesionados. Asimismo, se efectúa una referencia al tema de la ejecución y de las sentencias condenatorias por el extremo de daño social.

El **Título Tercero** consta de dos capítulos, el primero se refiere a las circunstancias en las cuales el daño social se aplica como consecuencia de un hecho punible que afecta intereses difusos y colectivos, entre los cuales se mencionan: delitos ambientales, delitos tributarios, delitos de corrupción, delitos con ocasión de la función pública, entre otros. Una vez establecido el marco conceptual y de aplicación de la figura del daño social, se procede en el segundo capítulo, a realizar una breve ejemplificación de circunstancias que se generan en el sistema jurídico costarricense en las cuales la figura podría presentarse y, se finaliza con algunas propuestas para la mejor aplicación práctica de la figura en nuestro sistema de justicia, de manera que el resguardo a los intereses difusos y colectivos sea real y efectivo.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

1. Problema de la investigación

La necesidad de protección de los derechos o bienes colectivos ya consagrados en el artículo 50 de la Constitución Política y el reconocimiento de éstos que la misma Sala Constitucional³ ha realizado al otorgarle una amplia tutela y legitimación procesal, destaca la jerarquía inamovible del derecho en la efectiva protección del espacio y bienes colectivos. Lo anterior, sólo es posible con una clara comprensión del tipo de daño que los lesiona y afecta; por lo tanto su análisis se torna de gran importancia; pues tener conocimiento sobre este tipo de daño posibilita su adecuada tutela dentro nuestro ordenamiento.

La ausencia de tratamiento teórico sobre el tema del daño social, hace necesario el estudio y el cuestionamiento de los alcances, las limitaciones y el posible desarrollo de esta figura dentro del ámbito jurídico costarricense. Con el presente trabajo final de graduación se pretende conceptualizar la figura del daño social, establecer sus características y parámetros, la legitimación de los sujetos para solicitar este tipo de daño y sus posibles aplicaciones; además de su determinación, formas de cuantificación, sus consecuencias y utilización una vez cobrados. Así como la evaluación y cuestionamiento de la legislación vigente.

En términos generales, lo que se busca establecer es una teoría de aplicación de la figura jurídica en el sistema costarricense, que permita dar respuesta a los cuestionamientos que se le hacen, para de esta manera sentar un precedente teórico-práctico, que impulse su utilización en posteriores situaciones, en las que se hayan violentado intereses socialmente relevantes.

³Ver: Voto N° 132-1999 y Voto N° 3705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

2. *Objetivos*

2.1. General

Como actualmente el daño social resulta una figura inexplorada por nuestra doctrina y de escasa utilización en los tribunales costarricenses, se pretende establecer los lineamientos generales para la comprensión de la figura del daño social en el derecho nacional, con el fin establecer una guía general sobre el concepto, características, posibles aplicaciones de dicha figura jurídica; así como propuestas para una mejor utilización de la misma. Lo cual se lleva a cabo por medio de la investigación doctrinaria y jurisprudencial de conceptos relacionados con el daño social; recurriendo también a la revisión de la legislación y del análisis de los posibles escenarios legales en donde puede presentarse su reclamo.

2.2. Específicos

- a. Analizar la regulación y el desarrollo de la figura del daño civil producto del hecho punible en la legislación costarricense para comprender los antecedentes de la misma.
- b. Examinar la importancia de la efectiva tutela de los intereses difusos y colectivos en su vínculo con el bienestar social y el derecho al ambiente, con el objetivo de establecer un nexo entre estos conceptos y el del daño social.
- c. Señalar los alcances y los cuestionamientos del daño social con su actual regulación en el ordenamiento jurídico nacional, con el fin de proveer los lineamientos para su conceptualización y mejor aplicación.

- d. Determinar los elementos esenciales que configuran la existencia del daño social y sus principales características, así como el tipo de responsabilidad civil derivado de éste.
- e. Establecer las posibles aplicaciones de la figura del daño social dentro de nuestro ordenamiento jurídico y realizar propuestas para su mejor aplicación en la práctica jurídica nacional, logrando una efectiva tutela de los intereses difusos y colectivos.
- f. Sugerir el proceso de acción colectiva o popular como un mecanismo idóneo para la pretensión de reclamo del daño social para contar de esta forma, con un recurso jurídico adecuado a la tutela de los intereses difusos y colectivos en el derecho costarricense.

3. Hipótesis

El concepto daño social parte del artículo 50 de la Constitución Política, según el cual todos tenemos derecho a vivir en un ambiente sano, lo cual engloba muchos aspectos, uno de ellos es el bienestar social.

El bienestar social, se refiere al conjunto de sentimientos de satisfacción material o inmaterial que una serie de condiciones produce en las personas y colectividades; como por ejemplo la protección de los intereses difusos y colectivos.

Este aspecto por el cual vela nuestra Constitución, permite pensar que la legislación costarricense debe orientarse a la conseguir y proteger de los intereses difusos y colectivos y, consecuentemente, del bienestar social.

Cuando exista un hecho jurídico lícito o ilícito que dañe estos intereses, para que la colectividad o grupos que se sientan agraviados puedan pedir su reparación. Se manifiesta por tanto que, el daño social es la consecuencia directa producida por motivo de un comportamiento, el cual afecta intereses jurídicamente relevantes de una colectividad o categoría, ante lo cual surge el derecho de estos de reclamar su reparación y la responsabilidad ineludible de quien lo cause.

Respecto al daño social se prevé que pueden presentarse varios tipos; según la circunstancia que lo origine, este podrá ser material o inmaterial.

Adicionalmente, con esta investigación se pretende, realizar una crítica y determinar la posibilidad de ampliar el ámbito de legitimación, para que no solamente sea la Procuraduría quien en este tipo de procesos pueda gestionar la acción civil resarcitoria en el proceso penal; cuando se agravia a la colectividad, pues ésta debería estar facultada para tutelar y hacer valer sus intereses; es decir, se pretende una legitimación amplia de tutela colectiva, extendida a cualquier persona parte de la colectividad.

Destacan otros elementos secundarios, a los cuales se hará hacer referencia en esta investigación, como por ejemplo: la determinación del daño. No solo resulta importante que la parte lesionada contribuya a determinar el daño, sino que deseamos resaltar el papel del juez como intermediario en la solución de estas situaciones, quien en uso de su potestad discrecional y del principio de la sana crítica, junto con la aplicación de otros principios como el de justicia, equidad, proporcionalidad y razonabilidad, pueda establecer la reparación integral del daño. Asimismo, en cuanto a la reparación, es posible que existase instituya no sólo el resarcimiento económico, sino también el simbólico; según el daño causado.

Otro punto central de este trabajo de investigación es el de establecer las posibles áreas o conflictos jurídicos en donde se presente un daño social, por verse afectados intereses de una colectividad. Se busca ampliar el rango de protección de estos

intereses; por tanto se puede presentar como consecuencia de hechos lícitos e ilícitos y lo lógico es no atenerse al ámbito restringido de la norma 38 del Código Procesal Penal, que lo limita exclusivamente a un daño consecuencia de hechos punibles.

En este sentido, provisionalmente se puede indicar, que algunos de los hechos punibles en los que se afectan tales intereses, son por ejemplo: delitos ambientales, delitos tributarios, malversación de fondos públicos, delitos de corrupción y con ocasión de la función pública. Y otros, que aunque no siempre son punibles, son hechos que pueden afectar a una colectividad, tal es el caso de daños ocasionados al medio ambiente, la salud, vicios de los productos de consumo, entre otros. Pero todos igualmente englobados dentro del concepto de “ambiente sano” que tutela la Constitución Política.

Por tanto, considerando la problemática de la cual parte este trabajo final de graduación y según los aspectos conceptuales mencionados, podemos preliminarmente establecer que el principal objetivo es el conceptualizar el daño social, como respuesta al vacío doctrinario existente en cuanto al tema.

4. Tipo de estudio

Por el planteamiento efectuado y por la ausencia de información con sobre la temática del daño social, consideramos que la investigación se caracteriza por ser exploratoria⁴, ya que representa una de las primeras investigaciones sobre el tema a pesar de estar regulado en nuestro ordenamiento jurídico desde 1996. Es por ello, que, con ésta se busca efectuar un primer acercamiento sobre el análisis del

⁴ HERNÁNDEZ R, FERNÁNDEZ C. y BAPTISTA P. “Metodología de la Investigación”. México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1998.

daño social, con el propósito de generar su cuestionamiento y posibilitar futuros estudios.

La investigación también tiene carácter descriptivo, ya que pretende establecer los lineamientos generales y la caracterización del daño social; además de determinar su estructura y posibles aplicaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

5. Técnicas de recolección de la información

La información se obtuvo por tres medios: el primero consistió en la revisión de fuentes primarias y secundarias, como documentos, libros y trabajos de investigación en torno al tema, ello a partir de una amplia búsqueda de las referencias bibliográficas existentes en bibliotecas nacionales. Como segunda vía, se desarrolló el análisis de la jurisprudencia nacional e internacional relacionadas con el daño social, enfatizando el tema de los intereses difusos y colectivos, así como la acción colectiva y de los derechos tutelados con ésta.

También se realizaron entrevistas semi-estructuradas a profesionales que tienen conocimiento sobre el tema investigado, para recabar sus opiniones sobre la figura y su experiencia en su aplicación..

TÍTULO I:
ELEMENTOS CONCEPTUALES

CAPÍTULO I: HECHOS JURÍDICOS Y SUS CONSECUENCIAS

El derecho como disciplina científica ubicada dentro del área de las ciencias sociales, se caracteriza por estudiar y regular el comportamiento humano dentro de las sociedades. A lo largo de su desarrollo doctrinario, se ha determinado que el término “hecho”, es el más adecuado para darle tratamiento a las conductas humanas y a los acontecimientos de la naturaleza, que puedan tener implicaciones sociales importantes. El intento de conceptualizar el tema de los hechos desde una ciencia como el derecho, sugiere en primera instancia dejar atrás el simple concepto de “hecho”, para adicionarle el adjetivo de jurídico.

Sobre este tema nos abocaremos en el presente capítulo, con el fin de destacar la relevancia que tiene en la configuración del fundamento doctrinario del Derecho como ciencia jurídica.

1. Los hechos jurídicos: el criterio real objetivo como punto de partida

El análisis de la categoría de los hechos jurídicos, así como sus especificaciones, se compone de dos elementos esenciales; el primero nos remite a la conceptualización de los hechos; mientras que el segundo se refiere al carácter jurídico de éstos.

Realizaremos su estudio desde el criterio de análisis y clasificación real-objetivo, el cual para los efectos de esta investigación, brinda una base conceptual sólida que permite profundizar en el tema del daño social.

Dicho criterio, tiene su antecedente en la fenomenología jurídica que plantea el cuadrinomio fundamental, el cual muestra que existen dos tipos de fenómenos relevantes para el Derecho: los espaciales (sujetos y objetos) y los temporales (eventos y comportamientos). Son estos últimos los relevantes para el tema de los

hechos jurídicos; pues su diferencia central reside en que los primeros “permanecen” y los segundos “acontecen”⁵.

Este criterio, a diferencia de los denominados “tradicionales” que analizaremos más adelante, parte del supuesto de que el orden social configura el fundamento del Derecho; de ahí que al plantear la clasificación de los hechos jurídicos se debe recurrir a los diferentes valores e intereses sociales que se pueden ver afectados por los diversos fenómenos temporales: eventos y comportamientos. Por ello se torna necesario recurrir a la realidad para la comprensión de dichos fenómenos. En este sentido:

“la incidencia del fenómeno temporal sobre los intereses puede derivar de hechos donde la presencia humana es pasiva (Eventos, por ejemplo los hechos naturales y los hechos de vida) y hechos donde la presencia es activa, los comportamientos, caracterizados por la existencia de iniciativa humana externa”⁶.

A partir de esta perspectiva real-objetiva cuando se analiza el tema de los hechos jurídicos, se deja atrás el concepto de “acto” para sustituirlo por el de “comportamiento”; además, se pasa de la categoría de “hecho de la naturaleza” al de “evento”. Lo anterior, con el fin de crear conceptos genéricos que engloben todas las situaciones que suceden en la realidad social.

Dentro de este marco, cuando se habla de “hecho”, se hace referencia a un proceso de exteriorización provocado por un acontecimiento producto de un evento de la naturaleza o un comportamiento humano.

⁵ PÉREZ VARGAS, Víctor Hechos Jurídicos. Derecho Privado. Tercera Edición. San José, Costa Rica, Imprenta LIL, S.A., 1994. Pág. 151.

⁶ Íbid. Pág. 173.

El proceso de exteriorización, por tanto, es el principal objeto de estudio, cuando se analiza el tema de los hechos jurídicos, sobre todo por la relevancia que se le otorga en el entorno social.

1.1. Los eventos

Cuando se conocen los eventos de la naturaleza, comprendemos que estos no ponen en funcionamiento el ordenamiento jurídico por sí mismos, lo que dificulta su regulación en las normativas, pero sobre todo en la previsión de consecuencias jurídicas que se puedan ligar a éstos. Sin embargo, adquieren importancia cuando producen resultados dañosos afectando relaciones jurídicas preestablecidas. Ello se debe a que:

“[...] el Derecho tiene como objeto la regulación de la conducta humana. Los eventos (hechos de la naturaleza, o hechos de vida) pueden tener relevancia jurídica en el momento causal; un terremoto puede producir efectos jurídicos con ocasión de un contrato de seguros; un fenómeno aluvial puede producir transformaciones en la extensión del derecho de propiedad. Sin embargo, en la fase efectual no puede haber eventos, sino solamente comportamientos, valorados como posibles o como debidos. El Derecho puede decir: 'debe pagar los daños y perjuicios', 'debe cumplir el contrato', 'puede cobrar', 'puede vender', 'puede prorrogar un contrato'; pero no puede decir: 'debe llover'. Repetimos: su objeto de regulación es la conducta humana”⁷.

En los eventos, los individuos o la colectividad son un punto de incidencia de las energías, sin existir iniciativa o participación suya. A partir de esta conceptualización genérica, se plantea en la doctrina una clasificación; los eventos

⁷ PÉREZ VARGAS, Víctor. Las situaciones jurídicas. Inédito. Pág.3.

relativos a la esfera física, los eventos relativos a la esfera orgánica (hechos de la vida) y los hechos psíquicos. Estos últimos, por su naturaleza no son relevantes para los efectos de investigación, por lo que nos abocaremos al análisis de las dos primeras categorías.

Los eventos de la esfera física se refieren a los hechos naturales, los cuales son fuerzas externas relativas al plano material que afectan intereses relevantes jurídicamente. De acuerdo con el criterio axiológico seguido por el doctrinario Falzea y explicado por el autor Pérez Vargas⁸, desde el punto de vista de los intereses hay dos tipos de incidencia de las fuerzas naturales: la ventajosa (propicia) y la perjudicial (adversa).

En segundo término, se encuentran los eventos relativos a la esfera orgánica o hechos de la vida. Éstos, al igual que los eventos físicos, carecen de iniciativa humana. A pesar de ello, están relacionados con las personas, en tanto estos eventos son consecuencia de la actividad orgánica del ser humano. Aquí el ser humano es un sujeto pasivo de lo que acontece en su propio organismo.

El efecto de estos hechos se torna importante en ciertas situaciones sociales; pues pueden afectar intereses relevantes, aspecto que el ordenamiento contempla y le otorga efectos jurídicos.

En suma, los eventos son hechos que carecen de incidencia humana, tienen incidencia sólo cuando afectan de manera directa intereses tutelados e importantes para el sistema jurídico imperante en un determinado espacio social.

⁸ Ídem.

1.2. Los comportamientos

El comportamiento humano, sea la acción como la omisión, pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional por sí mismo, esto sin necesidad, en la mayoría de los casos, de realizar algún tipo de consideración que haga dudar acerca de su naturaleza.

Este término ha sido objeto de estudio a lo largo del desarrollo de múltiples disciplinas, por lo que surgen diversas posiciones teóricas al respecto. A pesar de ello, todas comparten algunos elementos.

El comportamiento se refiere a una actitud externa del organismo, no lo hay sin el órgano humano. Asimismo, para que esta manifestación externa resulte un comportamiento, debe consistir en una iniciativa de la persona, una respuesta al entorno social y no consecuencia de una necesidad física. Dicha iniciativa, debe producir efectos sobre la realidad externa.

No en todas sus manifestaciones el comportamiento tiene importancia jurídica, ello ocurre sólo cuando afecta directamente valores y principios importantes dentro de un sistema axiológico. Se puede considerar que éste puede manifestarse de dos formas: en concordancia con el ámbito jurídico o en disonancia con éste. Sobre estos dos puntos, se hará referencia más adelante.

1.3. El carácter jurídico de los hechos

Es aquí cuando surge la pregunta: ¿por qué se le otorga la denominación de jurídicos a estos hechos? Bien, líneas atrás se indicó que no se trata de cualquier hecho dentro del espacio social, sino por el contrario, esta conceptualización se

limita a estudiar y analizar una serie de eventos y comportamientos específicamente determinados; por tanto se les otorga el calificativo de jurídico.

Para dar respuesta a la interrogante planteada cabe recordar que el derecho es una ciencia social, lo cual implica que su configuración está determinada por el espacio y el tiempo en donde se desarrolla. *“En otros términos, el significado de las normas se extiende a la sustancia de los intereses sociales cuya tutela busca la comunidad jurídica (sea el Estado u otro ente similar)”⁹.*

Es por esta razón que la “juridicidad del hecho”¹⁰ responde al espacio social; esto implica una valoración que la sociedad realiza acerca de los acontecimientos que tienen incidencia dentro del ámbito colectivo. Lo anterior supone que la *“apreciación que haga puede asumir una doble actitud, según se apruebe o rechace el comportamiento como socialmente útil o dañoso”¹¹.*

No se trata, entonces, de la relación surgida entre el hecho y la norma, sino que su fundamento se encuentra más allá del ordenamiento jurídico. Lo anterior, no es más que un criterio formalista el cual tiende a omitir el génesis de las normas jurídicas, radicadas en los intereses sociales propios de una determinada comunidad, cuya tutela debe ser garantizada por el Derecho como forma de orden y control. Al respecto se indica que:

“el significado de las normas se extiende a la sustancia de los intereses sociales cuya tutela persigue la comunidad jurídica. Debe recordarse que el interés tutelado no es aislable del resto de los intereses del sistema, por lo que el mismo grado de tutelabilidad de él estará condicionado por la presencia de otros intereses. [...] Un

⁹ FALZEA, Ángelo. Eficacia Jurídica. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001. Pág. 89.

¹⁰ Término tomado de PÉREZ VARGAS. En: PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado. San José, Costa Rica, Imprenta LIL, S.A., 1994. Pág. 161.

¹¹ Ídem. Pág. 161.

hecho es jurídico porque su presencia pone en juego el sistema jurídico global y sustancialmente considerado, e incide sobre los intereses de la comunidad”¹².

Por ello es que una de las tareas fundamentales del Derecho dentro de este contexto es la de establecer y delimitar cuáles son las conductas que deben ser amparadas. Una vez que el ordenamiento toma la decisión de indicar en las normas cuales hechos son relevantes para una sociedad, éste procede a determinar una serie de consecuencias jurídicas que garanticen su tutela y efectivo cumplimiento.

En suma, no todos los hechos deben y pueden ser tutelados por el Derecho y estar sometidos a su regulación, en tanto, sólo resultan objeto de protección los que lesionan valores y principios relevantes en un espacio social y tiempo determinado.

1.4. Los hechos jurídicos: su conceptualización

Sobre este concepto se han propuesto dos acepciones tradicionales¹³: como “causa de efectos jurídicos” y como “lo que no es acto”. En lo que respecta a la primera acepción, se concibe el hecho como la causa del fenómeno temporal que produce efectos que tienen implicaciones jurídicas. Esta perspectiva, liga los efectos jurídicos a los hechos, poniéndolos como presupuesto de las conductas jurídicamente normadas.

Por su parte, la segunda definición plantea que los hechos jurídicos se oponen a los actos jurídicos. Estos actos remiten a hechos en los cuales intervienen la voluntad y la conciencia humana; por ello, la conceptualización de hechos se utiliza en sentido restrictivo para indicar todos aquellos hechos jurídicos que no sean actos.

¹² *Ibíd.* Pág. 162-163.

¹³ Ver: PÉREZ VARGAS, Víctor. *Derecho Privado*. Op. cit.

Sin embargo, la doctrina contemporánea plantea críticas a las definiciones expuestas, por lo que ha realizado un esfuerzo por clarificar dicho concepto y garantiza así una definición más comprensiva de los hechos jurídicos y, que permite resumir lo expuesto párrafos atrás. En este sentido, se plantea el hecho jurídico como *“todo fenómeno temporal importante para el Derecho sea evento o comportamiento, relevante o ineficaz, causal o efectual”*¹⁴.

Los hechos jurídicos no son más que una respuesta del Derecho en procura de la tutela de aquellos comportamientos y eventos relevantes socialmente y, encuentran su fundamento en el sistema axiológico establecido por el contexto colectivo en donde se gesta el ordenamiento jurídico.

2. Clasificaciones tradicionales de los hechos jurídicos

Ante la gran variedad de acontecimientos y situaciones incluidos en la categoría analizada, es que surge para el jurista la necesidad de establecer clases o categorías que permitan su comprensión, a partir de rasgos comunes y específicos, los cuales posibiliten su agrupación. Con ello, las clasificaciones de los hechos jurídicos garantizan su adecuado estudio.

Al respecto, existe un sinnúmero de clasificaciones entre las cuales se engloban las que plantean los llamados hechos simples (con un solo acontecimiento se produce el efecto) y los complejos (se requiere de más de un hecho para producir efectos jurídicos). También se expone la distinción entre hechos positivos (la realización de un hecho) y los hechos negativos (la no realización de un hecho o a su omisión). Además, se tiende a diferenciar entre lícitos e ilícitos, en donde los primeros están

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 157.

permitidos en las normas; mientras que los segundos, son prohibidos; por lo tanto su realización tiene como consecuencia la sanción o pena.

Sobre este tópico la doctrina mayoritaria indica que son dos las clasificaciones tradicionales, las cuales facilitan el establecimiento de los criterios para agrupar los hechos jurídicos. La primera, se refiere a la eficacia del hecho y la segunda, de la voluntad.

Actualmente se plantea la necesidad de incluir el criterio real- objetivo antes estudiado, como una propuesta que pretende superar las críticas y las deficiencias de las posturas tradicionales.

2.1. Criterio de la eficacia

Este criterio establece que los hechos se clasifican a partir de los efectos jurídicos que se producen dentro del ordenamiento. Parte de la distinción de los hechos jurídicos en tres grupos, en donde se toman en cuenta las situaciones anteriores y posteriores al hecho. Estas son: en relación con la situación jurídica sucesiva, según la situación jurídica anterior y de acuerdo con ambas situaciones.

En lo que respecta a la primera, esta clasificación establece dos categorías de hechos: con efectos conformes y con efectos disconformes. Desde esta posición se refiere a los contratos y los delitos, en tanto los primeros son un medio de actuación de los sujetos en concordancia con el ordenamiento jurídico; mientras que los delitos tienen como efecto la sanción, producto de una disconformidad con el orden jurídico. Para algunos la disconformidad debe buscarse en la voluntad, mientras que otros colocan el énfasis en la falta de respeto a los fines del ordenamiento.

La segunda clasificación propuesta por el criterio de la eficacia, nos indica que los hechos pueden ser de tres tipos según la situación jurídica que los preceda, los

cuales son: los actos lícitos, los actos debidos y los actos ilícitos. Con respecto a ellos se indica que:

“[...] el acto lícito es el que está precedido de un ‘poder hacer’, el ‘mandato o permitido por la ley’. [...] Los actos lícitos se dividen en actos necesarios en orden a un efecto útil para el interesado (cargas) y actos meramente facultativos. El acto debido es el que está precedido de una valoración de ‘deber hacer’ [...]; están precedidos por una valoración de necesidad. El acto ilícito es el que está precedido de un ‘deber no hacer’. [...] También puede considerarse acto ilícito el que incumple un deber positivo [...] La ilicitud es un juicio que debe ser expresado a la luz de los principios generales del Ordenamiento Jurídico”¹⁵.

Por último, la tercera remite a la relación con ambas situaciones¹⁶. A partir de ahí se establecen tres clasificaciones, de acuerdo con la “teoría de las transformaciones jurídicas”: innovativos (con tres subtipos que son los de la constitución, modificación y extinción), eficacia declarativa (con otros tres subtipos: el reforzamiento, la especificación y el debilitamiento) y la eficacia preclusiva (con dos subtipos que son los que eliminan la incertidumbre debida al tiempo: usucapión y prescripción y los que elimina la incertidumbre debida a la controversia: los hechos de aciertamiento y la transacción).

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 165-166.

¹⁶ Clasificación tomada del autor FALZEA, Ángelo. Ver: FALZEA, Ángelo. Op. cit. Pág. 199 y siguientes.

2.2. Criterio de la voluntad

Al revisar este criterio, asalta la necesidad de remitirse a aspectos de la fenomenología jurídica; pues buscan considerar el hecho tal y como acontece, esto desde la valoración de la voluntad. Es aquí donde surge la distinción entre actos y simples hechos jurídicos, se analizan a partir de la influencia de la voluntad y la conciencia humana que ha sido reconocida jurídicamente. Por ello, se tienen los hechos jurídicos en sentido estricto y los actos jurídicos.

A partir de este criterio, en los hechos jurídicos en sentido estricto, no interviene la voluntad humana y, por el contrario en los actos jurídicos, la voluntad y la conciencia son esenciales.

3. Hechos dañosos punibles

Cuando se analiza el tema del comportamiento dentro del ámbito jurídico, se torna necesario realizar la distinción entre hechos lícitos y hechos ilícitos. Es por ello que dentro de la esfera jurídica, la conducta puede manifestarse en dos situaciones: la primera, cuando interfiere y afecta las relaciones sociales y produce consecuencias en otro ser humano o en sus bienes, ejemplo de ello lo constituyen adjetivaciones como la antijuridicidad o la imputabilidad, entre otras. Mientras que la segunda, surge cuando existe coordinación o conductas compartidas, tema que se estudia en la teoría general de los contratos o se analiza desde la licitud.

A partir de ambas posibilidades y con observancia de la realidad social, se puede producir un daño y con ello, generar responsabilidad civil (sea por una actuación lícita o ilícita). Lo anterior, dependerá del contexto y las circunstancias bajo las cuales se analicen.

3.1. Caracterización

Tratar el tema de los hechos dañosos, nos remite en primera instancia a establecer la necesidad de distinguir entre la configuración de la licitud y de la ilicitud jurídica.

La idea de hechos ilícitos se encuentra subsumida, o relacionada, con términos como la disconformidad, en el tanto, un determinado comportamiento es contrario a la conducta permitida o establecida por el ordenamiento jurídico. En este sentido, Creus indica que *“el hecho ilícito es decir ‘antijurídico’ [...] en circunstancias no autorizadas o no permitidas por el Derecho”*¹⁷.

En general, los hechos ilícitos son los más fácilmente asociados a la producción de un daño. Sin embargo, tanto las conductas lícitas como las ilícitas pueden generar la producción de una consecuencia dañosa. En cuanto a los hechos del hombre, el autor Ghersi ha señalado que cuando:

*“[...] el hecho humano produce una interferencia en el ámbito de otro ser humano o de la sociedad misma, y cuando esta interferencia se exterioriza como resultado dañoso, es objeto de estudio por parte de la teoría de la reparación”*¹⁸.

Siempre que se cause un daño, se da el deber de la reparación, independientemente del tipo de conducta que haya causado el resultado dañoso.

Autores como Orgaz¹⁹ sostienen el criterio de que la ilicitud se opone a la licitud (es decir al acto conforme a derecho), y califica esta distinción como *“necesariamente*

¹⁷ CREUS, Carlos. Reparación del daño producido por el delito. Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1995. Pág. 10-11.

¹⁸ GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la reparación de daños. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1997. Pág 44.

¹⁹ ORGAZ citado por : LÓPEZ, Roberto M. Ilicitud. En: BUERES, Alberto *et al.* Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1997. Pág.154.

dicotómica”, de lo cual deriva que “*todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos*”. Licitud por tanto, supone la observancia y el cumplimiento de lo permitido por el ordenamiento jurídico, se actúa de manera lícita cuando se cumplen con las normas o al menos cuando no se actúa en contra de ellas. Al respecto López plantea:

“[...] acudiendo a una metáfora, se ha dicho que el Derecho es como un mar de conductas permitidas con islas de prohibiciones legales, de modo tal que el concepto de 'ilicitud', pese al prefijo 'i' (que denota negación), no se define por la licitud, sino ésta por aquélla”²⁰.

Cuando se analiza el concepto de hechos punibles dañosos, resulta importante, establecer la distinción desde el punto de vista de los efectos, entre la ilicitud penal y la ilicitud civil. Tema que debe ser claro, máxime cuando se estudie más adelante la responsabilidad civil derivada de los hechos punibles. Para Yagüez, la razón de ser de esta diferenciación reside:

“[...] en el hecho de que no en toda sociedad civilizada hay conductas ilícitas que son merecedoras de la aplicación de una pena, mientras que otras sólo dan lugar a la obligación de indemnizar a la víctima por el daño que se le ha causado”²¹.

Las primeras conductas merecedoras de pena son comportamientos constitutivos del ilícito penal. Este calificativo es producto de una opción de política legislativa, pues depende del sistema axiológico imperante en cada espacio social. Por ello, se ha considerado que existen conductas de reproche, por tratarse de ataques contra

²⁰ Ídem. Pág.154.

²¹ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, España, Editorial Civitas, 1993. Pág. 49.

los valores y los principios más preciados, como: la vida, la seguridad, el honor, la integridad física, etc.; los cuales son objeto de represión organizada por parte del Estado, por medio de la amenaza de una pena. Es característica de estos hechos punibles el encontrarse debidamente descritos en las normas, tipificados por la ley penal.

Desde otra perspectiva, nos encontramos el ilícito civil. Este se define por ser un comportamiento simplemente dañoso, no tipificado por la ley penal y cuya sanción consiste en imponer al autor la obligación de resarcir o indemnizar el daño. Simplemente, son actos dañosos que recaen sobre algún interés particular.

“La ley penal [...], tiene la finalidad de sancionar o castigar. De ahí que no exista responsabilidad por culpa ajena. Y que tampoco incurran en ella los incapaces de entender y querer. Por el contrario, la responsabilidad civil tiene una finalidad reparadora. Lo que pretende es determinar sobre qué patrimonio y en qué medida deben recaer las consecuencias de un acto humano o simplemente hechos. Dicho en otros términos, las reglas legales sobre atribución de responsabilidad civil intentan restablecer el bien lesionado por un hecho dañoso, pero sin sujeción al criterio básico de la responsabilidad penal, que es la culpabilidad”²².

Asimismo, Creus amplía el tema señalando que:

“[...] la teoría de la responsabilidad civil se construye a partir de la realidad de un daño para determinar la procedencia de medidas coactivas tendientes a compensar al titular del bien la pérdida que aquel daño significó para el mismo. Una cosa es descubrir las condiciones jurídicas que son presupuestos de la pena aplicable al

²² Ídem. Pág. 49-50.

autor del hecho (objetivamente ilícito) como respuesta responsabilizadora; otra distinta descubrir las condiciones por las cuales el daño se carga a un sujeto en virtud de la responsabilidad reparatoria que se le hace asumir frente a otro En la responsabilidad penal, en la cual siempre se responde de una "conducta", la del agente es, siempre, en sí misma, condicionante (de allí, por ej., la punición del delito de peligro abstracto). En la civil, como se responde por un daño trascendente a la conducta en sí misma, que tiene necesariamente que recaer, como resultado, sobre bienes jurídicos de terceros, la conducta ilícita del agente ya no es condición exclusiva de atribución de responsabilidad, sino que ella funciona en pie de igualdad con otras de orden distinto (riesgo o vicio de la cosa, responsabilidad refleja por la conducta de un tercero, principios de solidaridad social)"²³.

En síntesis, los hechos dañosos punibles son comportamientos que contradicen los valores y los principios tutelados por el derecho, los cuales por una decisión político institucional son objeto de sanción por parte del ordenamiento, pero de ellos cuales se puede derivar la responsabilidad civil.

3.2. Consecuencias jurídicas y su relación con el daño

Tal y como se estudió en el apartado anterior, el comportamiento a través de sus diversas manifestaciones puede producir efectos dañosos, ya sea en otro ser humano o en la sociedad misma; cuando ese resultado se exterioriza se convierte en objeto de estudio de la teoría de la reparación, como consecuencia de afectar a los intereses del otro o de la colectividad.

²³ CREUS, Carlos. Op. cit. Pág. 12.

“Entonces, podemos decir que no todo hecho humano resulta analizado a la luz de esta teoría, sino sólo aquel que en su interferencia produce un resultado dañoso [...]. Este hecho humano aparece claramente en las situaciones [...], en donde el propio ser humano con su acción u omisión produce el daño”²⁴.

El daño, desde esta perspectiva, es el origen de la consecuencia propuesta por el ordenamiento jurídico: la reparación y la indemnización de los perjuicios ocasionados a partir del mismo.

Debe tenerse presente que los comportamientos constitutivos de ilícito penal acarrear, en algunos casos, lesiones a intereses particulares, sean individuales o colectivos. Con frecuencia el delito produce daños a terceros; por tanto, puede decirse que el acto delictivo engendra responsabilidad civil. En este sentido,

“los hechos constitutivos de infracción penal (delito o falta) y merecedores por ello de reproche penal pueden ser también la fuente de obligaciones civiles; [...] obligaciones las ex delicto que propiamente no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible”²⁵.

A pesar de las diferencias en las construcciones teóricas de la materia penal y civil en cuanto al tema de la responsabilidad, es claro que el delito aparece como presupuesto fáctico de responsabilidad reparatoria (como consecuencia jurídica), ello no implica por sí la responsabilidad penal y, por ende, aunque no sea posible

²⁴ GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la reparación de daños. Op. cit. Pág. 44.

²⁵ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. Op. cit. Pág. 51.

penarlo desde esta materia, nada impide que se reconozca la posibilidad de obligarlo a reparar el daño.

Sin embargo, el acto ilícito, sea penal o civil, es sólo uno de los factores que puede originar responsabilidad; al respecto Moisset plantea que:

“[...] además, la ley -por razones de solidaridad social- pone a cargo del sujeto la obligación de responder en circunstancias que no provienen de su actuar ilícito (responsabilidad objetiva), cuando el daño ha sido causado por personas que están bajo la dependencia del responsable, o por cosas de las que se sirve o saca provecho. Tampoco puede calificarse de ilícito el actuar de una persona privada de discernimiento; y sin embargo puede estar obligado a responder [...]. Incluso hay hipótesis en que debe responderse por daños que se causan con el actuar lícito, es decir, permitido por del Derecho y conforme a sus previsiones”²⁶.

En la actualidad, la obligación de reparar el daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como de los lícitos. Entonces, no es necesario que el acto sea ilícito para que se configure la responsabilidad de reparar, ya que el daño debe resarcirse a pesar de haberse producido por un hecho lícito. Sin embargo, los casos más frecuentes de responsabilidad civil tienen origen en el actuar ilícito dañoso de un sujeto o grupo de sujetos, el cual ocasiona perjuicio a un individuo o a la colectividad.

3.2.1. Afectación a los intereses individuales y colectivos

²⁶ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. El acto ilícito y la responsabilidad civil. Citado por: ALTERINI, Atilio y LÓPEZ, Roberto. La responsabilidad. Buenos Aires, Argentina, Editorial Albeledo-Perrot, 1995. Pág. 97.

La sociedad actual se caracteriza por ser una sociedad de producción, de intercambios y de consumo en masa, donde los medios de comunicación y el desarrollo tecnológico han adquirido gran relevancia. Como consecuencia de ello, también los conflictos se convierten en asuntos de la colectividad (por ejemplo: en materia de trabajo, de clases sociales, de etnias, de medio ambiente, del consumidor, etc.). Al respecto Cappelletti señala que:

“[...] de allí se sigue que aún las situaciones de la vida, que el Derecho debe reglamentar, se han vuelto más y más complejas. Al mismo tiempo, la protección jurisdiccional a su vez será invocada ya no solamente contra violaciones de carácter individual, sino también y cada vez más frecuentemente de carácter esencialmente colectivo, en el sentido de que conciernen especialmente a las agrupaciones, a las clases, a las colectividades. Se trata, en otros términos, de ‘violaciones en masa’. En efecto, la complejidad de la sociedad moderna y el encabestramiento de las relaciones económicas engendran situaciones en las que actos particulares pueden atacar a los intereses de un gran número de personas y presentan, por este hecho, problemas que no han sido considerados en los litigios individuales”²⁷.

Posición que concuerda con la expuesta por Ferrer cuando señala que:

“[...] los conflictos de masas provocan que las violaciones no sólo se produzcan en el individuo como tal, sino que trascienda a una colectividad, grupo o categoría de personas más o menos amplia, dando lugar a nuevas relaciones con peculiaridades propias, que se

²⁷ CAPPELETTI. Citado por: Ídem. Pág. 74.

ha extendido a todas las sociedades contemporáneas debido a los procesos de la globalización”²⁸.

Por ello, en la actualidad no se puede hablar solamente de daños que afectan el carácter individual de las personas, sino se deben comprender los daños que afectan simultáneamente a muchos individuos, pues constituye un fenómeno creciente y frecuente en las sociedades capitalistas e industriales. Ejemplo de ello lo constituyen la contaminación del medio ambiente, los empaquetamientos defectuosos que perjudican a los consumidores, la corrupción de los funcionarios públicos que afectan la seguridad social y estatal, entre otros; todos distinguidos por tener un carácter colectivo o difuso.

²⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos. México, Editorial Porrúa, 2004. Pág. 5.

CAPÍTULO II: EL DAÑO CIVIL

Nuestra Constitución Política establece en el numeral 41 la garantía general y el derecho de que *“ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”*²⁹, lo cual apareja el deber de reparar, de quien con sus acciones, omisiones o mediante la creación de un riesgo cause un daño a otro.

Este mismo deber se encuentra normado en el artículo 1045 del Código Civil, según el cual *“todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa un daño a otro, está obligado a repararlo junto con sus perjuicios”*³⁰. Estas dos normas del ordenamiento jurídico costarricense, demuestran la importancia que tiene la figura del daño en nuestro sistema y la relevancia de una reparación efectiva, cuando este se ocasiona. Adicionalmente, ambas normas son parte de los pilares legales para el surgimiento de la responsabilidad civil, base del estudio del Derecho de Daños.

Si bien dichos artículos establecen el deber de reparar el daño causado a un tercero –o eventualmente a una colectividad-, ninguno de los dos ahonda más en el tema; por lo cual, para establecer los lineamientos del daño social, es necesario, establecer un concepto de lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido por daño; qué clases de hechos lo producen, los tipos que existen, las formas de reparación y la relación entre este y la responsabilidad de quien lo causa.

²⁹ Artículo 41. Constitución Política de Costa Rica San José, Costa Rica, Editorial Editec Editores, S.A., 2005.

³⁰ Artículo 1045. Código Civil. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 2007.

1. Conceptualización del daño

En cuanto al daño, no es posible establecer un concepto único, por los diferentes matices que este término engloba tanto a nivel social como jurídico. Por ejemplo, según el Diccionario de la Real Academia Española³¹, el daño es el “*valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados*”, o la “*compensación que se exige a quien ha causado un daño, de reparar este*”. Además, dentro de su conceptualización en el ámbito jurídico se le tiende a asociar con otros términos como el de interés, valoración, reparación, compensación, entre otros; que juntos dan como resultado un concepto amplio de daño.

De forma general o amplia, el daño implica un menoscabo, un detrimento, una lesión, una pérdida, un perjuicio, producto de una acción humana; mas lo que resulta importante es cuestionarse en qué recaen las consecuencias disvaliosas de ese comportamiento, ya que menoscaba intereses o derechos individuales, colectivos o expectativas de derecho.

Asimismo, es relevante indicar que con respecto a la definición del daño se observan en la doctrina dos posiciones:

“[...] una de ellas apunta al daño como una lesión a un interés, mientras que la otra define el daño por sus trascendios, por las repercusiones o resultados que la acción genera en el patrimonio o en el espíritu”³².

La primera acepción, la que considera el daño como una lesión a un interés, es la adecuada por ser más amplia; pues ve el daño como un todo y no solo como sus consecuencias, o trascendios. Esta visión es más completa, porque comprende

³¹ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo Segunda Edición, 2009. En: <http://www.rae.es/rae.html>. Consultada el 18 de septiembre de 2009.

³² BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Buenos Aires, Argentina, Editorial Hamurabi SRL., 2001. Pág 289.

lesiones a intereses de cualquier tipo, individuales, colectivos, patrimoniales, extra patrimoniales, entre otros.

Además, se opone a visiones más clásicas y objetivadas del daño, según las cuales el daño se equipara con la responsabilidad que se da a causa de una lesión a la propiedad, al patrimonio o los intereses de una persona³³. Dicha forma de concebir el daño está errada en comparación con las nuevas visiones ya que la existencia del daño no debe igualarse a la responsabilidad sino que más bien es un requisito *sine qua non* para el surgimiento de la responsabilidad civil.

Es preciso entonces, otorgarle cuidado a que el núcleo del daño es la lesión a los intereses jurídicamente relevantes. Según Bueres, el ordenamiento tutela hechos jurídicos que se satisfacen por medio de intereses, por lo cual:

“[...] cuando se afecta la esfera jurídica del sujeto, el goce de los bienes sobre los cuales podrá ejercer una facultad existirá daño. El bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad del sujeto, mientras que el interés es la posibilidad que tiene ese sujeto de satisfacer la necesidad por medio del bien”³⁴.

La clave está entonces en definir el daño como un menoscabo a bienes jurídicos que pueden ser *“cosas, derechos o bienes que no son cosas, los atributos de la persona y las entidades extra patrimoniales como la integridad psicofísica, el honor, la intimidad, etc.”³⁵*, los cuales satisfacen intereses; por lo tanto es importante su tutela. Así las cosas, el punto de conexión para determinar la existencia o no de un daño, es la afectación de las necesidades o intereses del individuo. En síntesis:

“[...] la conexión entre los bienes –o los derechos que tienen por objetos esos bienes– se realiza por el rasero de los intereses.

³³ Ver: LAREZ, Karl. Citado por: SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de Daños. Madrid, España, 1963. Pág 106.

³⁴ BUERES, Alberto J. Op. cit. Pág 290.

³⁵ Ibíd. Pág 127.

Verdaderamente el quid es la lesión al interés, pues aunque dicha lesión provenga del menoscabo de bienes –o a derechos- lo real es que ella (la lesión al interés), [y ...] se ajusta más y mejor a la manera en cómo debe apreciarse el daño en su realidad concreta y subjetiva”³⁶.

En cuanto a lo indicado, es necesario insistir que si bien el daño es la afectación a un interés, no toda afectación a un interés produce el derecho repararlo, en los términos del artículo 41 de la Constitución. Para esto, el interés dañado debe ser legítimo y jurídicamente relevante. En ese sentido, el autor Zannoni explica que ese poder de actuar debe aludir a un interés que pertenece o se atribuye por ley al individuo o individuos, la cual no solo le permite a éste que satisfaga ese interés; sino también le permite hacerlo propio, por medio de la facultad que la ley le confiere puede exigir su satisfacción³⁷.

Específicamente en el sistema jurídico costarricense, al igual que en otros ordenamientos, el daño es una figura relevante por ser uno de los presupuestos esenciales que configuran la responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual; según la relación existente entre quien causa el daño y quien sufre sus consecuencias. Es por esto que en nuestro derecho interno, con respecto al daño, se han adoptado posturas similares a la aquí planteada. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha indicado que:

“[...] el daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual, era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso”³⁸.

³⁶ *Ibíd.* Pág 288.

³⁷ Ver: ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1982. Pág 7.

³⁸ Voto N° 112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Asimismo, el autor Rivero ha establecido el siguiente axioma, el cual sintetiza la manera en como debe entenderse el tema del daño dentro del derecho costarricense y su relación con la responsabilidad.

“La esencia de la responsabilidad (contractual o extracontractual) la constituye el daño. La esencia del daño es la lesión a un bien jurídico. El núcleo de todo bien jurídico consiste en un interés humano jurídicamente relevante. Consecuentemente, la esencia del daño es la lesión a un interés humano relevante desde la perspectiva jurídica. Relevante para el derecho y en armonía con lo que dispone el artículo 41 C.P., es todo interés relativo a la persona, sus bienes e intereses morales. Así toda lesión a un interés jurídicamente relevante debe ser reparada o (cuando ello no sea posible o conveniente) resarcida”³⁹.

En este mismo orden de ideas, según el concepto de daño se puede mencionar aquel que lo define como un:

“[...] menoscabo a todo interés que integra la esfera del actuar lícito de la persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación de un bien jurídico procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso”⁴⁰.

Las ideas citadas de acuerdo con el concepto del daño, coinciden en que el daño es un menoscabo a intereses jurídicamente relevantes, como consecuencia de un actuar dañoso por parte de un sujeto o bien, por la creación de un riesgo. Sin embargo, hay otras formas de conceptualizar el daño, como por ejemplo según la doctrina alemana:

“[...] hay dos maneras de concebir el daño, una de ellas alude al daño como una disminución patrimonial, que no se hubiera dado de no acaecer el hecho dañoso. La otra concepción por otro lado,

³⁹ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Responsabilidad Civil. Primera Edición. San José, Costa Rica, Ediciones Jurídicas ARETÉ, 1999. Pág77.

⁴⁰ ZANNONI, Eduardo A. Op cit. Pág 29.

equipara el daño a los perjuicios entendidos como un menoscabo o pérdida que sufre el sujeto afectado como consecuencia del hecho dañoso”⁴¹.

Dicha significación del daño es más restringida que la planteada supra, pues no necesariamente es siempre patrimonial y tampoco el daño es igual o equiparable a los perjuicios que con este se ocasiona por ser conceptos jurídicos distintos.

Por esta razón, es pertinente adoptar un concepto más amplio del daño, el cual se ajuste a las distintas conductas del ser humano; a la transformación de la sociedad en la era tecnológica y postindustrial y, se ajuste, a una evolución no solo social sino también del derecho mismo.

El daño puede verse, para los efectos de esta investigación, como un menoscabo o detrimento de los intereses contenidos en la esfera individual de un sujeto específico y determinado. O bien, su contenido puede redimensionarse y ampliarse, al establecer que el daño es la consecuencia de un actuar humano lícito o ilícito, el cual menoscaba intereses legítimos o jurídicamente relevantes, individuales o supra individuales (como los intereses difusos y colectivos); produce así el deber de reparar en tal forma que se procure atenuar las consecuencias como si el actuar dañoso nunca hubiera acontecido.

2. Hechos que pueden causar daño

En el punto anterior definimos que el daño se genera como consecuencia de un hecho humano y al exteriorizarse, incide sobre la esfera jurídica de los sujetos que comprende los intereses jurídicamente relevantes. En cuanto a estos hechos, cabe mencionar que hay distintas clasificaciones de conductas. Por un lado, podemos

⁴¹ CALDERÓN ZAPATA, Mauricio y otro. El derecho de reparación de daños medioambientales y su aplicación en el Código Procesal Penal. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1997.

hablar de hechos humanos activos, los cuales implican una acción positiva por parte del sujeto o el hacer una conducta de la cual debía abstenerse; o bien, pueden ser hechos omisivos causados por la negligencia del sujeto.

Dentro de los tipos, también se puede hablar de los hechos comisivos-omisivos, donde la conducta del sujeto consiste en dejar de hacer algo que tiene el deber de realizar⁴².

Estos tipos de hechos pueden ser conformes al ordenamiento jurídico y son lícitos, o pueden ser contrarios al mismo, en cuyo caso se les considera como hechos ilícitos (delitos y cuasi delitos). Estos hechos ilícitos pueden derivan de una ilicitud objetiva cuando se violenta una norma o a una ilicitud en la que no media culpa del sujeto⁴³.

Es importante mencionar que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil no son excluyentes; pues *“los comportamientos constitutivos de un ilícito penal acarrear a veces la lesión a un interés particular”*⁴⁴, de esta forma un acto delictivo o hecho punible tiene generalmente como consecuencia el surgimiento de la responsabilidad civil, que en nuestro sistema jurídico se reclama por la vía de la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal.

Como se indicó en el capítulo anterior, no importa si es un ilícito penal o civil el que tenga como consecuencias la producción de un daño, siempre surgirá el deber de reparar. Por ejemplo, en lo que respecta a la reparación civil que aparece como consecuencia de un hecho punible, la jurisprudencia ha señalado la existencia de dos teorías, una clásica y otra positivista:

⁴² PÉREZ VARGAS, Víctor. Principios de la responsabilidad extracontractual. Derecho Privado Tercera Edición. San José, Costa Rica, 1994. Pág 386 y 387.

⁴³ MOISSET DE ESPANES, Luis. El acto ilícito y la responsabilidad civil. En: ALTERINI, Atilio Aníbal. La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot.. Págs 5 a 102.

⁴⁴ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. Tratado de responsabilidad civil. Op.cit. Pág 52.

“La teoría clásica sostiene el carácter privado de la restitución e indemnización de los daños y perjuicios, frente al carácter público y estatal de la pena y afirma en consecuencia que el ofendido es el único titular legítimo para ejercer la acción civil,[...]. La teoría positivista sostiene en cambio que la indemnización del daño causado no es solo una obligación privada del delincuente y un derecho privado del ofendido, sino que es una función social a cargo del Estado, el que tanto en interés directo del ofendido como del interés colectivo, deber ordenar también la reparación, la que por tal motivo es de carácter público al igual que la pena, por lo que el Juez debe condenar de oficio a la reparación civil”⁴⁵.

En cuanto al deber de reparación que aparece la comisión de un ilícito civil o bien, del que se da como consecuencia de un hecho que aunque es lícito causa un daño a intereses tutelados por el ordenamiento, nace el deber de reparar, indemnizar y compensar los daños y perjuicios causados.

La responsabilidad civil y en particular el daño también puede darse como consecuencia de un hecho lícito; es decir, una conducta que a pesar de no ser opuesta o prohibida por el ordenamiento al momento de su exteriorización tiene un resultado que causa un menoscabo a intereses relevantes para el mismo.

El autor Moisset de Espanés, afirma este planteamiento, pues para él, el daño normalmente se asocia a ser consecuencia de un acto ilícito, pero *“hay hipótesis en que debe responderse por los daños que se causan con un actuar lícito, es decir, permitido por el Derecho y conforme a sus previsiones”⁴⁶.*

En cuanto a la legitimación para reclamar los daños causados por este tipo de hechos, los lícitos, Rivero expone que

⁴⁵ Voto N° 151- 1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. En el mismo sentido ver: Voto N° 17-1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

MOISSET DE ESPANES, Luis. El acto ilícito y la responsabilidad civil. En: ALTERINI, Atilio Aníbal. La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Op. cit. Pág 95 a 102.

*"[...] el derecho a reclamar indemnización por el hecho lícito le corresponde al sujeto al que el ordenamiento le impone el deber de soportar un comportamiento que, en circunstancias normales, de no mediar causa de justificación, debería ser evitado."*⁴⁷

De lo expuesto, se observa que lo más usual en las situaciones cotidianas es que el daño a intereses tutelados por el ordenamiento o jurídicamente relevantes, se dé como producto de un acto ilícito, sea este civil o penal; pero también en ocasiones la ejecución o exteriorización de un acto acorde a derecho; es decir, lícito puede tener consecuencias dañosas. En síntesis, los daños nacen de la exteriorización de conductas humanas activas u omisivas, que a su vez, pueden ser lícitas o ilícitas, penales o civiles.

3. Determinación de los daños resarcibles

Como se ha indicado varias veces en el presente título, la esencia de la producción de un daño es que apareja el correlativo deber de reparar de aquel que lo causa y surge la responsabilidad de este de cargar con las consecuencias de su actuar, por la invasión perniciosa en la esfera jurídica ajena. Sin embargo, no todo menoscabo a los intereses es reparable o resarcible, sino que el daño debe cumplir con varios presupuestos para pasar de ser meramente fáctico a jurídico; de lo cual derivan derechos y obligaciones.

Según la doctrina tradicional, para que un daño sea reparable tiene que cumplir con tres requisitos: certidumbre, que sea personal del accionante y que el daño resulte de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo⁴⁸.

⁴⁷ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit. Pág 53.

⁴⁸Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal. Responsabilidad Civil. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1992. Pág. 125 a 127.

En este mismo sentido, la jurisprudencia nacional estima que un daño se repara o resarce cuando concurren las siguientes características del daño:

“a) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. [...] b) Debe mediar lesión a in interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. [...] c) Deberá ser causado por un tercero o subsistente. [...] d) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho lícito y el daño”⁴⁹.

Dichos elementos mencionados en la doctrina y en la jurisprudencia, son los presupuestos para la reparabilidad del daño y las características que este debe tener para considerarse como tal. Es por ello que se procederá a explicarlos más ampliamente.

3.1. El daño debe ser cierto

En primer lugar, el daño debe ser cierto. La certidumbre del daño se refiere a que este debe existir materialmente en el presente o, por lo menos, aparecer potencialmente a futuro como consecuencia probable del hecho; es decir, el daño tiene que ser efectivo, no conjetural o hipotético. Además, resulta de la exteriorización de un acto constatable, no presumible, ni supuesto; sino que, cause un verdadero impacto en un interés jurídicamente relevante para un sujeto en particular, el cual recaiga en valores inherentes a la persona, en los bienes, el patrimonio, derechos, entre otros; o también, puede ser un detrimento a intereses de la colectividad, de los cuales también participa como individuo. Al respecto, de la certidumbre el autor Bustamante Alsina, indica que:

“[...] la existencia del daño, ya sea actual o futuro, debe ser cierta, o sea debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización correspondiente. La noción de daño cierto, se opone

⁴⁹ Voto N° 112- 1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

*a la de daño hipotético o eventual: la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar su resarcimiento*⁵⁰.

En lo que a este presupuesto se refiere, cabe la salvedad de que la certidumbre del daño no se relaciona con su cuantificación. El daño debe ser cierto, mas no la cuantificación de sus consecuencias, ya que el daño no pierde la certeza a pesar de que su valoración resulte indeterminada.

La certeza tampoco tiene que ver con la actualidad del daño; pues es posible reclamar los daños ciertos pero futuros⁵¹. Entonces, el daño puede ser también futuro y determinable, en cuyo caso su certidumbre aludirá a las consecuencias del acto ilícito o a la evitabilidad del daño actual.

La certidumbre del daño se relaciona más bien con la certeza del hecho generador. El hecho, al ser el causante del detrimento o desmedro del bien jurídico cierto, le traslada la condición de certidumbre también a la consecuencia que es el perjuicio.⁵² De esta forma, el presupuesto de certitud “*constituye una constatación del hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria*”⁵³, de lo contrario, si la consecuencia no es la necesaria o bien, meramente hipotética, el daño resultará incierto y, por consiguiente, no podrá ser objeto de reparación.

3.2. El daño debe lesionar un interés jurídicamente relevante

Dentro de la conceptualización del daño, uno de sus elementos es su incidencia lesiva a intereses relevantes para el ordenamiento. En un inicio, se consideraba por la teoría de los daños resarcibles, que solo aquellas lesiones a los derechos

⁵⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil Quinta Edición Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1986. Pág. 146.

⁵¹ Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal. Responsabilidad Civil. Op. cit. Pág. 124 y 125.

⁵² Ver: ZANNONI, Eduardo A. Op cit. Pág. 25.

⁵³ MOSSET ITURRASPE. Citado en: Zannoni, Idíd. Pág. 25 y 26.

subjetivos eran reparables. No obstante, esta teoría ha ampliado los horizontes e indica que son reparables los menoscabos ocasionados a intereses legítimos; donde se encuentran contenidos no solo los intereses particulares, sino también los intereses colectivos y difusos. Varias personas entonces pueden ser las damnificadas con motivo de un actuar dañoso.

Para Alterini, solo es reclamable la reparación de hechos jurídicos; es decir, de intereses resguardados por el ordenamiento; ya que *“no todo interés cuenta -o debe contar- con la protección del Derecho, este solo la brinda a determinados intereses jurídicamente valiosos, cuya salvaguarda le preocupa y están íntimamente conectados con sus propios fines”*⁵⁴.

3.3. El daño deber ser personal del accionante y subsistente

Adicionalmente, el daño debe ser personal a quien se le causa y reclama su indemnización. Debe serle propio, porque nadie puede tener como pretensión la indemnización de un daño que no ha sufrido o sufrido por otro. No obstante, nada impide *“que la pretensión incluya daños inferidos a terceros, en la medida en que el reclamante deba, a su vez soportarlos”*⁵⁵.

Por tanto el daño personal puede ser directo o indirecto, entendiendo por esto, que:

*“[...] es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez la víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado”*⁵⁶.

⁵⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal. Responsabilidad Civil. Op cit. Pág. 127.

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 126.

⁵⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. cit. Pág. 147.

También ha de ser un daño subsistente, esto alude al momento en que el daño es reclamado por el afectado. El daño entonces, debe permanecer, en el sentido de que este *“no debe haber desaparecido al momento en que debe ser resarcido; si así fuera, se imponen algunas previas distinciones, para establecer si corresponde o no que el autor del acto ilícito deba asumir la reparación”*⁵⁷.

La subsistencia se relaciona con la permanencia o existencia del daño al momento de ser reclamado; es decir, que no haya sido reparado por el causante; o bien, que haya sido reparado por la misma víctima o por un tercero. En este sentido, Zannoni nos indica que:

*“[...] la mentada subsistencia alude al momento de la reclamación por el damnificado. Si el daño fue reparado por el responsable, el perjuicio es insubsistente. Pero si fue reparado por la víctima el perjuicio subsiste por el quantum de la reparación”*⁵⁸.

3.4. Debe mediar una causalidad entre el hecho generador y el daño

Como último presupuesto necesario, debe darse la existencia de un nexo causal entre el hecho generador y el daño. Este elemento se refiere al binomio causa-efecto; el cual se genera entre el acto ilícito, que transgrede las normas y principios del ordenamiento y el resultado dañoso de ese actuar, o bien, entre la conducta lícita y el resultado pernicioso que esta pueda tener. En la doctrina, lo anterior se conoce como nexo de causalidad, según el cual: *“el daño debe ser la consecuencia directa e inmediata de la conducta”*⁵⁹. Entonces, el vínculo debe ser tal que si suprime la acción y se piensa que esta no ocurrió, tampoco hubiera sucedido el daño.

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 149.

⁵⁸ ZANNONI, Eduardo A. *Op cit.* Pág 31.

⁵⁹ MESSINEO. Citado en: PÉREZ VARGAS, Víctor. *Responsabilidad Civil Extracontractual. Derecho Privado.* *Op. cit.* Pág 401.

El nexo de causalidad, además de ser uno de los elementos de la reparabilidad del daño, es también uno de los requisitos fundamentales para el surgimiento legal de la responsabilidad y para la imputación de la conducta al agente causante, como un aspecto vital dentro de la teoría del derecho de daños. Dicha posición se encuentra también en la legislación costarricense, ya que el Código Civil, en el artículo 704⁶⁰, reafirma esta postura al indicar que solo procede la indemnización de daños (y perjuicios) consecuencia inmediata y directa de la falta del cumplimiento de una obligación.

Sin embargo, adicional a la idea de causalidad directa e inmediata, en el derecho europeo se han hablado de otros conceptos como la “causalidad adecuada” y la “causalidad eficiente”. En el primero de estos términos desarrollado por el Tribunal Supremo Español, se ha establecido que *“deben considerarse como causa aquellos antecedentes de los que cabe esperar, según criterios de probabilidad o razonable regularidad la producción de un resultado dañoso”*⁶¹. No obstante, en cuanto con estas figuras se debe tener precaución, al compararlas dentro de la teoría de la causalidad a los daños indirecto, los cuales de acuerdo con la legislación nacional, no resultan indemnizables. A su vez, la jurisprudencia nacional ha indicado que:

*“[...] uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa y eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine qua non para que prospere la pretensión resarcitoria”*⁶².

⁶⁰ Artículo 704: En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban causarse.

⁶¹ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Civil Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 402.

⁶² Voto N° 17- 1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

4. Clasificaciones del daño civil

Una vez definido el daño y establecido los presupuestos que este debe tener para resultar reparable, es pertinente entonces mencionar los diversos tipos o clasificaciones de daños que se definen en la doctrina, según el bien jurídico afectado, los intereses dañados, la materialidad o no del daño, entre otras distinciones de acuerdo con las características que presenten las consecuencias del hecho generador del daño.

En cuanto a los tipos de daños, una de las clasificaciones más tradicionales es la que distingue entre el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial; ya que principalmente la idea del daño se asocia a la reparación pecuniaria o la defensa del patrimonio. No obstante, hay otras distinciones posibles, debido a que los cambios sociales y la evolución en el ámbito de la tutela del derecho, ha dado lugar a un ensanchamiento del ámbito que clásicamente comprendía el derecho de daños. Es decir, la tutela de derechos absolutos y de enfoque meramente individualista.

4.1. Según la materialidad del daño

El criterio de la materialidad del daño es uno de los más comunes y tradicionales. Al respecto, el autor Ghersi, indica que *“la clasificación tradicional abarca dos grandes campos: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sin perjuicio de las posibles subdivisiones”*⁶³, como las que también se expondrán en este acápite.

Esta categoría, indica el mismo autor, puede analizarse también bajo el nombre de daño económico y daño no económico o extraeconómico, según los intereses jurídicos que resulten afectados. En la actualidad, la importancia de preservación del patrimonio se ha trasladado a otros derechos de contenido económico y que

⁶³GHERSI, Carlos Alberto. Op. cit. Pág. 62.

también, deben ser tutelados por los ordenamientos, como los derechos de tercera generación⁶⁴.

4.1.1. *Daño material o patrimonial*

El daño patrimonial, económico o material, como también se le llama; es el que se vincula a la idea de menoscabo al patrimonio, entendido como la universalidad de bienes de un sujeto. Estos daños se causan normalmente en los bienes de contenido económico del afectado y, por tanto, se aprecian pecuniariamente.

Es pues “*la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir sobre los bienes que integran su esfera jurídica, que por ende le pertenecen*”⁶⁵. Asimismo, puede definirse el daño material como aquel que “*consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por una víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada*”⁶⁶. En este mismo sentido, la jurisprudencia nacional ha indicado reiteradamente que este daño, el patrimonial, es el que constituye un menoscabo valorable económicamente, o bien un detrimento al patrimonio, compuesto de valores económicos⁶⁷.

Las dos categorías de daño patrimonial que se distinguen son el menoscabo patrimonial sufrido por el sujeto a raíz del hecho, conocido como daño emergente (*dammum emergens*); y las ganancias frustradas que deje de percibir el afectado como consecuencia del acto, denominado en la doctrina lucro cesante (*lucrum*

⁶⁴ *Ibid.* Pág 62 y 63. Nota: Los derechos de tercera generación son aquellos que también se les conoce con el nombre de derechos de solidaridad o de los pueblos, ya que abarcan cuestiones de carácter supraindividual. Si bien su definición no es uniforme en la doctrina, tienen una característica uniforme, la de incidencia colectiva o en una universalidad de sujetos. Como ejemplos de estos derechos podemos mencionar el derecho a un ambiente sano, derechos de los consumidores, y aquellos relacionados con los avances de la ciencia y la tecnología, con problemas alimenticios, ecológicos, entre otros.

⁶⁵ ZANNONI, Eduardo A. *Op. cit.* Pág. 34.

⁶⁶ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. *Op. cit.* Pág. 671.

⁶⁷ Ver: Voto N° 61-2009-SVII del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima ; Voto N° 365- 1999 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, y Voto N° 14-1993 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

cesans). En otras palabras, el daño patrimonial o material comprende el daño y los perjuicios, entendidos en nuestra jurisprudencia⁶⁸ como “la pérdida sufrida” y “la ganancia que deja de producirse”, respectivamente. El primero se entiende como un empobrecimiento actual, consecuencia del hecho generador y los segundos, como daño sobreviniente, o bien la frustración de una utilidad económica o beneficio patrimonial que pudo haberse percibido, de no haber acontecido el hecho dañoso.

Específicamente, en el daño emergente es importante mencionar que este:

“[...] se traduce en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como los gastos que, en razón de ese evento la víctima ha tenido que realizar”⁶⁹.

Pero a su vez, es de igual importancia recalcar que el hecho dañoso además del menoscabo puede *“generar también la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima, [...] puede impedir que ella obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en enriquecimiento económico”⁷⁰.*

Es relevante también la posición doctrinaria alemana en cuanto al daño patrimonial o material, porque considera que incluye el menoscabo a todos los bienes apreciables de forma económica, a los cuales tiene derecho una persona.

En este sentido el autor Rivero señala que este daño:

“[...] abarca tanto el menoscabo a objetos patrimoniales en sentido estricto, como la lesión a derechos ‘ideales’ [como los intereses

⁶⁸ Ver Voto N° 87-1994 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, y Voto N° 288-1990 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

⁶⁹ ZANNONI, Eduardo A. Op. cit. Pág. 34.

⁷⁰ Ibíd. Pág. 35.

difusos y colectivos], que carecen en primera instancia de un valor patrimonial en sentido estricto, pero de cuya lesión puede derivarse un daño valorable o medible en dinero”⁷¹.

Con la misma línea de pensamiento, este autor expresa que el daño patrimonial puede originarse entonces en tres tipos: a la persona, a la cosa, o a un daño patrimonial puro. En cuanto a esto nos indica lo siguiente:

“[...] el daño a la persona se origina en virtud de la muerte o la lesión corporal a la persona (es claro que la lesión a estos derechos de la personalidad es en teoría un daño inmaterial, pero puede dar lugar también a un daño patrimonial en la medida que sea necesaria la utilización de dinero para eliminar o paliar el daño; [...]. El daño a la cosa comprende todas las hipótesis de destrucción, deterioro o pérdida de una cosa. [...] los daños patrimoniales puros también llamados patrimoniales primarios [...], son todos los restantes daños, calculables en dinero, que no se han originado ni en una persona ni en una cosa concretas”⁷².

En suma, se establece que el daño material no solo comprende el daño directo al patrimonio, en sus formas de daño emergente y lucro cesante; además engloba aquellos daños que aunque recaigan en derechos extra patrimoniales, impliquen de manera mediata, un daño material, susceptible de apreciación pecuniaria, o bien aquellos intereses o derechos que contengan valores económicos, o sean susceptibles de una apreciación en este sentido.

4.1.2. Daño inmaterial o extrapatrimonial

Hasta ahora, hemos analizado el daño patrimonial, mas es pertinente abocarse también al examen de aquellos daños no patrimoniales, extra patrimoniales o inmateriales, como también se les denomina. Dicho tipo de daños son los que no

⁷¹RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit. Pág. 86.

⁷² Ibíd. Pág. 87.

causan una lesión o menoscabo al patrimonio del afectado; es más, son *“todos aquellos detrimentos que experimenta el perjudicado que no conducen a una disminución de su patrimonio (económico), que no le han demandado gastos específicos y que no han disminuido la capacidad económica del sujeto afectado”*⁷³.

Son entonces, aquellas lesiones ocasionadas a valores, bienes o intereses fundamentales de la persona o las personas, tal como lo son los derechos de la personalidad o derechos extra patrimoniales que, por su naturaleza, no son apreciables económicamente. Estos derechos de la personalidad pueden definirse como:

*“[...] valores no patrimoniales, que se hacen efectivos mediante relaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas que protegen los valores esenciales de la persona [o grupos de estas], en sus diversos planos de proyección (físico, psíquico, intelectual, espiritual y de relación)”*⁷⁴.

En lo que a estos daños se refiere generalmente se les conoce con el nombre de daño moral; pues puede recaer en *“las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica”*⁷⁵. En otras palabras, es la causación de un menoscabo, detrimento o *“lesión a un interés espiritual provocada por la lesión a otros bienes personalísimos propios o ajenos, o por la lesión a bienes patrimoniales”*⁷⁶.

Por lo tanto, el daño moral es una categoría de daño, que según el autor Damartello, se puede definir como:

⁷³ *Ibíd.* Pág. 88.

⁷⁴ PÉREZ VARGAS, Víctor. Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. Derecho Privado. Tercera Edición. San José, Costa Rica, 1994. Pág. 80.

⁷⁵ YAGÚEZ, Ricardo de Ángel. *Op. cit.* Pág. 675.

⁷⁶ BUERES, Alberto J. *Op. cit.* Pág. 288.

“[...] la disminución o la privación de aquellos bienes que tienen un valor de especial relevancia en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los demás sagrados afectos. Se han propuesto varias clasificaciones de daño moral: a) los que afectan “la parte social del patrimonio moral”, a saber, el honor, la reputación, etc., y los que atacan la “parte afectiva del patrimonio moral”: el dolor, la tristeza, la soledad, entre otros; b) daños morales que originan directa o indirectamente daños patrimoniales como la cicatriz deformante; y daños morales puros entre ellos, el dolor y la tristeza”⁷⁷.

Por consiguiente, los elementos del daño extrapatrimonial son: primero la lesión a un interés jurídico merecedor de justicia para su reparación. Además, el interés debe ser “*espiritual*” como lo llaman algunos en doctrina o más concretamente, un interés extrapatrimonial y cuya reparación tenga como fin un contenido subjetivo⁷⁸.

De este y los anteriores conceptos, se puede extraer que el daño inmaterial o extrapatrimonial, es el detrimento o menoscabo que recae sobre derechos o intereses cuyo contenido esencial no es económico; como por ejemplo: el derecho a la vida, a la dignidad humana, al honor, a un ambiente sano, entre muchos otros; pero que para resarcirlos es necesario hacer una estimación pecuniaria de su valor.

4.2. Según los sujetos afectados

Los daños también pueden clasificarse según la persona o personas a quienes afecte. En ese sentido, puede hablarse de daños individuales cuando afectan a una sola persona, la cual está determinada y con un interés lesionado identificado; o

⁷⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños . Citado en: Voto N° 365-1999 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁸ Ver: BUERES, Alberto J. Op. cit., Pág 305 y 306.

bien, pueden ser daños colectivos, cuando las consecuencias del actuar dañoso recaen en una pluralidad de personas, afectando sus intereses colectivos y difusos.

4.2.1. Daños individuales

La idea del daño individual deriva de la concepción tradicional- individualista del derecho subjetivo. Bajo esta concepción, el daño se ve como el menoscabo o detrimento a los bienes o intereses de un sujeto particular y determinado, al cual se le ha causado el daño y quien lo soporta en forma personal.

En este tipo de daños la legitimación para su reclamo; es decir, a legitimación pasiva, se restringe mayormente a aquel a quien se le causa el menoscabo y su reparación deberá ser necesariamente personal y autónoma.

4.2.2. Daños colectivos

Contario a lo referido, se reconocen actualmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia otro tipo de daños, los que afectan a una pluralidad, a una colectividad de personas, los cuales han surgido por los cambios que se observan en nuestra sociedad. Según la autora Garrido Cordobera, en:

“[...] la realidad de nuestros días, masificada, globalizada y con una tecnológica por sectores, se pueden observar muchas manifestaciones que en algunos casos son susceptibles de causar daños, pero no ya solo a las personas o bienes tomados aisladamente y susceptibles de ser abordados con el criterio clásico de la responsabilidad civil, sino que generan una nueva víctima de tipo plural, que será la de los grupos o comunidades, cuya integridad física es objeto de agresión y cuyos intereses son dignos de protección y de reparación”⁷⁹.

⁷⁹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, Pág 12. En:

Es posible la identificación del daño como el menoscabo a un derecho subjetivo contenido en una esfera jurídica individual de un sujeto en específico y determinado o su ámbito puede redimensionarse y ampliarse, al establecer que una conducta (lícita o ilícita) puede dañar una esfera más amplia, la supra individual, la cual afecta de esta forma intereses sociales, comprendidos los intereses difusos y colectivos y donde los sujetos participan individualmente en tanto son parte de una colectividad.

En cuanto a la definición de estos daños, la misma autora nos señala que con este nuevo concepto de daño *“el individuo ya no es tomado aisladamente, sino en forma colectiva, como perteneciente a una comunidad; son daños que no pertenecen al sujeto en el sentido clásico”*⁸⁰. Entonces son aquellos que se les reconoce pues:

*“[...] inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. [...] no surgen de la simple suma de los daños individuales, presentan una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o la sociedad que es víctima de la indiscriminada lesión”*⁸¹.

Al respecto, nuestro sistema jurídico no ha permanecido ajeno a la inclusión y tutela de este tipo de daños, evidencia de ello es el artículo 50 Constitucional⁸². Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de daños colectivos o “sociales”, considerándolos como un *“menoscabo a un interés general tutelado”*, porque afecta a la sociedad en forma general y no a las personas individualmente

www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-inclusion-de-los-danos.../file Consultada el 11 de febrero de 2010.

⁸⁰ Ídem. Pág. 14.

⁸¹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Buenos Aires Argentina, Editorial Universidad, 1993.

⁸² Artículo 50: El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

consideras. Señala que es un daño sufrido colectivamente debido que lesiona un interés colectivo, es autónomo y, a su vez, puede o no coincidir con un interés individual, lo que deja ver una realidad grupal ⁸³. Este daño se caracteriza por ser:

“[...] un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños especiales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino en una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la sociedad entera que los sufre. El daño al colectivo afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Se trata de un mismo y único daño, que hoy en día se acepta sin dificultad, como una noción con entidad propia, que atañe por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos de manera indistinta y no exclusiva. Los destinatarios no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, vinculados por alguna calidad o característica que da conexión al conjunto. Dentro de esta temática, de surgir la obligación de resarcir este tipo de menoscabo, no se configura una suma de porciones identificables; por el contrario, es una lesión general, que resulta aprehensible y experimentable, en donde el elemento afectado es comunitario o grupal, que llega a los sujetos individuales indivisiblemente, por la inserción en el conjunto” ⁸⁴.

Es simple reconocer entonces que el daño colectivo denominarse también daño genérico o difuso, consiste en aquel menoscabo o detrimento sufrido por varias personas, simultánea o sucesivamente, siempre refiriendo a derechos o intereses de incidencia colectiva, como lo son los intereses difusos y colectivos, compartidos por todos sujetos que son parte de una sociedad, y que tienen incidencia social o repercusión sobre una generalidad. Estos se diferencian de los daños individuales, soportados por un sujeto en particular y que lesionan un interés concreto y determinado.

Con respecto a la diferencia entre ambos tipos de daño, Garrido Cordobera apunta que:

⁸³ Ver: Voto N° 675-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

⁸⁴ Voto N° 675-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

“[...] la diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio según que una lesión dé origen a un daño resarcible en el sentido clásico o a un daño colectivo, pues el perjuicio es más disperso o difuso; pero el hecho de tener esta característica no implica que no sean concretos o perceptibles jurídicamente, sino que la titularidad o el goce se esparcen entre los miembros de un grupo o comunidad”⁸⁵.

Este nuevo concepto, es de suma relevancia para esta investigación; pues no solamente sienta las bases de una apertura y ensanchamiento de los criterios de la responsabilidad civil; sino también es un antecedente conceptual de lo que en el sistema jurídico costarricense se ha denominado como daño social.

4.3. Otros tipos de clasificaciones del daño

Los daños tienen múltiples clasificaciones, unas más generales como las abarcadas en esta sección o bien, los daños pueden identificarse en sus formas más específicas (a su vez comprendidas dentro de las generales) como serían, por ejemplo: términos como daño ambiental, daño ecológico, daño nuclear, daño tecnológico, daño a la salud, daño a los consumidores, entre otros tipos más, los cuales fundamentan su especificidad en el bien jurídico tutelado que resulta dañado o bien, en aquello con lo cual se causa el daño.

Si bien, hay múltiples distinciones, seguidamente se presentarán, algunas de las más generales y comunes que se encuentran en la doctrina.

⁸⁵ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Op. cit. Pág. 13.

4.3.1. Daños inmediatos y daños mediatos

La clasificación entre daño mediato e inmediato alude específicamente a las consecuencias que se produzcan con el hecho. Será inmediato cuando las consecuencias del actuar sean las surgidas según el curso natural y ordinario de las cosas. En cambio, serán inmediatas cuando las consecuencias resultan de la relación con un hecho distinto⁸⁶. Al respecto, Zannoni refiere que:

“[...] puede hablarse de daño inmediato cuando el perjuicio, la lesión al bien jurídico reconoce en el hecho generador su causa próxima –o, como dice Alterini, cuando el daño corresponde a una conexión de primer grado con el hecho causal-. En cambio, son daños mediatos los que ‘resultan solamente de un hecho o acontecimiento distinto’⁸⁷.”

Esta distinción se hace entonces en virtud del vínculo o nexo que se dé entre el hecho generador y el daño, depende entonces de cómo sea la relación de causalidad.

4.3.2. Daños previsibles e imprevisibles

Lo previsible del daño alude a la posibilidad que tiene el sujeto de representarse las consecuencias dañosas que puede ocasionar con su actuar. Los daños previstos por tanto, son los que el causante puede considerar como posibles a la hora de ejecutar el comportamiento; mientras que, los daños imprevisibles son los que no han sido considerados. En cuanto a esta clasificación el autor Bustamante Alsina, nos dice que él:

⁸⁶ Ver: ALTERINI, Atilio Aníbal. Op. cit. Pág. 245, y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. cit. Pág. 152.

⁸⁷ ZANNONI, Eduardo A. Op. cit. Pág. 25.

“[...] daño previsible es el que ha podido preverse en iguales circunstancias e imprevisible el que no ha podido preverse. El análisis se hace en abstracto, considerando una persona de previsibilidad media que actúe con la debida atención y conocimiento de la cosa”⁸⁸.

Esta categorización del daño se asemeja mucho a la ya explicada anteriormente, ya que en el caso de daños inmediatos la previsibilidad se presume, en tanto que, con los daños mediatos, la previsibilidad es solo potencial.

4.3.3. Daños actuales y daños futuros

Refiere la diferencia entre los daños actuales y futuros al orden cronológico o temporal que sigue al hecho dañoso o eventus damni, en el sentido de que todo daño es posterior al hecho dañoso, es una consecuencia de este. Para Zannoni:

“[...] daño actual, es el daño, menoscabo o perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia. Daño futuro, en cambio, es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá luego de la sentencia”⁸⁹.

En suma, el daño actual existe certeramente cuando la víctima busca su resarcimiento por medio de una sentencia y los daños futuros, son los que resultan de una prolongación o agravación del daño actual, son subsistentes y no se agotarán con el dictado de la sentencia o, a su vez, pueden ser también un nuevo daño como consecuencia del actuar dañoso ⁹⁰.

⁸⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. cit. Pág. 152.

⁸⁹ ZANNONI, Eduardo A. Op. cit. Pág. 25.

⁹⁰ Ver: Ibid. Pág. 26 y 27.

5. Generalidades sobre la Responsabilidad Civil

En su acepción general, el vocablo responsabilidad puede tener múltiples significaciones, al igual que lo tiene también dentro del ámbito jurídico; dependiendo del contexto en el cual se le utilice, ya que como nos indica el autor Pérez Vargas, *“designa una pluralidad de fenómenos”*. Por ejemplo, hay quienes equiparan la responsabilidad con una fuente de obligaciones, una deuda o una carga, que es el deber hacer algo o un tener que hacer algo. Asimismo, el concepto se utiliza, con el sentido amplio de exigencia, con el sentido de capacidad y además, es ampliamente usado en el campo contractual ⁹¹.

Lo anterior, es igualmente señalado por el autor Santiago Nino, quien sostiene que el término responsabilidad tiene varios sentidos o significados, entre los cuales puede referirse a obligaciones, funciones derivadas de un papel o cargo, como capacidad y estado mental, para indicar que un hecho o fenómeno es causa de algún evento, o bien en el sentido de responsable punible o moralmente reprochable ⁹².

5.1. Aspectos conceptuales sobre la responsabilidad

Como idea general, puede establecerse que la responsabilidad es *“la atribución (a un sujeto) de una situación de necesidad jurídica, como consecuencia de una imputación de una conducta o actividad que ha afectado la esfera jurídica ajena”*⁹³.

⁹¹ Ver : Pérez Vargas, Víctor. Responsabilidad Civil Extracontractual. Derecho Privado. Op cit. Pág. 382 y 383.

⁹² SANTIAGO NINO, Carlos. El concepto de Responsabilidad. En ALTERINI, Atilio Aníbal. La Responsabilidad, Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Op. cit. Pág. 15 a 17.

⁹³ PEREZ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 383.

A su vez, la responsabilidad tiene subdivisiones de acuerdo con sus características. Así, lo indica Kelsen⁹⁴, puede ser directa o indirecta, subjetiva u objetiva. Una responsabilidad directa se da cuando el sujeto responsable, en forma directa, es susceptible de una sanción o pena como consecuencia del acto antijurídico –o en ocasiones lícito-, perpetrado por sí. En cambio, la responsabilidad es indirecta cuando un individuo resulta responsable por los actos de un tercero. Adicionalmente, puede ser subjetiva, cuando el causante del hecho ha querido o previsto las consecuencias de su actuar antijurídico, lo cual vendría siendo una responsabilidad “*por culpa*”. Al contrario, será objetiva, o “*por resultado*”, cuando el sujeto es pasible de ser sancionado, sin importar que haya querido o previsto el resultado del hecho antijurídico.

En su forma genérica, la responsabilidad jurídica se asocia a la represión y a la reparación, dependiendo del campo del derecho en donde se la ubique. Así por ejemplo, existe la responsabilidad penal cuando un sujeto incurre en alguna de las conductas tipificadas en el ordenamiento penal, ante esto se le atribuye una sanción o pena. Y existe también la responsabilidad civil, que la más frecuente en el ámbito legal es la establecida en el artículo 1045 del Código Civil⁹⁵ y algunas otras leyes. Según dicho artículo “*todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios*”.

Respecto al concepto de responsabilidad civil, se le tiende a asociar con el “no causar daño a los demás”, que es una regla de vital importancia en la convivencia humana, que incluso la tenían los romanos con su principio *neminem laedere*. Con esto, se indica entonces que la responsabilidad civil es la atribución a un sujeto de la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de su conducta, cuando ha dañado los intereses y los derechos ajenos.

⁹⁴KELSEN, Hans. Citado por: PEREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 17.

⁹⁵ Código Civil. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 2007.

En cuanto a la responsabilidad civil es pertinente mencionar sus tipos y subtipos. Uno de ellos es la contractual (irrelevante para efectos de esta investigación, pero igualmente haremos referencia a su concepto), la cual se caracteriza por la existencia de un vínculo legal obligatorio o contractual que media entre el sujeto y en el contexto del cual se causa el daño a la víctima. Por esta razón, en la responsabilidad civil contractual *“el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido incumplido”*⁹⁶. Es decir, la responsabilidad nace con el incumplimiento de una obligación pactada entre partes, esto se evidencia en el artículo 702 del Código Civil⁹⁷.

La otra especie de responsabilidad civil es la extracontractual, donde no media relación o vínculo alguno entre las partes y el deber indemnizatorio nace por la transgresión al deber general de no dañar a otro. Al respecto el autor Yagüez expone, que en esta órbita de la responsabilidad, *“la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia”*⁹⁸.

5.2. La Responsabilidad Civil Extracontractual: su conceptualización

5.2.1. Su conceptualización

Se indicó en el párrafo anterior, la responsabilidad extracontractual se da cuando, en primer lugar no existe un vínculo o relación entre las partes, ya que:

“[...] la extracontractualidad es una calificación especificadora que denota la falta de preexistencia de un vínculo concreto. La

⁹⁶ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. Op. cit. Pág. 13.

⁹⁷ Artículo 702: El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.

⁹⁸ YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. Op. cit. Pág. 13 y 14.

responsabilidad no viene en consideración por la inobservancia en vínculo determinado derivado de la ley o negocio”⁹⁹.

En segundo lugar, se da cuando se incumple el deber general de no causar daño a otros, menoscabando o lesionando de esta forma intereses jurídicamente relevantes, comprendidos en la esfera jurídica de otro sujeto o sujetos, en el caso que sea un interés colectivo o difuso; dando lugar a la reparación de los daños causados.

Este concepto de responsabilidad civil extracontractual lo reafirma nuestra jurisprudencia la cual ha indicado que ésta:

“[...] proviene no del incumplimiento de una obligación contractual, sino del quebrando del deber genérico de no causar daño a nadie. Por ende, surge al margen del ámbito convencional. La obligación de reparar se da ahí, no por el incumplimiento de un pacto, que no existe, sino por el daño infligido a otro, cuando ha sido causado por dolo, culpa, negligencia o imprudencia”¹⁰⁰.

De igual forma, la Sala Primera, en su Voto N° 320-1990 señala que:

“[...] la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros”¹⁰¹.

⁹⁹ PEREZ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 388.

¹⁰⁰ Voto N° 103-1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

¹⁰¹ Voto N° 320-1990 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

5.2.2. Elementos tradicionales y las nuevas tendencias

Tradicionalmente se ha aceptado que los elementos de la responsabilidad civil extracontractual son: a) la existencia de un daño; b) la antijuridicidad y, c) la culpabilidad.

En cuanto al primero, no haremos más referencia que la indicada al inicio de este capítulo, mas si nos referiremos al segundo y tercer elemento. En lo que refiere a la antijuridicidad, se ha indicado en la doctrina tradicional, que esta apunta al concepto de ilicitud. Implica la infracción a la ley por medio de una conducta o la valoración negativa del ordenamiento de un actuar. Esta ilicitud es *“una trasgresión a cualquier prohibición jurídica (o a una omisión de acción debida)”*¹⁰².

Por otro lado, el requisito de la culpabilidad representa un criterio de imputación de la conducta al sujeto que causa el daño. En ese sentido, se considera que la culpa es el medio por el cual se atribuye al individuo que provoca el daño, el deber de resarcirlo. Este elemento de imputación subjetiva, implica, como dice Ghersi, *“un juicio de reprochabilidad sobre la conducta de la persona, teniéndose en cuenta la prudencia y la diligencia de actuar del sujeto”*, basada en la razonabilidad de la conducta que podría serle exigida al individuo¹⁰³.

Con respecto a la culpa, la Sala Primera ha aclarado que esta:

“[...] supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo [...]. La culpa consiste, entonces, en una falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles. La diligencia se ha considerado como la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños, según la clase de actividad de que se trate y la que puede y debe esperarse de persona, normalmente razonable y sensata,

¹⁰² PÉREZ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 388.

¹⁰³ GHERSI, Carlos Alberto. Op. cit. Pág. 108.

pertenciente a la esfera técnica del caso. Es decir, si la persona obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos. Incluso, la doctrina indica que la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño”¹⁰⁴.

Estos elementos tradicionales se asocian a la configuración de una responsabilidad subjetiva, tanto como a una responsabilidad por culpa, en la cual son necesarios estos elementos y un nexo de causalidad entre el daño y el hecho generador para el nacimiento del deber indemnizatorio. Este deber, puede nacer también de una responsabilidad directa, cuando deriva de un hecho propio del agente, o bien, puede ser una responsabilidad indirecta cuando surge para un individuo en virtud de un hecho ajeno, sea por una falta “*in vigilando*”, cuando el sujeto al que se le imputa el daño no cumplió con el deber de vigilar aquello que depende de él, o bien por una falta “*in eligendo*”, cuando el sujeto no escoge de forma prudente y cauta a las personas de las cuales se va a servir.

Si bien estos requisitos tienen cierta importancia dentro de la teoría general de daños, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad subjetiva, hay quienes piensan que deben ser superados para adaptarse a las nuevas tendencias. Según las nuevas tendencias, para el surgimiento de la responsabilidad extracontractual solo es necesaria la existencia de un daño.

En relación con estas nuevas tendencias, señala el autor Pérez Vargas que:

“[...] las nuevas tendencias favorables a la parcial superación de la culpa, prescinden de la anterior delimitación y toman, más bien en cuenta, como elementos necesarios, la existencia de un daño y una conducta o actividad que sirva como criterio de imputación de ese daño”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Voto 53-1998 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver: Votos N° 17-1992 y 398-2001 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

¹⁰⁵ PÉREZ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 388.

Lo anterior por cuanto el requisito de culpabilidad, deja de ser necesario y surge la creación de un riesgo como un nuevo criterio de imputación. Según la teoría del riesgo creado, se puede atribuir el daño a todo aquel que introduce en la sociedad la posibilidad de producción de un daño. En esta teoría se:

“[...] prescinde de la subjetividad del agente, y se centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan sólo cuál hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de la sucesión de sus elementos tradicionales –que arranca de la ilicitud objetiva del obrar y se continúan con la culpabilidad del agente-, y se contenta con la trasgresión objetiva que importa la lesión del derecho subjetivo ajeno”¹⁰⁶.

Con la inclusión de este nuevo criterio de imputación deja de ser necesaria la culpa, porque basta que se dé una conducta o actividad de una persona física o jurídica, la cual constituya un peligro, para que en caso de existir un daño como consecuencia de esta conducta, se configure el criterio de imputación.

Con esto, se da lugar a una responsabilidad objetiva, en la cual, ha señalado nuestra jurisprudencia, la fuente de la obligación no es la culpa o la negligencia del agente; sino la creación de un riesgo. Nos indica que, según la teoría del riesgo creado o también llamada de daño creado, *“quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias”¹⁰⁷.*

Al respecto del tema expone el autor Rivero, que:

“[...] se ha transformado la doctrina de la responsabilidad civil. Jhering había dicho que no es el daño lo que obliga al resarcimiento, sino la culpa. Hoy el principio que rige es

¹⁰⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal. Op. cit. Pág. 106.

¹⁰⁷ Voto N° 61-1996 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

precisamente el contrario: 'no es la culpa lo que obliga al resarcimiento, sino el daño'"¹⁰⁸.

Asimismo, indican estas nuevas tendencias que el presupuesto de antijuridicidad del hecho generador del daño, deja de ser necesario al admitirse dentro del derecho la posibilidad de que un hecho lícito puede ser causante de un resultado dañoso, dando derecho a quien se le ocasiona, a reclamar su reparación.

Para Rivero la posibilidad de surgimiento de responsabilidad por hecho lícito:

"[...] demuestra que para que exista responsabilidad civil no es necesario que se dé la violación de un deber. El que responde civilmente en los casos de responsabilidad por hecho lícito, por definición, no ha lesionado ningún deber ni general –ni impuesto por el ordenamiento jurídico-, ni especial, impuesto por una relación jurídico-negocial particular. [...] el juicio de responsabilidad por hecho lícito se fundamenta, no en la lesión de un deber que tuvo que ser observado, sino en la lesión de un derecho ajeno"¹⁰⁹.

Igualmente, la autora Garrido Cordobera, comenta sobre estos cambios en el ámbito de la responsabilidad civil, indicando que:

"[...] respecto a los elementos de la responsabilidad, siguen señalándose como tales el daño (aunque con variaciones en su concepto ya que se incorpora el daño colectivo), la relación de causalidad y los factores de atribución; con respecto a la antijuridicidad cabe un replanteo, ya que se indemniza también los daños ocasionados por un actuar jurídicamente permitido"¹¹⁰.

Todo esto, fundamenta una ampliación de las posibilidades ante las cuales puede darse la responsabilidad civil, engrandeciendo así la tutela del sistema legal ante los resultados de diversas actividades o conductas y respondiendo, de esta forma, el

¹⁰⁸ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit. Pág. 58.

¹⁰⁹ Ídem. Pág. 58.

¹¹⁰ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Op. cit. Pág. 35 y 36.

derecho a los cambios sociales, nuevas circunstancias y exigencias de los individuos, que buscan en él el resguardo y protección de sus derechos e intereses individuales y colectivos.

5.3. Regulación de la responsabilidad civil en el ordenamiento costarricense

El ordenamiento costarricense cuenta con varios artículos en los cuales se regula el tema de la responsabilidad civil. Hasta el momento hemos mencionado dos artículos fundamentales en el tema de responsabilidad civil extracontractual, por ser estos su pilar jurídico.

Uno de ellos es el artículo 41 de la Constitución Política, citado supra, según el cual, los sujetos tienen la garantía individual de que ocurriendo a las leyes, pueden encontrar la reparación a los daños que hayan sufrido en su persona, propiedad e intereses morales. Este artículo es de vital importancia; ya que establece un sistema *numerus apertus* de daños reparables y establece como mandato constitucional el deber de reparar y el derecho a obtener una reparación integral.

La importancia de este artículo constitucional reside en que en él:

“[...] se recoge el mandato constitucional de garantizar la reparación efectiva de todo daño sufrido. Con ello, la Constitución Política da cabida a un concepto material de acceso a la justicia, de conformidad con el cual todos los obstáculos (legales, doctrinales o jurisprudenciales), que se opongan al derecho del damnificado a la reparación del daño son claramente inconstitucionales”¹¹¹.

¹¹¹ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit. Pág. 38.

El otro artículo es el 1045 del Código Civil, el cual según Brenes Córdoba establece el principio general de la responsabilidad extracontractual¹¹², al indicar que todo aquel que por dolo, falta, negligencia o impericia, dañe a otro tiene el deber de reparar el daño causado junto con sus perjuicios.

En cuanto a las anteriores disposiciones, es necesario mencionar la posición del autor Pérez Vargas, quien considera que el artículo del Código Civil, si bien es el pilar de la responsabilidad extracontractual, lo es pero en un ámbito más restringido; ya que su contenido se asemeja más a aquel de la responsabilidad extracontractual subjetiva y no es por ello *“suficiente para cubrir todo el sistema de responsabilidad extracontractual”*. En cambio, indica que el numeral 41 de la Constitución abarca un ámbito más general, por ser una formulación genérica dentro de la cual pueden quedar comprendidos los supuestos de responsabilidad objetiva, que dentro de la ley, no se incluye¹¹³.

Otro artículo relevante dentro del tema de la responsabilidad civil es el artículo 50 de la Constitución, de acuerdo con el cual *“toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”*.

Este artículo es de suma importancia porque establece una garantía social para el reclamo a los daños que generados a intereses tanto colectivos como individuales, los cuales se relacionen con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Surge entonces la posibilidad de un reclamo de responsabilidad extracontractual al amparo de este artículo.

¹¹² BRENES CÓRDOBA, Alberto. Citado en: PÉREZ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 385.

¹¹³ PÉREZ VARGAS, Víctor. Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado. Op. cit. Pág. 385 y 386.

Es pertinente mencionar los artículos 1046 a 1048 del Código Civil¹¹⁴, que versan sobre el tema, y los artículos 122 a 126¹¹⁵ de las reglas vigentes sobre

¹¹⁴ Artículo 1046: La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.

Artículo 1047: Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.

Artículo 1048: Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por daños que causen sus criados menores de quince años. Cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria. El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar. Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa, en las funciones en la cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio. Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ellos resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada. En todos estos casos, cuando la persona muerta esta obligada al tiempo de su fallecimiento, a una prestación alimentaria legal, el acreedor de alimentos puede reclamar una indemnización, si la muerte del deudor le hace perder esa pensión. Por vía de indemnización se establecerá una renta alimenticia que equivalga a la debida por el difunto, y la cual se fijará, modificará o extinguirá de acuerdo con las disposiciones que regulan las prestaciones de alimentos, pero en ningún caso se tendrán en cuenta, para ese fin, los mayores o menores recursos de las personas o empresas obligadas a la indemnización. El pago de la renta se garantizará debidamente. Si el Juez lo prefiriere, el monto de la indemnización se fijará definitivamente y se pagará de una vez; y para determinarlo, se procurará que la cifra que se fije corresponda hasta donde la previsión alcance al resultado que produciría a la larga el sistema de renta.

¹¹⁵ Artículo 122: La reparación civil comprende:

- 1) La restitución de la cosa.
- 2) La reparación del daño material y moral.
- 3) La indemnización de los perjuicios

Artículo 123: Deberá el condenado restituir al ofendido, con abono de todo deterioro o menoscabo, la cosa objeto del hecho punible, y si no pudiese hacerlo, estará obligado a satisfacer su valor conforme a estimación pericial referida a la fecha de la infracción. Si tal estimación no fuese posible hacerla por haber sido destruida o haber desaparecido la cosa, los jueces fijarán el valor respectivo, ateniéndose a los datos del juicio. La restitución se ordenará aun cuando la cosa se hallare en poder de un tercero, dejando a salvo los derechos que la ley civil confiere a éste.

Artículo 124: La reparación del daño material se hará mediante una indemnización pecuniaria, que se fijará valorando la entidad de todos los daños patrimoniales causados con la acción u omisión punibles, por medio de peritos, y si ello fuere imposible en todo o en parte, al prudente arbitrio del juez.

responsabilidad civil según Ley N° 4891 del 8 de noviembre de 1941, según Título IV del Libro I del Código Penal de 1941, las cuales se utilizan como sustento jurídico en este tipo de reclamos, aunado a algunas disposiciones en leyes especiales y los criterios de la jurisprudencia vigente respecto del tema.

6. Ampliación de la “teoría de daños”

El fenómeno de la responsabilidad por daños es sumamente amplio y liga muchos de los aspectos de la vida en sociedad. Actualmente, debido a los cambios sociales que se experimentan, la teoría de daños resarcibles y las de responsabilidad han sufrido un ensanchamiento, para ajustarse a las nuevas necesidades de tutela de los individuos.

El autor Rivero señala que el cambio de paradigma, se ha dado por diversas razones acaecidas en el siglo XX. Una de ellas es el gran desarrollo tecnológico y científico, que ha aparejado el aumento de los riesgos y la aparición de nuevos tipos de daño. Otra causa la configura el vertiginoso crecimiento de la población, y además, el proceso de democratización que está experimentando la responsabilidad extracontractual, con la finalidad de ampliar la tutela y garantizar la reparación de todo tipo de daño que sea causado¹¹⁶, lo cual se manifiesta con lo anteriormente referido con respecto a las nuevas tendencias de los elementos de

Artículo 125: La reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral, consistirá en una indemnización pecuniaria que, si no hubiese base suficiente para fijarla por medio de peritos, la determinará el Juezaprudencialmente, según las circunstancias de infracción, las condiciones de la persona ofendida y lanaturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido.

Artículo 126: La indemnización de perjuicios comprenderá, no sólo los que se hubieren causado al ofendido, sino también los irrogados, por razón del hecho punible a un tercero. El importe de esta indemnización se regulará por los tribunales en los mismos términos establecidos para la reparación del daño del artículo 124.

¹¹⁶ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op. cit. Pág 36.

este tipo de responsabilidad y en las nuevas hipótesis que contemplan la responsabilidad objetiva.

Al respecto, el autor Pérez Vargas afirma que el derecho de daños ha venido experimentando una tendencia expansiva debido a diversas razones. Indica que:

“[...] las causas eficientes de esta transformación son de diverso orden: una perspectiva más amplia de la doctrina y de la jurisprudencia sobre los intereses merecedores de tutela (que no son solamente derechos subjetivos); una ampliación de la esfera de legitimación para reclamar el daño causado; nuevas situaciones de la vida, en particular derivadas de la nueva tecnología que presentan nuevos interrogantes jurídicos; una nueva conciencia personalista del Derecho (superando la estrecha visión patrimonialista de nuestros legisladores); un papel muy activo de la jurisprudencia, sin duda, el principal factor vivo (junto a la doctrina que la ilumina) en la creación (...sí, “creación”, por tratarse de verdaderas lagunas) de nuevas respuestas jurídicas, ante las nuevas realidades”¹¹⁷.

De estas causas, una de las más relevantes actualmente es el ensanchamiento de la gama de intereses, que al ser lesionados conllevan a su reparación. En estos tiempos, se considera que son reparables todos los daños a intereses jurídicamente relevantes y no solo derechos absolutos o legítimos, como se consideraba en una concepción clásico-individualista del derecho. De acuerdo con esta línea de pensamiento, entonces resultan reparables una generalidad de intereses, dentro de los cuales se incluyen los intereses colectivos y los difusos.

En este sentido, nos indica Garrido Cordobera que la moderna concepción del derecho de daños:

“[...] recepta intereses más amplios que los intereses individuales y comprende, o va comprendiendo paulatinamente, a la colectividad que está sujeta a violaciones en masa debido a los riesgos propios

¹¹⁷ PÉREZ VARGAS, Víctor: La tendencia expansiva del derecho de daños. En: <http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/Rev81/Presentaci%F3n%20de%20la%20RevJud/arttendencia.htm> Consultada el 12 de febrero de 2010.

de los tiempos actuales y va protegiendo estos intereses que son también atendibles”¹¹⁸.

A su vez, este ensanchamiento de los daños resarcibles ha provocado una ampliar y abrir la legitimación para solicitar su reparación. Al respecto, algunos ordenamientos han permitido:

“[...] la posibilidad de hacer prosperar una pretensión a entidades representantes de intereses colectivos, intereses de los cuales no son titulares los individuos como tales, sino en cuanto integrantes de una colectividad; se trata de la tutela de grandes categorías de seres humanos”¹¹⁹.

A la luz de este panorama, es que se sugiere, hablar de “Derecho de daños” y no de responsabilidad civil, ya que este derecho:

“[...] tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, y también en una concepción más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad la protección y reparación de los denominados ‘intereses colectivos’”¹²⁰.

Este concepto de derecho de daños es el que resulta útil para abordar, no solo la temática de los intereses difusos y colectivos, sino también la del daño social, debido a que permite comprender que el daño puede tener una órbita plural, colectiva y se da en razón de los cambios sociales que han influido en el derecho; e incluso, puede llegar a afirmarse, han provocado una socialización de este, para que se ajuste a los presupuestos de la realidad en la cual se vive.

¹¹⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Op. cit. Pág. 12 y 13.

¹¹⁹ PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado. Op. cit.

¹²⁰ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Op. cit. Pág. 18.

CAPÍTULO III: DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

El proceso globalizador y el desarrollo del capitalismo, han repercutido en el ámbito de acción del derecho como protector de derechos y garantías individuales, como bien señala Barrios:

“[...] todo ordenamiento tiene como función característica la de regular la conducta humana, es decir, dentro del espacio respectivo, la vida del hombre en sociedad. Esa regulación tiende a concretar, según determinadas pautas políticas, las ideas de orden, justicia, seguridad, libertad, igualdad, etc. De modo que la vida, el conjunto de los distintos actos de la vida social comparece como el objeto de las diversas ramas jurídicas”¹²¹.

En este sentido, el derecho como parte de los mecanismos de control social debe comprender y recoger en su normativa los cambios sociales que le dan fundamento. La estructura social determina la existencia y particularidades del derecho como ciencia y del ordenamiento jurídico en general, a partir de un tiempo y espacio determinado.

El contexto actual ha generado nuevas y complejas relaciones entre el individuo y la sociedad. Dicha situación social, implica negar, en principio, los dogmas clásicos del derecho individual y aceptar, por otra parte, la necesidad de tutela para aquellas personas vinculadas por una necesidad común¹²². En este sentido:

¹²¹ BARRIOS, Dante. Introducción al Estudio del Proceso. La psicología y la sociología del proceso. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1983. Pág. 1.

¹²² Ver: ARMIJO, Gilbert La tutela Constitucional del Interés Difuso: Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Serie de Política Social/UNICEF, San José, Costa Rica, 1998. Serie de Política Social/UNICEF.

“[...] el Derecho, instrumento de organización de las sociedades, debe asumir tareas y tomar dimensiones desconocidas hasta ahora. Las actividades y las relaciones conciernen cada vez con más frecuencia a categorías enteras de individuos, y no a algunos individuos solamente. Los derechos y los deberes no se presentan más, como en los códigos tradicionales de inspiración individualista/liberal, como derechos y deberes esencialmente individuales, sino meta/individuales y colectivos”¹²³.

Discusión para nada extraña, debido al interés individual, supuesto del cual parte el Derecho; pues el mismo tiene su origen en una concepción individualista de los conflictos entre los individuos sociales. Solo en algunos ordenamientos jurídicos se había llegado a admitir la posibilidad de varios titulares de la relación jurídica material, sean activos o pasivos, por lo que las afirmaciones propias de la legitimación es posible formularlas a partir de la premisa de varios contra varios¹²⁴.

Este fenómeno ha ocasionado la ampliación de la tutela que ejerce el ordenamiento jurídico, que según Ferrer se caracteriza por:

“[...] el reconocimiento y la legitimación de asociaciones o grupos de todo tipo: partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales, organizaciones supranacionales, organismos nacionales e internacionales no gubernamentales, etc., que aunado a la aparición de la nueva ola de derechos humanos de la tercera generación que tienen su sustento en la solidaridad, quebranta con las respuestas clásicas ofrecidas desde el derecho romano basado en el carácter individual”¹²⁵.

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro. La Protección de Intereses Colectivos y de Grupo en el Proceso Civil. En: Revista N°105-106, 1997. Pág. 75.

¹²⁴ MONTERO. Citado en: ARMIJO, Gilbert (1998). Op. cit.

¹²⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Op. cit. Pág. 4.

Además, Gil Domínguez agrega que:

“[...] los derechos colectivos toman sentido cuando nuestra sociedad comienza a tener una visión menos individualista en el campo económico, social y cultural. [...]. A partir de este movimiento, se verifica una toma de conciencia doctrinal que denota una ideología basada en la solidaridad. Por último, existe una creciente positivación de los derechos colectivos tanto en reglas de reconocimiento constitucional como en normas infraconstitucionales que obliga necesariamente a realizar nuevos planteos respecto de la naturaleza, la estructura y las garantías de estos derechos[...]”¹²⁶.

Lo anterior constituye una respuesta a la evolución del desarrollo de los derechos humanos, que actualmente permite apreciar la existencia de las reconocidas generaciones de derechos:

“1) la de los derechos individuales, que surgen con el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVII y principios del XIX; 2) la de los derechos sociales y económicos, que afloran en el constitucionalismo de entreguerras entrelazados, como recordara Mirkin-Guetzevitch, con la tendencia general del constitucionalismo de esa época a la racionalización del poder, o lo que es lo mismo, a la penetración del derecho de todos los fenómenos de la vida social, y que encuentra en las constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919 su manifestación culminante; y 3) la que se conoce como tercera generación de derechos, de reciente

¹²⁶GIL DOMINGUEZ, Andrés. Neoconstitucionalismo y derechos colectivos. Buenos Aires, Argentina, Editorial EDIAR, 2005.

aparición, y que constituye un ciclo aún no cerrado, dentro de la cual encontramos un conjunto de derechos que se asientan, como bien ha significado Vasak, en la solidaridad”¹²⁷.

La denominación de tercera generación responde al tiempo de su génesis, como una respuesta a la realidad actual de fines de siglo, caracterizada por el humanismo y la universalidad. Es por ello que la óptica del derecho, debe centrarse en situaciones que excedan al sujeto titular del derecho el cual pueda resultar lesionado, para ampliarse a intereses de difícil determinación de personas que no siempre se encuentran unidas por vínculos jurídicos definidos.

Hoy el desarrollo de las legislaciones en los distintos países, evidencian el reconocimiento de los derechos colectivos y difusos, como principios fundamentales de todo cuerpo normativo, situación que se ha incrementado en los últimos tiempos. Se concibe por tanto, la legitimación de individuos o grupos que reclaman derechos sociales, a diferencia de la aplicación tradicional-individual del clásico derecho subjetivo.

Cappelletti establece que en la actualidad:

"[...] estos derechos, en la mayoría de los ordenamientos, se encuentran deficientemente tutelados, y cuando lo están, responden a fórmulas abstractas e indeterminadas que dificultan su interpretación. Su tutela ha surgido para enfrentar el proceso acelerado de socialización que enfrenta el hombre actual, caracterizado por la mayor interacción entre los grupos sociales y las

¹²⁷ FLAH, Lily, y SMAYEVSKY, Miriam. Legitimación de los titulares de intereses difusos. En: ALTERINI, Atilio, *et al.* La Responsabilidad. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1995. Pág. 399. En el mismo sentido ver supra nota 64.

relaciones de dependencia [...]. Esta situación fáctica exige la implementación de nuevas reglas que les permitan a los individuos en situación de desventaja una mayor protección jurídica y la tutela procesal de sus derechos” ¹²⁸.

En lo que respecta a este tema en Costa Rica, la Sala Constitucional reconoce esta evolución en su ordenamiento jurídico al indicar que:

“[...] la legislación actual ha dado a esta Jurisdicción un nuevo sentido con el reconocimiento, si no expreso por lo menos inequívoco, de que el derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y de que una legitimación mucho más abierta y flexible la cual es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado [...] en donde el concepto de ‘intereses difusos’ tiene por objeto recoger una forma de legitimación, la que en los últimos tiempos se ha venido abriendo paso, especialmente en el [...] derecho constitucional, como garantía suprema que es de ese mismo Estado de Derecho, de la democracia, de la libertad y derechos fundamentales de la persona humana” ¹²⁹.

Lo anterior evidencia la ineludible tutela que debe ejercer el ordenamiento jurídico de este tipo de intereses, los cuales se han visto violentados. Es por ello que bajo dicho contexto el estudio de los mismos surge como una cuestión necesaria, debido a diversas problemáticas generadas en el entorno social los han requerido.

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro, Op. cit. Pág. 76.

¹²⁹ Voto 13363-2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

1. ¿Derechos o intereses?

Debido a la relevancia que han adquirido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, resulta necesario para comprender el tema de los intereses difusos y colectivos, cuestionar la naturaleza jurídica de estos; con el fin de establecer si son meros intereses jurídicamente protegidos, derechos subjetivos o derechos con características particulares, ya que los efectos y su regulación estarán determinados por el lugar que ocupen dentro de la doctrina jurídica.

El interés jurídicamente protegido consiste en un mero interés relevante socialmente, el cual el ordenamiento jurídico legitima y protege en forma genérica. Este hace referencia a situaciones de hecho¹³⁰, las cuales son el supuesto fáctico que originan las regulaciones jurídicas; sin embargo, en este caso no tienen una consecuencia jurídica concreta, sino una tutela difusa en el ámbito jurisdiccional. En este sentido, no existe regulación procesal que permita su directo reclamo y protección, solo se da un reconocimiento en términos generales.

Cuando se plantea el tema de los derechos subjetivos, se torna relevante determinar qué se entiende por este tipo de derechos, como bien señala Víctor Pérez, el derecho subjetivo consiste en *“un poder jurídico, del cual es titular un individuo concreto, corresponde a un interés completo y actual merecedor de tutela”*¹³¹.

En suma, el interés legítimo, sobre el cual se profundizará más en el presente título, es *“un poder de actuar cuyo contenido es concurrente y coincidente con el de otras personas sin exclusividad, y que tiende a obtener el cumplimiento de la ley que garantiza un interés general”*¹³², el cual a su vez engloba a los derechos subjetivos, que son aquellos *“intereses particulares exclusivos del sujeto y que aparecen determinados por ley exclusivamente a su favor”*¹³³.

¹³⁰ Ver: PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Op. cit.

¹³¹ Íbid. Pág. 5.

¹³² Íbid. Pág 7

¹³³ Ídem. Pág 7.

A partir de las dos posiciones anteriores, se han dado fuertes discusiones en la doctrina por clasificar los intereses difusos y colectivos. Dicha diferencia responde a la clásica configuración del derecho como respuesta a los conflictos y tutela individual. Por ello, la posición mayoritaria y prevaleciente, establece que estos intereses son más que un “mero interés protegido”; pues en la mayoría de los ordenamientos si existen mecanismos legales¹³⁴ que garantizan su efectiva tutela. Como consecuencia, se les otorga el grado de derechos con características particulares. No son derechos subjetivos, ya que la definición de ambos se contradicen en sus supuestos epistemológicos.

Cuando se plantea el interés subjetivo, se parte de que su titular es un individuo concreto; sin embargo, los intereses difusos y colectivos no se refieren a un solo titular, sino a muchos, de los cuales ninguno ostenta la exclusividad.

Ante el panorama expuesto, Armijo indica que:

“[...] en la actualidad podemos apreciar la existencia de [...] intereses personales e intereses sociales (los denominados colectivos o difusos). Característico de estos intereses es que se le garantiza a la colectividad que tendrá una esfera de protección que no puede ser inquietada o perturbada mediante agresiones de carácter antijurídico”¹³⁵.

Por ello, se parte de la definición de intereses sociales que “se configuran como los relativos a la paz y el orden, la seguridad general, el bien común, el progreso, y difusión cultural, conservación de los recursos naturales, etc.”¹³⁶.

¹³⁴ Ejemplo de estos recursos en los sistemas legales son: la acción popular, recursos de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, entre otros.

¹³⁵ ARMIJO, Gilbert. (1998). La tutela Constitucional del Interés Difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Op. cit. Pág. 14.

¹³⁶ Ídem. Pág. 14.

Dicha gama de intereses, por su relevancia en la construcción actual de la sociedad, se han objetivado y establecido como dignos de tutela jurisdiccional por parte del ordenamiento costarricense. Se caracterizan por tener en común, la implícita exigencia de protección jurídica para la persona o personas afectadas. Para Cappelletti:

“[...] es sumamente difícil reconducir las situaciones tradicionales [...] a esta nueva categoría, precisamente porque los intereses difusos en sentido estricto serían iguales a los intereses públicos [...] pero no subjetivamente. En estos supuestos nadie es titular y, al mismo tiempo, todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares”¹³⁷.

Resulta fácil admitir que el amparo jurídico de estos intereses es necesario. Sin embargo, no se debe obviar que a partir de ese interés, surge su regulación y tutela como derechos propiamente constituidos con un carácter particular. Ejemplo de ello es la protección establecida en el artículo 50 constitucional.

A pesar de lo anterior, nos encontramos frente al obstáculo que Cappelletti señala con respecto a la teoría general de la legitimación, al no encontrarse, este tipo de intereses dentro del supuesto clásico del derecho subjetivo individual. Al respecto Jiménez Meza refiere que estos intereses:

“[...] son parte de esa nueva gama del derecho actual y ‘viviente’ necesitado de tratamiento, estudio y aplicación protectora. Intereses que no entran en la categoría de los intereses legítimos o en el de los derechos subjetivos, siendo los primeros de mejor ubicación frente a

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. Pág. 79.

la Administración por los administrados y, los segundos, en el plano de las relaciones intersubjetivas privadas”¹³⁸.

Es por ello, que en la actualidad se analizan desde la óptica de los derechos de la tercera generación, lo cual fue producto de reformas doctrinarias, al socavar las bases epistemológicas de la propia disciplina. Armijo señala que:

“[...] fue entonces que la doctrina comenzó a potenciar múltiples expresiones reformistas y se incluyeron dentro del ámbito de protección de los intereses difusos [...]. Entre estos destacan: el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la salud, el derecho a la paz, etc.”¹³⁹.

Dante Barrios plantea sobre el tema que:

“No obstante, debemos tener en cuenta que los derechos subjetivos son de distinta amplitud; algunos de ellos, y particularmente los denominados derechos humanos, son verdaderos géneros jurídicos que comportan una multiplicidad de manifestaciones específicas. [...] En esta perspectiva se advierte que los denominados intereses difusos están comprendidos en categorías de los derechos humanos; en particular, los derechos a la vida, a la salud (interés en la no contaminación, etc.), a la libertad (libertad de elección del consumidor, etc.) y a la igualdad (interés contrario a las prácticas discriminatorias)”¹⁴⁰.

¹³⁸ JIMÉNEZ MEZA, Manrique. La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos. Procedimiento administrativo, tributario y contenciosos administrativos. Segunda Edición, Mundo Gráfico, S.A., 1998. Pág. 454-455.

¹³⁹ ARMIJO, Gilbert. La tutela Constitucional del Interés Difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Op. cit. Pág. 17.

¹⁴⁰ BARRIOS, Dante. Op. cit. Pág. 130.

La Sala Constitucional confirma lo mencionado al establecer que los intereses difusos y colectivos, son derechos inherentes al ser humano que encuentran su tutela en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, indica que este tipo de derechos “*participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos (por ser comunes a una generalidad) e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter*”¹⁴¹. Además indica que:

“[...] se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”¹⁴².

En suma, los intereses difusos y colectivos son objeto de tutela en nuestro ordenamiento, lo cual es el resultado de un proceso de cambio y transformación social, donde los conflictos y los temas relacionados con la colectividad han adquirido gran relevancia. Es por ello que se les ha otorgado protección por medio del Derecho, pero sobre todo se les ha configurado como derechos inherentes de todo ser humano, con un carácter particular; reconocidos como derechos humanos de tercera generación.

2. Distinción entre intereses difusos e intereses colectivos

¹⁴¹ Voto N° 3705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

¹⁴² Voto N° 503-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Dentro de este contexto es necesario distinguir con precisión la distinción entre los intereses difusos y los colectivos. Si bien ambos conceptos tienen un antecedente común y comparten como punto de partida el elemento de la pluralidad y carácter general, tienen doctrinariamente diferencias y distinciones en lo que respecta a su conceptualización, efectos e incidencia. Dicha diferencia, ha generado polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Al partir del criterio real-objetivo, es importante indicar que tanto los intereses difusos como los colectivos son situaciones jurídicas “activas de ventaja”¹⁴³, siendo provechosas para sus titulares; pues les garantiza la satisfacción del interés jurídicamente protegido por estos derechos, a partir de la realización de una conducta positiva.

2.1. Conceptualización de los intereses difusos

En el desarrollo de la doctrina italiana se encuentra el antecedente de los intereses difusos, sobre todo cuando establece un primer acercamiento en lo que respecta a la dilucidación y conceptualización de estos. Pérez señala que es la norma jurídica italiana la que se aproxima al tema cuando indica que estos intereses se encuentran:

“[...] en una posición intermedia [...] porque, aún perteneciendo al individuo y pudiendo ser relevantes en forma autónoma (como intereses particulares del individuo), se ponen en una dimensión supra individual: tienden, en efecto, a repetirse y a extenderse a todos los componentes de la colectividad en razón del bien (salud, ambiente natural, habitación, etc.) que constituye el punto de

¹⁴³ Ver: BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. En: PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Op. cit.

referencia objetivo y el elemento unificador, corresponden a los individuos en cuanto pertenecientes a una clase social o en cambio en cuanto miembros de una categoría social o de colectividades de diversa extensión”¹⁴⁴.

En Costa Rica su conceptualización no ha sido simple y ha presentado importantes retos para la doctrina y la jurisprudencia nacional, lo anterior, a pesar de su reconocimiento. Sin embargo, ¿cómo tutelar un derecho que carece de claridad y precisión conceptual? Al respecto la Sala Constitucional ha indicado sobre este tema que “[...] intereses difusos’ tiene por objeto recoger una forma de legitimación, la que en los últimos tiempos se ha venido abriendo paso”¹⁴⁵.

Es por ello que la jurisprudencia constitucional, en un esfuerzo de esclarecimiento, ha planteado que:

“[...] los intereses difusos, aunque de difícil definición y de más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley -como ya también lo ha señalado esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata entonces, de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata

¹⁴⁴ PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Op. cit. Pág. 14.

¹⁴⁵ Voto N° 13363-2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”¹⁴⁶.

Es importante rescatar que el interés se encuentra difuminado entre una pluralidad de sujetos y se caracteriza por la no identificación de manera certera de los titulares de este tipo de derecho.

En el Voto 03705-93 de la Sala Constitucional se expone con claridad lo que se ha comprendido como intereses difusos¹⁴⁷. Indica la Sala que:

“[...] se ha señalado que se trata un tipo especial de interés, cuya manifestación es menos concreta e individualizable que la del colectivo recién definido en el considerando anterior, pero que no puede llegar a ser tan amplio y genérico que se confunda con el reconocido a todos los miembros de la sociedad de velar por la legalidad constitucional, ya que éste último -como se ha dicho reiteradamente- está excluido del actual sistema de revisión constitucional. Se trata pues de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, en esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad.”¹⁴⁸.

A partir de lo anterior, se tiene como ejemplos de tales intereses: el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la defensa del patrimonio histórico, la materia electoral, la defensa del derecho a la salud y la fiscalización de los fondos

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ Voto N° 03705-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver: Voto N° 360-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

¹⁴⁸ Voto N° 02958- 2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

públicos. Además de los derechos del consumidor, el derecho a la vivienda y el derecho a la información. En el Voto 1145-2007 de la Sala Constitucional se establece que:

“[...] en síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos”¹⁴⁹.

La misma Sala Constitucional ha señalado que cualquier enunciación o listado que se haga de estos intereses:

“[...] no pasa de una simple descripción propia de su obligación - como órgano jurisdiccional- de limitarse a conocer de los casos que le son sometidos, sin que pueda de ninguna manera llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales”¹⁵⁰.

Como se extrae de la sentencia anterior, la lista no es exhaustiva; esta se conformará a partir de la jurisprudencia constitucional, de los casos particulares y del reconocimiento en sus distintas resoluciones.

Un ejemplo relevante es el relacionado con la materia ambiental, sobre el cual la Sala Constitucional ha establecido que:

¹⁴⁹ Situación que ha sido tratada en el causa penal «*Caja Costarricense del Seguro Social- Fischel*».

¹⁵⁰ Voto N° 02958-2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

“[...] en efecto, en materia ambiental cada ciudadano es titular de un interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneren. Sólo que tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que genera y que por sí sólo únicamente permitiría accionar contra dichos actos ilegales cuando lo sean por motivos distintos de la mera vulneración del interés -porque éste no estaría amparado directamente por el ordenamiento-, se transforma al incorporarse al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose así en un verdadero derecho reaccional que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para "reaccionar" frente a su violación por actos u omisiones ilegítimos; con lo cual aquí sí la mera vulneración de ese derecho fundamental constituye una ilegalidad constitucional”¹⁵¹.

De forma más específica, en lo que respecta al daño ambiental la Sala Primera ha expuesto que:

“[...] el daño ambiental afecta a la sociedad en general y no solo a las personas individualmente consideradas. La Constitución Política contempla y ampara bienes de naturaleza e incidencia general, en cuanto interesan a la comunidad, tal y como sucede con esta materia [...]. En estos casos, de cara a la reparación, es necesario distinguir los elementos ambientales que benefician a toda la sociedad, de las lesiones individuales. En este último, podrá darse a través de una indemnización, tomando en cuenta tanto el daño como el perjuicio

¹⁵¹ Voto 13363-2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

personal. En el primer caso, por el contrario, se esté ante un supuesto de interés difuso esto es, extendido, difundido, dilatado; se propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que este se encuentre o no organizado y compacto. Se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños especiales [...]"

152.

Al tratarse del derecho ambiental, la legitimación tiende a extenderse; lo cual lleva al abandono del tradicional concepto de derecho. Por tanto, toda persona puede ser parte; derecho que no emana de títulos de propiedad, sino que su actuación procesal responde a los denominados intereses difusos¹⁵³.

Lo anterior permite reconocer la importancia del artículo 50 constitucional, en el cual se establece el deber del Estado de velar por el desarrollo de la calidad de vida de sus ciudadanos, en donde procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Temas en los cuales el interés difuso adquiere gran relevancia en la tutela efectiva de estos.

Otros ejemplos relevantes son expuestos por el autor Pérez, quien cita a Bigliuzzi y otros y, a Eduardo Ortiz al señalar que:

"[...] entre los que están en cuestión, se puede recordar, en primer lugar, el interés a la salud, al que aparece estrechamente coordinado el interés a un ambiente saludable y, por lo tanto, a la medida del hombre; [...] además de un interés al patrimonio estético (bellezas naturales, cosas de interés histórico, artístico, arqueológico).Relieve no secundario puede, por otra parte, ser acordado al interés a la

¹⁵² Voto N° 675-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

¹⁵³ Ver: PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Op. cit. En el mismo sentido ver: Voto N° 2233-1999 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

vivienda, entendiendo por tal el coordinado a la satisfacción de exigencias habitacionales elementales, o el interés de los consumidores, también éste genéricamente identificable y sin embargo capaz de especificarse también en categorías homogéneas y en relación con necesidades a satisfacer por ser relativas a exigencias existenciales de la persona humana [...].”¹⁵⁴.

Además de los anteriores, encontramos que otro ejemplo relevante lo constituye el tema de la protección de los derechos de la mujer. Al respecto Arias Madrigal, menciona que para el caso de nuestro país:

“El INAMU representa intereses difusos, relativos a la protección de los derechos humanos de la mujer que ha sido víctima de violencia sexual. No solo representa los intereses del colectivo de mujeres en general, sino también de una mujer individual, la ofendida directa del hecho. La participación activa del INAMU tiene asidero en diferentes fuentes normativas [...] que tendrá como fin “proteger los derechos de la mujer consagrados tanto en declaraciones, convenciones y tratados internacionales como en el ordenamiento jurídico costarricense; promover la igualdad de géneros y propiciar acciones tendientes a mejorar la situación de la mujer”¹⁵⁵.

En suma, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no identificables, pero unidas a partir de un elemento común, ya sea una característica física, etnia, sexo, en su condición de consumidores de un

¹⁵⁴ PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Op. cit. Pág. 17-18.

¹⁵⁵ ARIAS MADRIGAL, Doris. Tutela judicial efectiva: El reconocimiento del INAMU, como víctima en el proceso penal. En: http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro4/tutelajudicial.htm Consultada el 12 de febrero de 2010.

determinado producto, entre otros. Sin embargo, por su amplitud compete a todos y cualquiera que se considere afectado, tiene legitimación para procurar su defensa.

2.2. Conceptualización de los intereses colectivos

A diferencia del concepto anterior, los intereses colectivos se refieren específicamente a grupos de personas limitados y circunscritos fácilmente determinables, en los cuales de una u otra manera se puede ligar la afectación con ellos. Estos se caracterizan por ser intereses:

“[...] de cada uno y a la vez de todos los individuos de un grupo, clase o comunidad determinada. Se suscita con respecto al medio donde actúan una relación de pertenencia a la vez que de pertinencia. Es decir, son parte de ese medio y a la vez les interesa o les compete, por esa misma razón, todo lo que en él acontece”¹⁵⁶.

Bien señala Cortés al indicar que para algunos autores

"[...] son intereses de sectores diferenciados dentro de la colectividad, pero que no tienen una conciencia clara de grupo, no están organizados. Siendo los intereses colectivos (de la colectividad) y los difusos de pertenencia común a muchos, pero no de nadie en exclusividad, su defensa por parte de un individuo ha de ser necesariamente en representación del interés de todos los afectados con el acto o la omisión impugnados. Otros indican que no es posible distinguir entre ambos conceptos, pues el carácter plural y

¹⁵⁶ FLAH, Lily, y SMAYEVSKY, Miriam.. Legitimación de los titulares de intereses difusos. En: ALTERINI, Atilio, et al. Op cit. Pág.398.

la generalidad de los sujetos eventualmente conectados a los mismos, coloca los intereses colectivos y difusos en íntima conexión sin que sea fácil delimitar los contornos conceptuales de unos y otros”¹⁵⁷.

La Sala Constitucional ha indicado que los intereses que atañen a la colectividad en su conjunto se comprenden como los que:

“[...] ostentan las entidades colectivas, en las que sus miembros se han integrado a ella por tener un interés común. Sus miembros colectivizan el interés y el colectivo queda así legitimado para la defensa de esos intereses. El interés colectivo, llamado también por la jurisprudencia de la Sala como interés corporativo, como forma de legitimación procesal, no es una novedad en nuestro derecho procesal” (Voto salvado del Magistrado Batalla). Además que establecer en la resolución número 7056-95 que tratándose de asuntos en los cuales son las propias organizaciones sociales que a favor de sus afiliados plantean una acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia de esta Sala se ha encaminado a establecer que aplicando los llamados ‘intereses colectivos’, existe legitimación para accionar en esta vía”¹⁵⁸.

Ejemplos de este tipo de intereses se encuentran con las cámaras empresariales, en las asociaciones que unen intereses gremiales, asociaciones de trabajadores, etc. Al respecto en la nuestra jurisprudencia constitucional, se ha hecho referencia a

¹⁵⁷ En: PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Op. cit.

¹⁵⁸ Voto N° 11924-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver: Voto N° 14186-2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

algunos de ellos, cuando señala que el Código de Trabajo en los artículos del 363 al 370 establece la protección:

“[...] los intereses colectivos de las asociaciones de trabajadores, cobijando a los representantes, dirigentes y afiliados de aquellas, a fin de no ser perturbados en su libre asociación, todo de conformidad con lo dispuesto por los numerales 25 y 60 de la Constitución Política. Se estableció para dicho fin, un procedimiento que inicia en sede administrativa ante el Departamento de Inspección”¹⁵⁹.

En lo que respecta a las cámaras empresariales, la Sala Constitucional ha reconocido la legitimación de estas en procura de la defensa de los intereses colectivos que cada una de ellas representa.

“El interés que detenta la Cámara de Comercio y que la legitima para interponer esta acción, es, en efecto, su carácter de entidad corporativa, caracterizada por la representación y defensa de un núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de la determinada colectividad o actividad común, y, en cuanto los representa y defiende, la Cámara actúa en favor de sus asociados, la colectividad de comerciantes. De manera que estamos frente a un interés de esa Cámara y, al mismo tiempo, de cada uno de sus miembros, de forma no individualizada, pero individualizable, lo que constituye un

¹⁵⁹ Voto N° 01227-1999 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada”¹⁶⁰.

Asimismo, indica como ejemplo los intereses colectivos de la Asociación Nacional de Empleados Judiciales (ANEJUD).

“Estima la Sala que la asociación accionante (ANEJUD) se encuentra debidamente legitimada para accionar en forma directa, esto es sin la existencia de un asunto pendiente de resolver, [...], por el hecho de que la corporación ANEJUD representa los intereses de la colectividad de los servidores judiciales agremiados”¹⁶¹.

En síntesis, los intereses colectivos atañen a un grupo de personas previamente identificadas, a una colectividad concreta, cuyos intereses producen una afectación para el conjunto.

3. La tutela de los intereses difusos y colectivos: su relación con el bienestar social

La protección de los intereses difusos y colectivos, además de ser una respuesta a los cambios sociales y al contexto actual, es la búsqueda de un mayor bienestar social para los habitantes de un territorio. Es por ello que los ordenamientos jurídicos, a través del derecho, procuran la tutela de los bienes que consideran relevantes socialmente, a partir del establecimiento de regulaciones y de la normativa que lo posibilita.

¹⁶⁰ Voto N° 1631-1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

¹⁶¹ Voto N°4258-2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

El procurar un bienestar general básico, permite integrar un conjunto variado y complejo de condiciones sociales que fundamentan los niveles de cohesión social necesarios en un entorno colectivo. Su ausencia o debilitamiento, genera conflicto social; sobretodo el descontento de los ciudadanos al no encontrar satisfechas sus pretensiones en la vía jurisdiccional. A esto se refiere Sergio Reuben cuando indica que en la actualidad se da:

“[...] por una parte, la lucha por el excedente mundial en el marco de la acumulación internacional de capital, plantea el espejismo de la hiper-explotación como mecanismo de supervivencia en ese entorno, y este conduce inevitablemente a la ampliación de la brecha social y de la desigualdad. Y por otra parte, las sociedades para mantenerse vigentes, competitivas, articuladas al concierto mundial de naciones, deben alcanzar un cierto nivel de cohesión interna, de integración y coherencia sociales que solo pueden conseguir asegurando a su población un nivel particular de bienestar social. La reducción de esos niveles de bienestar social, por debajo de ciertas cuotas, fecunda comportamientos individuales y grupales que ponen en entredicho el funcionamiento y la eficacia social requeridos”¹⁶².

La seguridad jurídica existente debe expandirse para lograr una clara comprensión del conjunto de elementos básicos que configuran ese bienestar social, permitiendo un nivel mínimo de cohesión social. De ahí que el concepto de bienestar social se torna relevante en la constitución de los intereses difusos y colectivos como derechos dentro de nuestro ordenamiento. Por tanto, este bienestar se puede definir:

¹⁶² REUBEN SOTO, Sergio. La sociedad civil, el bienestar social y las transformaciones del estado en Costa Rica. Revista Reflexiones N°83. San José, Costa Rica, 2004. Pág. 6.

“[...] como un conjunto de condiciones y derechos, que la sociedad le asegura al ciudadano, que le permiten disfrutar de una certidumbre de supervivencia en un futuro razonablemente lejano, de aceptación personal, de salud, de educación, de recreación y de usufructo de un ‘confort’ aceptable para sí y sus seres queridos. El lector podrá adivinar que las condiciones que conforman este bienestar social, son variables en el tiempo (históricamente determinadas), esto es influidas por el avance técnico-científico, por los cambios culturales, por el crecimiento de las comunicaciones entre naciones, por el desarrollo en la conciencia moral de las poblaciones”¹⁶³.

A partir de ello, el tema de la suma de los intereses individuales y particulares deja de tener sustento, en cambio se destaca la importancia del interés emergente que refiere a la existencia de la vida en comunidad, en el cual todos sus miembros tienen un interés real, propio y directo. Es por ello que el establecimiento de los intereses colectivos y difusos resulta esencial dentro de esta búsqueda del bienestar social, en donde la tutela normativa del daño social no es más que el complemento fundamental para abordar esta temática.

Por tanto, las afectaciones que se producen a los intereses difusos y colectivos, configuran una alteración de las condiciones de bienestar que debe gozar una sociedad, afectando la calidad de vida de los ciudadanos de un determinado Estado. El bienestar social, incluye elementos que inciden en la calidad de vida, como por ejemplo: empleo, suficientes recursos económicos, vivienda digna, acceso a la educación y a salud, derecho a la información, etc. Además, de la seguridad social, el desarrollo urbano y la protección del medio ambiente.

¹⁶³ Ídem, pág. 7.

El Estado, ante esta necesidad se convierte en garante, el cual se debe encargar de promover el bienestar social entre todos sus ciudadanos. Es por ello que las políticas públicas y las regulaciones normativas son un instrumento esencial, que permite la realización de dicha labor.

La regulación de los intereses difusos y colectivos, como derechos, responde al interés público que subyace en ellos. Además de la búsqueda de garantizar la mayor satisfacción a los habitantes de un país. Entendemos por interés público aquel concepto:

“[...] jurídico indeterminado, su contenido dependerá de quién, de dónde y cuándo se defina. Sin embargo, el juez, a la hora de ejercer el control de legalidad o constitucional, según sea el caso, deberá hacer una valoración objetiva y real, con el propósito de precisar su contenido. En principio, podemos definir interés público, como aquello que afecta o interesa a la generalidad, se configura como perteneciente a todos y cada uno de los componentes de esa generalidad; no es la suma del interés particular, pues es el interés que todos los miembros de una colectividad poseen por igual en virtud de su pertenencia a esa categoría. La satisfacción del interés público conlleva el desarrollo de actividades cuya gestión y tutela, le corresponde directamente a la Administración Pública; sin embargo, a pesar de lo anterior, pueden ser gestionados por entes públicos no estatales o los particulares o mediante otro tipo de organizaciones dedicadas a actividades que se enmarcan dentro del concepto de interés público”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Dictamen N° C-111 de 1999 de la Procuraduría General de la República, San José, Costa Rica.

Con respecto a lo anterior, Andrade indica que la concepción de interés público debe partir de la premisa de comprenderlo como un elemento indeterminado, lo que significa que:

“[...] la discrecionalidad administrativa a aquellos supuestos en los que no sea posible demostrar cuál es la única solución correcta. En tales supuestos, el reconocimiento de la discrecionalidad implica dar validez jurídica a la decisión que la administración tome dentro de las posibles soluciones del problema planteado¹⁶⁵.

En la actualidad en el ámbito doctrinario, se plantea la relación que existe entre el concepto de bienestar social con el de capital social, siendo éste último:

“en palabras de Durkheim (1897), el conflicto social se puede impedir con “cohesión social”, esta cohesión se basa en la fuerza de la colectividad que provee de recursos a los individuos y beneficia a la sociedad. Para Bourdieu (1985), el capital social engloba todos los recursos que permiten al individuo el intercambio y reconocimiento mutuo en relaciones sociales duraderas y más o menos institucionalizadas. Además, reconoce la importancia del capital social como fuente no monetaria de poder, con la capacidad de generar beneficios individuales. Desde Bourdieu, hasta Halper el punto de coincidencia entre los autores es que las “relaciones sociales tienen valor” y ese valor puede resultar beneficioso para los individuos y sus comunidades”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ ANDRADE FERNANDEZ, Maikol J. Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa. En: Revista de Servicio Civil, 2000. Pág. 1.

¹⁶⁶ COLLADO, Andrea. Capital social y su vínculo con la pobreza en Costa Rica. En: Revista de Ciencias Económicas N° 25-2007. San José, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2007.

El capital social a partir de lo anterior, se configura como un elemento esencial que conforma el bienestar social, ya que a través de este concepto se reconoce la importancia que adquieren las relaciones sociales y los recursos que se gestan como consecuencia de éstas. De ahí que cualquier afectación colectiva disminuye y afecta a este capital.

La jurisprudencia de Costa Rica no ha sido omisa ante dicho concepto, por lo que la Sala Constitucional ha indicado que:

“[...] dentro del concepto de ‘interés público’ u ‘orden público’, existen las medidas a través de las que el Estado interviene a fin de asegurar en la sociedad su organización moral, política, social y económica, y están incluidas dentro de ellas, las normas jurídicas que se refieren al control de precios en los artículos de consumo básico. Esto como clara manifestación del principio general contenido en el artículo 50 constitucional, que dispone que el Estado debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, lo que unido a la adhesión al principio cristiano de justicia social (art. 74 idem), determinan la esencia misma del sistema político y social costarricense, que lo definen como un Estado de Derecho. Por ello, se afirma que esos principios de orden público social, justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos”¹⁶⁷.

Asimismo, ha establecido que:

¹⁶⁷ Voto N° 2757-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

“[...] en la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. [...]. La norma obliga entonces, a operar en función de los requerimientos sociales de los ciudadanos, a los que deben sacrificar sus políticas o intereses propios y su conveniencia; tal disposición tiene fundamento en la constitución que ordena al Estado, lo que abarca a sus entidades autónomas, a procurar el mayor bienestar a los habitantes del país, donde toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. En consecuencia, no deja de ser una aberración jurídica el que un instituto reclame la devolución de un terreno que eventualmente puede que sea dedicado a un servicio, a otra corporación que lo está usando actualmente en un servicio público, imponiéndole de paso la destrucción de las instalaciones creadas al efecto, con grave perjuicio de los fondos de la comunidad y de los intereses de los ciudadanos, a los que ambas por ley y razón de su existencia deben proteger y asistir”¹⁶⁸.

La investigación de la figura del daño social destaca la tutela efectiva de los intereses difusos y colectivos, particularmente por el tema ya mencionado de la expansión del derecho de daños; es decir, ampliar el campo de acción a la hora de reclamar daños resarcibles, de interés público; en donde los daños causados a los intereses difusos y colectivos no deben ser la excepción, especialmente por la importancia que reviste la tutela de estos para el desarrollo de la vida en sociedad y del bienestar común.

¹⁶⁸ Sentencia N° 0167-2000 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección II, San Jose, Costa Rica.

TÍTULO II:
LINEAMIENTOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL

CAPÍTULO I: REGULACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA FIGURA DEL DAÑO SOCIAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COSTARRICENSE

Los sistemas legales, en su normativa, jurisprudencia y doctrina se han visto en la necesidad de reconocer una nueva ola de daños; aquellos que afectan a una pluralidad de personas en tanto son parte de una colectividad o grupo, menoscabando sus intereses sociales. En otras jurisdicciones, estos daños han sido denominados con el nombre de daños colectivos. Si bien, han sido reconocidos estos daños a intereses difusos o colectivos, su regulación continúa aún en una fase de desarrollo incipiente, mientras que la globalización y la tecnología avanza a paso galopante.

El sistema jurídico costarricense, en lo relativo al tema, se muestra también en una fase de escaso desarrollo. En nuestro sistema el sustento legal para la reparación de la generalidad de los daños, se encuentra contenida en la Constitución Política y en algunas otras normas especiales, como el Código Civil o las normas vigentes del Código Penal de 1941, más no existe mayor regulación sobre daños colectivos. En cuanto al daño social casi no existe regulación específica.

Con estos nuevos daños, la única norma que podría asimilarse, en nuestra legislación, es el artículo con el cual se tutela la afectación de los intereses difusos y colectivos cuando resultan dañados con motivo de un hecho punible. Dicho artículo se encuentra en el Código Procesal Penal vigente, en el numeral 38, introduciendo en el ordenamiento jurídico la figura del daño social.

1. Fundamento normativo del daño social

La figura del daño social es novedosa y poco desarrollada en nuestra doctrina y, escasamente utilizada en nuestros tribunales. Tiene su fundamento normativo, en el artículo 38 del Código Procesal Penal 1996, que entró en vigencia en 1998. Con él se establece la posibilidad para la Procuraduría General de la República de plantear una acción civil resarcitoria por daño social, en los casos que versen sobre hechos punibles, que afecten intereses difusos y colectivos. Dicho artículo indica:

“Artículo 38: Acción civil por daño social. La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos”¹⁶⁹.

En cuanto a los antecedentes de este artículo, es pertinente mencionar que se desconoce el motivo de su inclusión dentro de dicho Código; pues en las actas de discusión de la Asamblea Legislativa de ese Proyecto de Código Procesal Penal¹⁷⁰, no hay referencia alguna al citado artículo. Entonces se dificulta establecer, si fue tomado de algún código extranjero o la intención del legislador al incluirlo dentro de dicho cuerpo normativo, así como la interpretación que se le quiso otorgar.

Por lo anterior, es necesario realizar algunas precisiones sobre la redacción actual de dicha norma, especialmente en cuanto a la legitimación para reclamar el daño social y la vía para cobrarlo.

¹⁶⁹ Código Procesal Penal. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.

¹⁷⁰ Ver: Expediente Legislativo N° 12526. Actualmente Código Procesal Penal, Ley N° 7594 y sus reformas.

1.1. Legitimación procesal para reclamar el daño social

La legitimación en sentido amplio, es el término con el cual se alude a la capacidad que tiene un sujeto para ser parte en un proceso; es decir, la aptitud de este para actuar jurídicamente. En sentido estricto:

“[...] es la cualidad de un sujeto jurídico consistente, dentro de una situación jurídica determinada, en hallarse en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento a su favor de una tutela jurídica que ejercita (legitimación activa) o la exigencia de tutela (legitimación pasiva)”¹⁷¹.

En el caso de las acciones civiles por daño social, el legitimado de forma pasiva va a ser el demandado civil, contra quien se plantea la acción; puede ser el imputado - persona contra quien se dirige la acción penal por la supuesta comisión de un hecho ilícito que ocasionó daños a los intereses difusos y colectivos- O bien, un tercero civilmente responsable, traído al proceso para que responda materialmente por los daños ocasionados producto del ilícito penal, por tener responsabilidad indirecta con respecto al daño social ocasionado con el ilícito; aunque, en todo caso, imputado y terceros serían responsables de forma solidaria. Por lo tanto, estos son los responsables y los sujetos pasivos de la obligación resarcitoria.

En cuanto al derecho para reclamar, lo normal en las acciones civiles es que lo ejerza el titular del derecho que ha sido menguado, pudiendo ser la víctima¹⁷² o el

¹⁷¹ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, España, Editorial Espasa, 2006. Pág. 897.

¹⁷² Artículo 70 del Código Procesal Penal: Se considerará víctima:

- a) Al directamente ofendido por el delito.
- b) Al cónyuge, conviviente con más de dos años de vida en común, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.
- c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.
- d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

damnificado¹⁷³; o bien, otros sujetos que la ley autorice a ese respecto, por ser considerados también víctimas¹⁷⁴.

En el caso del daño social, las víctimas del hecho ilícito, es una pluralidad de sujetos que ostenta la titularidad de los intereses difusos o colectivos, en tanto son parte de la colectividad. No obstante, en la redacción actual del artículo 38, la legitimación para el ejercicio de la acción, se traslada a un sujeto no titular del derecho, este es la Procuraduría General, la cual actúa en representación de los intereses colectivos y difusos y no de los intereses estatales, como podría pensarse.

1.1.1. El papel de la Procuraduría General de la República

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta *“es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia”*.

La definición anterior, en donde se establece a la Procuraduría como “abogado” del Estado, puede a la hora de ligarla con la acción civil por daño social, resultar confusa. En casos como el reclamo del daño social, dicho órgano no actúa en defensa de los intereses del Estado, sino más bien en pro de los intereses sociales de una colectividad, ejerciendo las atribuciones que le otorga el artículo 3 de la misma ley, el cual la faculta para:

“[...] i) Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo-terrestre, el mar territorial, la zona

¹⁷³ Ver: Artículo 37 del Código Procesal Penal: Ejercicio La acción civil para restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados, podrá ser ejercida por el damnificado, sus herederos, sus legatarios, la sucesión o por el beneficiario en el caso de pretensiones personales, contra los autores del hecho punible y partícipes en él y, en su caso, contra el civilmente responsable.

¹⁷⁴ Ver: Artículo 70 del Código Procesal Penal, supra nota 172.

económica exclusiva y la plataforma continental. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada. Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre. Para ello, podrá ejercitar la acción penal, de oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede a aquel y ejercerla acción civil resarcitoria. [...] Tomar las acciones legales en resguardo de los intereses de los consumidores. [...]"¹⁷⁵.

Asimismo, el artículo 16 del Código Procesal Penal autoriza a la Procuraduría para ejercer la acción penal y la civil en los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de Aduanas y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos¹⁷⁶.

Tiene entonces la Procuraduría una legitimación para actuar en defensa de situaciones que, por su naturaleza, se relacionan con intereses difusos y colectivos, siendo tal el caso del ejercicio de la acción civil por daño social, en donde la legitimación de esta para su reclamo resulta exclusiva.

¹⁷⁵ Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica.

¹⁷⁶ Ver: Artículo 16 del Código Procesal Penal: La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos. En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de aduanas, N° 7557, de 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, N° 6872, de 17 de junio de 1983, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público.

No obstante lo anterior, el Estado tiene igualmente un deber con base en la Constitución de resguardar y velar por la protección de éstos intereses sociales, lo cual justifica también la intervención de la Procuraduría en los casos de reclamo de daño social.

1.1.2. Relación entre el artículo 38 y el 70 del Código Procesal Penal

El numeral 70 del Código Procesal Penal le otorga el carácter de víctima y por lo tanto también de posibles actores civiles a *“las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses”*¹⁷⁷. Por tanto, organizaciones de este tipo que se encuentren legalmente constituidas también tendrían eventualmente la legitimación activa para plantear una acción civil por daño social, siempre que los intereses dañados como consecuencia del ilícito tengan una relación directa con el objeto de su organización.

Con respecto a la facultad de este tipo de organizaciones para ejercer la acción civil ha existido cierta discusión en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, nos indica el autor Rivero que:

“[...] el mero carácter de víctima les otorga derechos en el proceso penal a dichas asociaciones o fundaciones. [...] Debe reconocerse que con respecto a la acción civil la legitimación para el reclamo gira en torno del concepto de damnificado y no el del víctima [...] Sin embargo, si se parte que en los supuestos en que se perjudican intereses difusos se afecta a una colectividad de personas, podría asumirse que las asociaciones que protegen intereses difusos reclamen la reparación del daño, en cuanto se les reconoce por el mismo código como víctimas. Su reclamo, sin embargo, debería estar destinado a la reparación del daño, o sea a la restitución de las cosas al estado anterior y no propiamente a la indemnización

¹⁷⁷ Ver: Artículo 70 inciso d del Código Procesal Penal, supra nota 172.

de daños y perjuicios, puesto que de lo contrario, se estaría admitiendo la posibilidad de que las asociaciones mencionadas acrecentaran su patrimonio con el reclamo, lo cual no sería admisible”¹⁷⁸.

La observación indicada es atinada e igualmente aplicable a los casos en donde quien ejerce la acción es la Procuraduría General; en ambos casos, ni dicho órgano ni las asociaciones o fundaciones son las titulares de los intereses difusos o colectivos, sino que una delegación legal se constituye para buscar su tutela. Por ello, deben buscar solamente la reparación del daño y no así la indemnización de los daños y perjuicios porque tienen un carácter colectivo.

1.2. Vía para reclamar el daño social: la acción civil resarcitoria

Del artículo 38 del Código Procesal Penal citado anteriormente y de lo ya indicado, la única vía por la cual se puede buscar la reparación del daño social, es por medio de la una acción civil resarcitoria, dentro del contexto de un proceso penal que tenga por objeto el juzgamiento de un hecho punible con el cual se afecten intereses difusos o colectivos.

La acción civil resarcitoria es el instituto procesal que se plantea dentro de un proceso penal, con el fin de establecer la responsabilidad civil generada como consecuencia del hecho punible, ya que:

“[...] la pena pretende únicamente retribuir el daño público que el delito produce; sin embargo, todo hecho punible es capaz de producir otro tipo de daños que merecen ser reparados mediante un fallo judicial, cuya regulación material si de deriva del derecho

¹⁷⁸ RIVERO, Juan Marco. Citado en: LLOBET, Javier. Op. cit. Pág. 162 y 163.

*privado, no obstante que su ejercicio se realiza por medio del proceso penal*¹⁷⁹.

Su objeto es entonces, como lo indica el artículo 37 del Código Procesal Penal, *“restituir el objeto materia del hecho punible, así como la reparación de los daños y perjuicios causados”* y puede ser ejercida por los que son considerados como damnificados, víctimas o por la Procuraduría en el caso del daño social; en contra de los autores del hecho punible, los partícipes en este y cuando corresponda, contra el tercero civilmente responsable.

La acción se desarrolla en el contexto de un proceso penal; por tanto se afirma que no es una acción autónoma; sino más bien accesoria, pues su vigencia en el mismo depende de la acción penal. Al respecto de esta accesoriedad es relevante señalar que:

*“[...] la accesoriedad implica que la pretensión civil no se sustenta por sí sola, sino que se subordina a la promoción de la penal. Carece de autonomía y en cuanto la pretensión penal no sea promovida o continuable, tampoco la pretensión civil lo será en el proceso penal. [...] La acción solo puede ser ejercida cuando la principal está pendiente. Su vida depende de la penal, aunque ambas son independientes por su finalidad, naturaleza y contenido”*¹⁸⁰.

Dicha característica, regulada en el artículo 40 del Código Procesal Penal, es solo procesal porque en lo sustantivo la condenatoria de la pretensión civil no dependerá de la condenatoria en lo penal, debido a que como mencionamos supra, se puede obtener una absolutoria en cuanto a la acción penal y una condena en lo civil.

Específicamente, la accesoriedad de la acción civil, en el caso de tutela de los intereses difusos y colectivos, se da cuando estos resultan menoscabados, lo cual

¹⁷⁹ MÉNDEZ ZAMORA, Jorge. La Acción Civil Resarcitoria: Guía Teórico-Práctica. Primera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009. Pág. 23.

¹⁸⁰ SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. Reparación Civil en el Proceso Penal. Primera Edición. San José, Costa Rica, Editorama, S.A., 2008. Pág. 37.

puede verse como una obstrucción procesal. Pues, su tutela por medio de la intervención de la Procuraduría General, dependerá de la existencia y continuidad de una acción penal y no en todos los casos el daño social puede ocasionarse como consecuencia de un ilícito penal, sino también puede ser resultado de un ilícito civil, o bien de un hecho lícito que tuvo un desenlace dañoso.

Todo lo anterior no se ajusta a los principios del artículo 41 de la Constitución de una tutela judicial efectiva ni del numeral 50 del mismo cuerpo normativo. Al respecto, el autor Sanabria Rojas ha indicado que es necesaria una modificación de la figura, en el sentido de que:

“[...] si la acción penal se extingue o concluye por cualquier motivo legal, lo propio es que los tribunales penales continúen con la tramitación de la acción civil resarcitoria, hasta dictar el fallo respectivo [...] No resulta acorde con el principio de justicia pronta y cumplida enviar a las víctimas a un proceso civil, luego de que han escogido una vía, autorizada por ley para dirimir sus conflictos. Es decir, habría que empezar un nuevo proceso generando mayores gastos y un evidente atraso en la decisión”¹⁸¹.

Concordamos con la posición de Sanabria, en el sentido de que si se extingue la acción penal por el hecho punible que afecta intereses difusos o colectivos y existe un daño social reparable, habría que escoger otra vía que no sea la penal para buscar su resarcimiento, demorando de esa forma la justicia y la tutela de estos intereses. Y si bien, la Procuraduría podría intervenir en algunas de las situaciones en donde se afectan dichos intereses, en uso de las facultades que le otorga el artículo 3 inciso i) de su Ley Orgánica, no podrá hacerlo en todos los casos, lo cual conllevaría necesariamente a que sean las asociaciones, fundaciones y otros entes similares, reconocidos legalmente y con una relación directa con el interés dañado, los que busquen la reparación del mismo en otra vía.

¹⁸¹ SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. Op. cit. Pág. 39 y 40.

Con ello, se estarían negando los principios de los artículos 41 y 50 de la Constitución, según los cuales toda persona tiene derecho a reclamar la reparación del daño causado. Sin embargo, el derecho podría garantizarse por medio de una apertura de otras vías para reclamar el daño social o bien, por medio de una acción popular (que no es admitida en nuestro país) y no, solamente, por medio de una acción civil resarcitoria, como se encuentra establecido en la actualidad.

2. Proyectos de Ley para la reforma del artículo 38 del Código Procesal Penal

Al realizar un examen del contenido y alcances del artículo 38 del Código Procesal Penal, resulta fácil afirmar que su redacción es insuficiente. Incluso, esta ha sido la posición que ha sostenido la Procuraduría General de la República¹⁸², la cual por medio de su aplicación en los tribunales costarricenses ha intentado que se introduzcan por vía jurisprudencial algunos criterios al respecto.

En principio, resulta criticable que el numeral no establece la forma en la cual se determina el daño, el papel del juez respecto de su determinación, el tipo de responsabilidad civil que produce ni los medios de prueba apropiados para que resulte verdaderamente constatable; solo plantea una pauta general en cuanto a su definición y la vía accionable para su reclamo.

Por estas razones, se han presentado ante la Asamblea Legislativa dos proyectos de ley, en los cuales se ha tratado de ampliar el contenido de dicho artículo para llenar algunos de sus vacíos.

¹⁸² ENTREVISTA con Gilbert Calderón Alvarado, Procurador de la Ética, 25 de febrero de 2010.

2.1. Proyecto de adición de un párrafo segundo al artículo 38 del Código Procesal Penal¹⁸³

El proyecto presentado en agosto de 2006 por la entonces diputada Lesvia Villalobos Salas, se fundamenta en el artículo 10145 del Código Civil, el cual se refiere al daño en forma general, sin hacer distinción alguna entre los diversos tipos de daño. Por lo tanto, toda clase de daño, sea patrimonial, moral o social debe ser reparado. Respecto de éste último indica que:

“[...] el daño social ocasionado con el delito, es el menoscabo que, como consecuencia de un evento determinado, sufren grupos de personas, sectores de la comunidad o agrupaciones; definitivamente es una afectación a la colectividad en sus bienes vitales naturales, propiedad, patrimonio o derechos fundamentales, por lo que se hace obligatoria la reparación del daño ocasionado, toda vez que es un derecho constitucionalmente garantizado y protegido por el artículo 50 de nuestra Carta Magna”¹⁸⁴.

Con base en el artículo 1045 del Código Civil y el 50 de la Constitución, surge el deber de reparar cualquier tipo de daño y con el artículo 38 del Código Procesal Penal, se faculta a la Procuraduría a seguir la acción correspondiente a ese respecto; el proyecto no obstante sostiene que este numeral no establece pautas claras para determinar el daño ni establecer el monto pecuniario para su reparación. Ante esto, propone reformar el artículo, al añadirle la facultad del Juez de establecerlo prudencialmente, de la siguiente forma:

“Artículo 38: Acción civil por daño social.[...] La reparación del daño consistirá en una indemnización pecuniaria que, de no existir base suficiente para fijarla será determinada, prudencialmente por el juez, según las circunstancias del delito, los intereses colectivos o

¹⁸³ PROYECTO DE LEY. Adición de un párrafo segundo al artículo 38 del Código Procesal Penal, N° 7594 de 10 de abril de 1996, y sus reformas. Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente N. ° 16.343. Agosto, 2006.

¹⁸⁴ Ídem.

difusos afectados, y la naturaleza y las consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido"¹⁸⁵.

El proyecto se aproxima en cierto grado a llenar uno de los vacíos con respecto al daño social, al facultar al juez para fijarlo prudencialmente, cuando no exista criterio suficiente para establecerlo, valorando el tipo de delito, los intereses afectados, la naturaleza y las consecuencias del agravio. Este aspecto resulta de gran relevancia; pues los jueces actúan al amparo del principio de legalidad, pudiendo estos actuar solamente dentro de los marcos que les establece la ley.

Este proyecto de reforma introduce un aspecto importante que es darle al juez un papel más activo en la determinación del daño; pero según nuestro criterio, contiene una falencia, al indicar que la reparación del daño será siempre una indemnización pecuniaria. El daño social puede ser susceptible de una valoración pecuniaria, pero no lo será en todos los casos, ante lo cual admitiría otro tipo de medidas de reparación del daño, diferentes a la patrimonial.

2.2. Proyecto de Ley: Ley para fortalecer el derecho de toda persona a reclamar la reparación del daño causado al medio ambiente

Este proyecto de ley¹⁸⁶ fue presentado por el diputado José Merino del Río en septiembre del año 2006, el cual pretendía la adición de un segundo párrafo al artículo 38 y un inciso e) al artículo 70 del Código Procesal Penal, con el fin de:

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ Ver: PROYECTO DE LEY. Adición de un párrafo segundo al artículo 38 y un inciso e) al artículo 70 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, de 10 de abril de 1996 y sus reformas. Ley para fortalecer el derecho de toda persona a reclamar la reparación del daño causado al ambiente. Asamblea Legislativa de Costa Rica.. Expediente N.º 16.368. Septiembre, 2006.

“[...] fortalecer y hacer efectivo el derecho de los y las habitantes de la República a exigir la reparación de los daños ocasionados por delitos cometidos contra el ambiente, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 50 de la Constitución Política”¹⁸⁷.

En el proyecto se argumenta que en Costa Rica se han dado avances importantes, especialmente a nivel jurisprudencial con el objeto de garantizar a plenitud este principio constitucional. Sin embargo, es necesario proteger el derecho que tiene toda persona para reclamar la reparación o indemnización de un daño que sea causado al ambiente; pues aún no se encuentra contemplado concretamente en nuestros códigos; como en el caso de los artículos 38 y 70 del Código Procesal Penal.

El primero de los indicados establece la posibilidad de una acción civil por daño social, en caso de daños a los intereses difusos y colectivos que resulten como consecuencia de un ilícito penal, mas no profundiza ni regula aspecto alguno con relación con los daños ambientales, de forma explícita, a pesar de que los contiene la figura general del daño social. Además, critica facultar exclusivamente a la Procuraduría General para el ejercicio de la acción. Por otro lado, el segundo numeral establece que pueden ser víctimas y por lo tanto actores civiles, solo las asociaciones, fundaciones y otros entes, siempre que el objeto de la agrupación se vincule en forma directa a los intereses que resulten lesionados con el hecho punible.

Según el proyecto, todas estas directrices jurídicas limitan el derecho de toda persona a reclamar los daños al ambiente y, a la vez, van en contra del principio constitucional del artículo 50, impidiéndole a los ciudadanos que colaboren con el Estado a exigir a los responsables, que reparen la afectación que ocasionada al ambiente.

¹⁸⁷ Ídem.

Por lo anterior, con dicho proyecto se propone la siguiente reforma a los artículos contenidos en el Código Procesal Penal:

“Artículo 38: Acción por daño social. La acción podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos. En los delitos cometidos contra el ambiente, cualquier persona también se encontrará legitimada para el ejercicio de la acción civil. En tal caso, no podrá pedir ni recibir nada para sí, salvo lo relativo a costas procesales”¹⁸⁸.

“Artículo 70: Víctima. Se considerará víctima: [...]

e) A cualquier persona en el caso de los delitos cometidos en perjuicio del ambiente”¹⁸⁹.

Si bien este artículo incluye un elemento importante dentro del tema del daño social, como lo es ampliar la legitimación para su reclamo, lo hace solo con respecto a los daños ambientales derivados de delitos ambientales y deja por fuera otra serie de hechos punibles y de comportamientos que, como veremos, pueden también tener como resultado la causación de un daño social, por afectar intereses difusos o colectivos.

La reforma entonces no cumple a plenitud la necesidad de llenar un vacío en cuanto a la regulación del tema; pues las modificaciones que introduce se restringen únicamente al campo del derecho ambiental e iguala los daños sociales a los daños ambientales; lo cual se encuentra errado, porque el daño social tiene un alcance mucho más amplio, tema que se tocará en otro apartado.

En cuanto a los aspectos generales del daño social en sí no profundiza y, son necesarios para una completa aplicación de la figura en nuestro sistema jurídico.

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Ídem.

3. Antecedentes de aplicación del daño social en el sistema jurídico costarricense

El daño social es un tema inexplorado en nuestra doctrina y también ha sido escasamente aplicado en nuestros tribunales. Según datos proporcionados por la Procuraduría¹⁹⁰, existen solamente dos precedentes jurisprudenciales donde se ha aplicado la figura, pero ambos se relacionan con casos de administración de fondos públicos y corrupción.

Los casos de esta índole, ha reconocido la Sala Constitucional¹⁹¹ tocan el ámbito de los intereses difusos y colectivos; razón por la cual ha intervenido la Procuraduría en busca de la reparación del daño social, por la afectación que han causado los ilícitos al bienestar social.

3.1. Sentencia 341-2004 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José

Aunque la sentencia no utiliza propiamente la denominación del daño social, se refiere a muchos de los elementos que este involucra. En ella se reconocen los daños que causan a la sociedad los actos de corrupción perpetrados por los funcionarios públicos. Al respecto, la sentencia indica:

“[...] hechos con los que han sido demostrados en este proceso indudablemente constituyen delitos de corrupción en la función pública, lo que representa un gran problema en nuestra sociedad en tanto se concreta un deterioro de los valores éticos que a su vez tiene consecuencias directas en la eficacia del Estado que debe hacerle frente a esta carga sobre el sistema económico. Cuando un país se ve sometido a actos corruptos de sus funcionarios que tienen repercusión en el exterior, indudablemente eso genera un

¹⁹⁰ ENTREVISTA con Gilbert Calderón Alvarado, Procurador de la Ética, 25 de febrero de 2010.

¹⁹¹ Ver: Voto N° 8239-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

desprestigio que trae como consecuencia una disminución en la inversión, se disminuye la calidad de los servicios y se fomenta la dádiva como política a seguir para alcanzar la eficiencia. De acuerdo a estudios que se han hecho sobre el impacto en las naciones de la corrupción, se ha establecido que aquellos lugares donde la corrupción es alta, la inversión desciende hasta un cinco por ciento como mínimo, de manera tal que la tasa de crecimiento económico se reduce en medio punto porcentual, produce el despilfarro debilitándose la economía y la confianza del público en las instituciones, socavándose las instituciones y redistribuyéndose la riqueza y el poder en forma injusta, poniéndose en marcha procesos de aprendizaje que van creando una cultura corrupta, de manera que se viene a distorsionar la realidad y se ven como legítimas conductas que no lo son”¹⁹².

A la luz de esta resolución, se denota que los actos de corrupción en la función pública tienen como consecuencia un deterioro social, afectan los intereses de los ciudadanos que conforman un país, al disminuirse su bienestar social y su derecho a un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado” del artículo 50 de la Constitución.

3.2. Sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José

Es la primera resolución judicial en donde se utiliza el término daño social dentro del sistema jurídico costarricense. El objeto de esta sentencia es el caso conocido como “Caja Costarricense del Seguro Social- Fischel” (CCSS-Fischel), por la causa penal seguida en contra de varios imputados, entre ellos el ex presidente de la República Rafael Ángel Calderón Fournier por los delitos de peculado en perjuicio de la Caja Costarricense del Seguro Social y, en la cual, la Procuraduría General intervino como actor civil. Respecto de la participación de éste órgano, el Tribunal indicó que del artículo 38 del Código Procesal Penal:

¹⁹² Sentencia N° 341-2004 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

“[...] se desprende con claridad meridiana, que la Procuraduría General de la República, solo está legitimada para intervenir, en calidad de parte, en aquellos procesos penales por delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto; entre estos delitos están aquellos que afecten al gasto público, donde, si cabe la legítima participación de la Procuraduría, como garante del buen manejo que se haga de los fondos públicos. En cambio la Procuraduría carece del derecho, el interés y la legitimidad para pretender cobrar extremos, cuyo titular no sea la comunidad en su conjunto, sino un damnificado específico en particular, [...] toda vez, que al existir esa víctima, sería solo a ésta a quien le corresponda de solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, que estime se hayan causado en su contra”¹⁹³.

En el caso en cuestión, la Procuraduría solicitaba el resarcimiento del daño social como producto del hecho punible, pues había tenido implicaciones para el sistema democrático del país y en la economía nacional. En cuanto al daño al sistema democrático, el Tribunal no concedió extremo alguno al respecto, por considerar que la Procuraduría -que tenía la carga de la prueba-, no había logrado acreditar el daño con medios fehacientes de prueba. Por otro lado, su criterio es distinto, en lo que concierne al daño social por las implicaciones en la economía nacional el Tribunal indicó que:

“[...] la Procuraduría General de la República, si está legitimada para reivindicar el pago de los daños y perjuicios, derivados, de la comisión de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto, (Doctrina del artículo 38 del Código Procesal Penal), entre estos ilícitos están aquellos, que perjudican al gasto público y/o lesionen el buen manejo que se haga de los fondos públicos, los alcances de estas afirmaciones han sido definidos y desarrollados, por la Sala Constitucional, [...] el gasto público y el buen manejo que se haga de los fondos públicos, constituye un interés de todos los habitantes de la República, por consiguiente, sí se ha establecido el derecho de la parte actora civil, Procuraduría General de la República, de solicitar y recibir, en representación de

¹⁹³ Sentencia N° 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

*la colectividad en su conjunto, la indemnización debida por el daño social causado*¹⁹⁴.

En la sentencia no se realiza un análisis jurisprudencial respecto de la figura, simplemente se refuerza el derecho de la Procuraduría de solicitar su reparación. En el proceso se constata el daño social ocasionado a la economía del país, analizando su existencia, extensión y cuantificación.

De esta forma al menos, a nivel jurisprudencial se sienta el precedente de que el daño social puede ser real y no una mera estipulación de nuestra normativa carente de contenido, lo cual para los efectos de esta investigación es positivo, a pesar de que no se haya podido extraer de este caso ningún criterio general por parte de nuestros tribunales en relación con el tema.

3.3. Otros casos y aspectos relacionados con el daño social

Desde el año 2004, con el inicio del proceso “CCSS-Fischel” y especialmente a raíz del inicio de su fase de juicio, el término daño social ha sido constante en los medios de comunicación, principalmente en la prensa escrita¹⁹⁵ y en nuestros tribunales, debido a que la Procuraduría General ha pretendido su reclamo en otra serie de casos, siempre muy cercanos al contexto del tema de la corrupción.

¹⁹⁴ Sentencia N° 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

¹⁹⁵ Por ejemplo: PERIÓDICO, La Nación. Estado reclama el ‘daño social’ en 49 causas por corrupción. El País; Procuraduría y CCSS presentaron acción civil contra 8 acusados. El País; Procuraduría reclama pago de \$89 millones por daño social. Sucesos, miércoles 5 de agosto de 2009; Procuraduría pide \$52 millones por daño social. El País, jueves 21 de enero de 2010; Procuraduría concilia con Alcatel en causa por sobornos. El País, jueves 21 de enero de 2010; Gobierno debe decidir uso de fondos que pagará Alcatel. El País, lunes 25 de enero de 2010; EBI paga €9 millones por el daño social. Sucesos, jueves 28 de enero de 2010; Caso ambiental con pena por daño social. Sucesos, domingo 31 de enero de 2010; Reclamos por daño social ganan terreno en casos de corrupción. Sucesos, domingo 31 de enero de 2010; Alcatel pagó al Estado €5.600 millones por daño social. El País, jueves 1º de abril de 2010. PERIÓDICO, El Financiero. ¿Qué significa daño social?. Economía y Política, 28 de junio de 2009, y Sentencia estrenó la figura del daño social. Negocios, 18 de octubre de 2009.

En la prensa se ha afirmado que el reclamo por daño social ha ido ganando terreno en nuestros tribunales, especialmente en aquellos casos de corrupción. En los últimos años, se han otorgado varios montos por los responsables de daño social, ya sea por que han sido condenados a pagarlo o bien, por haberse acordado de esa forma mediante una resolución alternativa.

Se pueden mencionar por ejemplo algunos de los casos ya concluidos, en los cuales se han realizado condenas o reparaciones por este extremo. Uno de ellos es el Caso José Antonio Lobo, en el cual se llevó a cabo una conciliación el 20 de agosto del 2008, en donde el responsable aceptó pagar \$1,4 millones, de los cuales \$1,2 millones entraron a la caja única del Estado y \$280.000 se adjudicaron al I.C.E.

También, en el Caso Hernán Bravo, se realizó un juicio abreviado y se le condenó en junio de 2007 a tres años de cárcel y al pago de \$1 millón, el cual se desglosó en \$875.000 para el Estado y \$218.000 para el I.C.E.

Igualmente sucedió con el Caso Leonel Barrios donde también se llevó a cabo un juicio abreviado en octubre de 2008; se le condenó a tres años de prisión, depositó \$100.000 y dio un automóvil valorado en €16 millones.

En el Caso Carlos Monge Herrera, se realizó también un juicio abreviado, en marzo de 2009, condenándolo a tres años de cárcel, y al deposito de \$500.000 por daño social, que se destinó a un programa de becas del Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), Y, en el Caso Berthier Ebi, S.A., donde por medio de una conciliación en

mayo de 2009, la empresa responsable aceptó pagar ¢9,7 millones por el daño social al pagar dádivas a un funcionario público¹⁹⁶.

Otro de los procesos en los cuales ha estado presente el daño social es el de “Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel” (ICE-Alcatel), en donde también el ilícito penal se relaciona con corrupción. En dicho caso, la Procuraduría General de la República concilió con consorcio Alcatel-Lucent una compensación económica de ¢5.600 por el daño social al Estado ocasionado por el supuesto pago de sobornos del consorcio a funcionarios públicos; que tuvo como resultado la homologación del acuerdo conciliatorio por parte del Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José¹⁹⁷.

Al tomar, como punto de partida el caso “CCSS-Fischel” e “ICE-Alcatel”, la Procuraduría General se ha aventurado a plantear acciones por daño social en otras asuntos que involucran ilícitos relacionados con materia ambiental y tributaria. Con ello, se evidencia la actualidad del tema del daño social y la necesidad de establecer una caracterización general de la figura, lineamientos para su comprensión, críticas a su actual normativa y posibles parámetros para el mejoramiento de su regulación en el presente, así como la futura aplicación en distintos escenarios del sistema jurídico costarricense.

¹⁹⁶ Ver: PERIÓDICO, La Nación. Reclamos por daño social ganan terreno en casos de corrupción. Sucesos, domingo 31 de enero de 2010, y PERIODICO, La Nación. EBI paga ¢9 millones por daño social. Sucesos, jueves 28 de enero de 2010.

¹⁹⁷ Ver: PERIÓDICO, La Nación. Procuraduría concilia con Alcatel en causa por sobornos. El País, jueves 21 de enero de 2010, y PERIÓDICO, La Nación. Alcatel pagó al Estado ¢5.600 millones por daño social. El País, jueves 1º de abril de 2010.

CAPÍTULO II: LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL

El derecho debe luchar en todo momento por el reconocimiento de los derechos de las personas, pero siempre orientado a las transformaciones que se gestan en la sociedad. Debe ser receptivo y permeable ante la realidad social. Parte del reconocimiento ya se ha dado en nuestro entorno, con el primer precedente jurisprudencial en lo relativo al daño social, con lo cual el sistema legal costarricense ha afirmado con más vehemencia la existencia y la necesidad de protección de valores supraindividuales.

Ante este paso por parte de nuestros tribunales, se torna de vital relevancia explorar los aspectos conceptuales del daño social, figura que nace al Derecho cuando intereses transindividuales como los difusos o colectivos se ven afectados con motivo de un hecho determinado de origen humano.

Con el anterior propósito, y de acuerdo con el criterio general respecto al daño, es que se plantean los siguientes lineamientos generales para la comprensión de dicha figura; además de ciertas críticas a su actual regulación y sugerencias para una mejor aplicación de la misma y, especialmente para un mayor resguardo de los intereses social.

Por ser un tema novedoso, presenta una gran gama de aspectos diferentes: desde conceptuales o que aluden a los diferentes términos relacionados, de contenidos hasta cuestiones instrumentales y procesales; por lo tanto no es posible determinar de forma exacta todos sus límites y alcances.

Cabe mencionar que la enunciación de los temas que componen el concepto de daño social y aspectos relacionados se plantean en el presente capítulo desde una perspectiva genérica, pues pueden presentarse en cualquier rama del Derecho para la configuración de este tipo de daño.

Asimismo, se hace el planteamiento sin desconocer aspectos particulares que comprenden las temáticas específicas, en donde se puede manifestar, por ejemplo: en los delitos relacionados con la función pública, en la materia tributaria o ambiental, entre otras. Particularidades que se tratarán en el Título Tercero de la presente investigación.

1. Conceptualización del daño social

Para conceptualizar el daño social es necesario en primer término, evaluar su definición en la actualidad. De acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Código Procesal Penal y según los distintos conceptos al que este alude. De esta forma, es posible repasar conceptos mencionados en el desarrollo de la presente investigación, así como detectar vacíos en el concepto del daño social, con el fin de completarlo y explicarlo a profundidad.

Igualmente se conceptualizará, al utilizar figuras similares en el ámbito jurídico como lo son los daños colectivos. Asimismo, se rescatará la importancia que tiene en nuestra sociedad el reconocimiento y correcta definición en este tema.

1.1. Términos contenidos en el artículo 38 del Código Procesal Penal

En los términos del artículo 38 del Código Procesal Penal, el daño social es el que se produce como resultado de un hecho punible y afecta intereses difusos o colectivos¹⁹⁸. Esta definición es simple y no otorga mayor detalle en cuanto a la figura, por lo que para su conceptualización es necesario definir cada uno de los términos que la componen.

¹⁹⁸ Ver: Título I, Capítulo III.

En primer lugar, el daño debe comprenderse como el resultado de un comportamiento humano con el cual se causa un menoscabo, detrimento, afectación, pérdida o disminución a intereses jurídicamente relevantes, contenidos en la esfera individual o supraindividual del sujeto.

De acuerdo con lo estipulado en dicho artículo, actualmente el comportamiento humano que causa el daño social debe ser un hecho que al exteriorizarse o manifestarse además de tener un resultado dañoso, sea considerado por el ordenamiento como punible. Implica que el comportamiento es a la luz de la normativa nacional un ilícito penal, por encontrarse tipificado como tal y, ante su exteriorización surge la responsabilidad penal de quien lo causa, así como, la eventual responsabilidad civil, entendida como el deber de reparar el daño causado, por la lesión que se ocasiona a intereses jurídicamente relevantes.

La particularidad del hecho punible es que debe afectar intereses supraindividuales; dentro de los cuales se encuentran los intereses difusos y los intereses colectivos, los que a pesar de tener diferencias, los enlaza un aspecto común: que atañen a una colectividad o pluralidad de sujetos y tienen un carácter general.

Los colectivos son los intereses que hacen referencia a sectores diferenciados de la colectividad o bien a un grupo de personas limitado o determinado, unidas por un vínculo que puede ser o no jurídico, y se unen para la defensa y persecución de fines comunes y para el bienestar de ese grupo.

Los intereses difusos son los que incumben a todos los individuos y a ninguno con exclusividad; es decir, los que pertenecen a una pluralidad de personas, en tanto son miembros de la sociedad. Su característica principal radica en su naturaleza dual; pues los individuos los poseen de forma individual y al mismo tiempo de forma colectiva al ser parte de una pluralidad. Aunque no pueden ser tan difusos

que su titularidad se confunda con la colectividad nacional, ni tampoco tan precisos que sus titulares sean fácilmente identificables o determinables, de tal suerte que son intereses individuales dispersos en conjuntos de personas amorfos o poco determinados; o bien grupos de personas no organizadas formalmente, en cuyo caso de ser beneficiados o dañados, el daño resulta igual para todos, para el grupo y para cada uno de los sujetos¹⁹⁹.

Los intereses supra individuales, como los explicados, se encuentran presentes en muchas esferas de la vida de los individuos y la sociedad y, normalmente, se les relaciona a temas como por ejemplo el ambiente, los derechos de los consumidores, el patrimonio cultural e histórico, la hacienda pública, materia electoral y tributaria, entre otros. Al respecto, la Sala Constitucional ha indicado son parte de este tipo de intereses supraindividuales los que se relacionan con:

“[...] el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, el buen manejo del gasto público, entre otros. [...] trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta”²⁰⁰.

Son intereses de tal clase los que conciernen a todo el país, por ser intereses de todos los habitantes y no solo de un grupo de ellos, de manera que cuando resultan lesionados, no se menoscaba solamente el interés específico en sí; por ejemplo el interés al buen manejo de los gastos públicos, sino que se afecta un interés mayor, el bienestar social del cual gozamos, que por su gran importancia es resguardado por nuestra Constitución en el artículo 50.

¹⁹⁹ Ver: Voto N° 13363-2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y Voto N° 1145-2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁰⁰ Voto N° 8239-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Hechos tipificados en nuestro ordenamiento como delitos ambientales, delitos tributarios, actos de corrupción o aquellos que se cometen en ejercicio de la función pública, pueden ser casos en donde eventualmente surja una responsabilidad por daño social.

A nuestro juicio, este daño puede ocasionarse no solo como consecuencia de un hecho punible (ilícito penal), porque hechos ilícitos en el campo de lo civil (por ser contrarios a una norma o por no mediar culpa del sujeto que lo comete) pueden tener el mismo resultado.

La responsabilidad civil por daño social, igualmente podría ser producto de un hecho lícito; es decir, una conducta que no es contraria ni prohibida por el ordenamiento, pero que a la hora de su exteriorización ocasionó un menoscabo a intereses de un grupo individualizable o de la sociedad en su conjunto.

1.2. Daño social y el daño colectivo

En otras jurisdicciones como la argentina y la española, debido al replanteamiento del derecho de daños, por la masificación y carácter difuso de los peligros, se han venido reconociendo los daños colectivos, que a nivel conceptual son similares al daño social. Ellos se producen cuando se afecta a una colectividad, y los sujetos que resultan dañados lo son por ser parte de esta colectividad, e incide por tanto, en los intereses de un grupo o de la sociedad.

En este tema de los daños colectivos se encuentra en juego bienes colectivos e intereses sociales, los cuales son de importante tutela dentro de los ordenamientos; pues normalmente tienden a la realización de principios relevantes como la justicia y la paz social.

Su trascendencia y presencia en nuestro entorno es tal que la autora Garrido Cordobera nos indica que:

“[...] al analizar el tema de ‘daño colectivo’ tendremos un gran marco de fenómenos en los cuales – a modo de ejemplo deberemos analizar situaciones dañosas provenientes de huelgas, espectáculos deportivos conservación, el derecho de los consumidores, los ataques terroristas, etc”²⁰¹.

Los daños colectivos y el daño social tienen similitudes. Para empezar, una vez causados ambos tienen una víctima plural, ya sea determinados grupos o la comunidad en su conjunto, quienes sufren el daño colectivamente. No obstante, tienen diferencias a nivel conceptual, los daños colectivos pueden ser causados por hechos lícitos o ilícitos, que causan un riesgo social; en cambio, hoy para el sistema jurídico costarricense el daño social se causa, como ya indicamos, por un hecho ilícito y punible.

Si bien esto es una posibilidad, el daño social tiene un ámbito mucho más amplio e incluso semejante al de los daños colectivos, debido a que por su naturaleza su origen no se da solo en virtud de delitos que afecten intereses sociales; sino que su envergadura es tan grave que puede comprender todo tipo de hechos (lícitos o ilícitos) que causen un daño injustamente sufrido al bienestar de la colectividad.

1.3. Artículo 50 Constitucional reflejo de la tutela del bienestar social.

En capítulos anteriores nos referimos al bienestar social como el:

²⁰¹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia. Los daños colectivos y la reparación Op. cit. Pág. 88.

“[...] conjunto de condiciones y derechos, que la sociedad le asegura al ciudadano, que le permiten disfrutar de una certidumbre de supervivencia en un futuro razonablemente lejano, de aceptación, personal, de salud, de educación, de recreación y de usufructo de un ‘confort’ aceptable”²⁰².

Implica entonces el bienestar, algo más que un aspecto meramente económico o nivel de renta que pueda mantener una sociedad. Incluye este un conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen una serie de condiciones en los ciudadanos, por la seguridad que les proporciona el goce de ciertos derechos fundamentales como la salud, la educación, la vivienda, la seguridad, los servicios, la estabilidad económica, la infraestructura, el ambiente, entre otros²⁰³.

Lo anterior es justamente lo que tutela nuestra Carta Magna con el derecho de toda persona a “un ambiente sano”. En este sentido, la palabra *sano* no debe entenderse dentro de un contexto meramente ambiental, donde un entorno libre de contaminación y equilibrado ecológicamente es esencial; sino más bien, debe considerársele desde una perspectiva más amplia. Al respecto, la Sala Constitucional ha interpretado que:

“[...] el derecho a un ambiente sano tiene un contenido amplio que equivale a la aspiración de mejorar el entorno de vida del ser humano de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de toda esfera en la que se desarrolle la persona, sea familiar, la laboral, o la del medio en que habita. De ahí que se afirme que se trate de un derecho transversal, es decir que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando sus institutos. El ambiente es definido por la Real Academia Española de la Lengua como el ‘conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos’, lo que recalca aún más el carácter general del derecho”²⁰⁴.

²⁰² REUBEN SOTO, Sergio. Op. cit. Pág. 7.

²⁰³ ARIAS VALVERDE, Yanci. Resarcimiento del daño social que producen los delitos de corrupción. Inédito.

²⁰⁴ Voto N° 41-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

En relación con la amplitud de aspectos que engloba este derecho al ambiente, ha sostenido también que:

“[...] el ambiente [...] debe ser entendido como un potencial desarrollo para utilizarlo adecuadamente, debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, ya que en caso contrario, se degrada su productividad para el presente y el futuro y podría ponerse en riesgo el patrimonio de las generaciones venideras. [...] El objetivo primordial del uso y protección del ambiente es el desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc., pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para el uso de las generaciones presentes y futuras, lo cual no es tan novedoso, porque no es más que la traducción de esta materia, del principio de la ‘lesión’, [...] en virtud del cual el legítimo ejercicio de un derecho tiene dos límites esenciales: por un lado, los iguales derechos de los demás, y por el otro, el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo”²⁰⁵.

Del deber de proteger y preservar el ambiente, mencionado en el extracto jurisprudencial anterior, se deriva la obligación de los sujetos de reparar los daños que se le causen. Entre esos daños se encuentra el daño social, el cual se presenta cuando hay una disminución en el bienestar social²⁰⁶, el cual puede evidenciarse con la pérdida o disminución de fenómenos relacionados con los intereses difusos o colectivos.

²⁰⁵ Voto N° 2641-1996 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver: Votos N° 3341-1996, 1763-1994 y 503-1994, todos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁰⁶ Tesis sostenida por la Procuraduría General de la República en caso «CCSS- Fischel». Ver: Sentencia N° 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

1.4. Definición de daño social

Una vez establecido un panorama claro sobre los aspectos relacionados con la conceptualización del tema, es posible dedicarnos a definir un concepto daño social que se comprenda e integre al ordenamiento jurídico costarricense.

Debe definirse daño social como aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a este (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general, al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado.

2. Elementos esenciales para la existencia del daño social

Una vez efectuada la descripción del daño social, se torna relevante para profundizar en su análisis disgregar este concepto, con el fin de obtener los aspectos esenciales para su configuración.

En términos generales, planteamos que para el surgimiento del daño social es indispensable que estén presentes los siguientes elementos:

- El primero, corresponde al *daño*²⁰⁷ en sentido estricto, el cual debe contar con todas las características necesarias para su establecimiento.

²⁰⁷ Ver: Título I. Capítulo II. Sobre el daño civil, en el cual fueron analizadas con detalle las características esenciales para la configuración del daño.

- Por otra parte, este daño debe producirlo un *agente* (sujeto activo), sea individual o colectivo, persona física o jurídica, un ciudadano e incluso, el mismo Estado.
- Además, como tercer elemento, se encuentra la *afectación* que produce el daño, la cual debe estar dirigida a un sujeto pasivo de carácter colectivo. Esa afectación lesiona los intereses legítimos de esa pluralidad.
- Por último, dicha afectación hace surgir el *deber de reparar* y de obtener una *indemnización*, lo que configura el cuarto elemento.

Los aspectos señalados se analizarán a continuación, a partir del carácter específico que le otorga el concepto del daño social. Con el fin de lograr una mejor comprensión de la figura y así, garantizar, su correcta identificación y reparación integral.

2.1. El daño

Al abordar el tema del daño social, tan sólo por su denominación se nos hace imposible eludir el concepto de daño, este configura su primer elemento. Si bien debe analizarse desde la dimensión colectiva, comprende las características y la conceptualización del daño en sentido estricto, no existe ninguna divergencia con otros tipos de daño.

A pesar de haber estudiado este tema en apartados anteriores, consideramos importante retomar algunos aspectos fundamentales cuando analizamos el daño social.

Dentro de este contexto, el concepto de daño se entiende como una lesión a la esfera jurídica de un conjunto de personas. Es una afectación producida a los intereses de carácter colectivo y difuso, amparados en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, el daño surge de la lesión a un interés grupal, el cual puede ser patrimonial o no. Lo importante es que el menoscabo, es un desmedro de los derechos de una colectividad de personas²⁰⁸.

El daño propiamente dicho, es un concepto que nos remite a términos como menoscabo o detrimento de los principios y valores comprendidos en el sistema axiológico de un determinado espacio social.

Dicho daño puede ser producto de un hecho lícito o un ilícito, ya sea como consecuencia de un actuar dañoso por parte de un sujeto o sujetos o bien, por la creación de un riesgo, aunque esto último implique un comportamiento lícito. Así como por conductas activas u omisivas, conocidas en las diferentes vías jurisdiccionales; por lo cual, para determinar la existencia o no de este, se debe hacer referencia a la afectación que se produjo o pudo producirse a la colectividad.

No todo daño es resarcible, por tal motivo, el tema de la antijuridicidad es importante, pues supone una clasificación de dichas afectaciones, la cual se configura a partir de una valoración negativa por parte del ordenamiento. Esta surge cuando se comete un hecho que atente y se oponga a los intereses relevantes para un determinado sistema jurídico.

Como se indicó, para que este daño sea resarcible o reparable debe cumplir con una serie de condiciones, que confluyen a partir de varios presupuestos los cuales posibilitan su transición de un “mero daño fáctico” o un “daño resarcible”, jurídico. Con ello, se generan derechos y obligaciones para el agente productor. Las diversas

²⁰⁸ Ver sobre este tema: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Op. cit.

características han sido ampliamente estudiadas por la doctrina y tratadas en la jurisprudencia.

En este sentido, la primera característica expone que el daño debe ser cierto. La certidumbre del daño refiere a que éste debe existir en el presente, debe ser constatado o al menos constatable en el futuro como una consecuencia probable del hecho jurídico, sea un comportamiento o un evento.

Jurisprudencialmente²⁰⁹ se ha determinado que la certeza no debe confundirse con la actualidad, puesto que es admisible la reparación del daño cierto pero futuro. En tanto puede ser el resultado del hecho causal que produce el impacto a un interés jurídicamente relevante para la colectividad. Además, plantear que el daño sea cierto, implica que es real y efectivo y no un mero supuesto o una hipótesis; esto permite relacionar la certidumbre con el hecho generador que ocasiona el perjuicio.

Como segundo elemento se tiene que el daño debe lesionar un interés jurídicamente relevante y merecedor de tutela. Sobre este tema se ha referido ampliamente en la investigación; sin embargo resulta importante anotar que cuando se plantea el término “interés relevante”, este se refiere a aquellos intereses establecidos por el espacio social como superiores dentro del ámbito colectivo y configuran el sistema axiológico de una determinada población. Cuando tratamos el tema del daño social, esos intereses jurídicamente relevantes, nos remite necesariamente a la afectación de los intereses difusos y colectivos reconocidos por nuestro ordenamiento y, a los cuales, se les concede la tutela constitucional.

Como tercer elemento del daño, se dice que éste debe ser personal y subsistente, debe serle propio, porque nadie puede reclamar la reparación e indemnización de una lesión que no ha sufrido, de ahí la necesidad del cumplimiento de la anterior característica. Está legitimado para reclamar la reparación de un daño, quien vio

²⁰⁹ Ver: Voto N° 606-2002 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

afectado alguno de sus intereses legítimos, como por ejemplo los colectivos o difusos.

En cuanto a la subsistencia, el daño debe permanecer o existir al momento de su reclamo, o al menos si este ya fue reparado debe existir una disminución patrimonial de la misma colectividad o de un tercer ente.

Por último, debe concurrir una relación causal entre el daño y el hecho generador producido por el sujeto activo, sea un comportamiento o un evento, resultado de un hecho lícito o ilícito. Este configura un presupuesto necesario, el cual garantice la vinculación entre el hecho y el resultado dañoso y solo podría excluirse bajo algún eximente de la responsabilidad, como son la fuerza mayor (hecho de la naturaleza), caso fortuito (hecho del hombre) o hecho de un tercero.

En suma, cuando se habla del daño este tiene que ser cierto, real y efectivo; en el cual debe mediar una lesión a un interés jurídico de carácter colectivo o difuso. Por tanto, su reclamo debe ser personal y por una causa subsistente; debe existir también un nexo de causalidad entre el hecho generador y la afectación.

2.2. El sujeto activo (agente productor del daño)

Como segundo elemento, se define el agente productor del daño social, el cual configura el sujeto activo de la relación que se genera en la afectación a los intereses colectivos o difusos.

El término agente, según el Diccionario de la Real Academia Española²¹⁰ se entiende como aquella “*persona o cosa que produce un efecto*”, lo que desde el

²¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo Segunda Edición (2009). En: <http://www.rae.es/rae.html>. Consultada el 09 de marzo de 2010.

tema en análisis supone como consecuencia del comportamiento de ese agente, el daño social. Este concepto hace referencia directa a la parte activa de la relación, en tanto es el que ocasiona el daño.

Cuando se habla de “sujeto” en esta figura, se hace en términos genéricos; pues agente pueden ser no solo personas físicas, sea en su carácter individual o colectivo. También pueden serlo las personas jurídicas.

Tal y como se indicó en el capítulo anterior por la regulación normativa, el único ente legitimado para el cobro del daño social es la Procuraduría General de la República. El Estado, por medio de esta asume el cobro del daño en los casos que considera de relevancia social. Sin embargo, nos cuestionamos, ¿qué pasa cuando el Estado a través de sus funcionarios e instituciones comete, por medio de sus actuaciones, una afectación a la colectividad?. ¿Quién cobra los daños y perjuicios ocasionados?. ¿Es el mismo Estado quien se cobra así mismo?

Como consecuencia de las interrogantes planteadas, consideramos que se debe comprender dentro de los agentes productores del daño social al Estado, como cualquiera de los sujetos activos mencionados. Así, a partir de la producción de este daño en la configuración de la responsabilidad objetiva.

Lo señalado tiene fundamento en lo que dicta la misma Sala Primera cuando se refiere, en términos generales, a la responsabilidad en la que incurre el Estado cuando sostiene que:

“[...] debe reiterarse entonces, que para la existencia en Derecho de una reparación debida, ha de existir antijuricidad antecedente y de base, lo que en modo alguno apunta a la naturaleza (legítima o ilegítima) de la conducta desplegada por el agente productor del daño, ni por el resultado que produce dicha acción u omisión. En efecto, aún en los supuestos de funcionamiento legítimo y normal, en los que no existe ilicitud en el comportamiento, se produce una consecuencia dañosa, que con determinadas características [...], se

reputa como de obligada reparación, lo cual dice de su antijuricidad, tanto así, que con la lesión misma surge la obligación civil y su consecuente derecho de accionar. [...] Esa reiterada antijuricidad estará siempre presente en el daño indemnizable, bien sea por funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo”²¹¹.

Para que el supuesto mencionado se pueda ejecutar, resulta necesario en primera instancia ampliar la legitimación para el cobro del daño social. Sin embargo, ello no debe invisibilizar y desconocer al Estado como un sujeto activo, el cual por medio de sus acciones puede afectar a un conjunto de personas, quienes al ver lesionados sus intereses deben ser resarcidas e indemnizadas. De ahí que surge la responsabilidad objetiva propia de la actividad estatal. Al respecto se indica que:

“[...] la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Administración Pública, se enmarca dentro de un régimen preeminentemente objetivo, que comprende en su base tanto la teoría del riesgo como el equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura esencialmente, la reparación indemnizatoria a quien ha sufrido una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad. [...] Por ello, no es necesaria la existencia -y, por ende, su demostración-, del dolo o la culpa o, en general, una falta subjetiva imputable a los servidores o funcionarios públicos para que surja el deber de resarcir los daños y perjuicios causados por su funcionamiento. Por ello, el canon 190 de ese cuerpo legal dispone con meridiana claridad la responsabilidad del Estado por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo que converjan en el caso concreto, las causas eximentes que esa misma disposición, de forma taxativa expresa, a saber; la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, correspondiéndole a la Administración acreditar su existencia²¹². [...] La responsabilidad aludida se rige por lo estatuido en la Carta Fundamental, es decir, constituye un principio de base constitucional, impuesto por las normas referidas y que busca el control del ejercicio de toda la

²¹¹ Voto N° 000211-F-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²¹² En el mismo sentido ver: Votos N° 98-2009, 252-F-0 y 589-F-99 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

función y conducta del Estado en cualquiera de sus esferas, así como la tutela de los derechos e intereses de los justiciables”²¹³.

En suma, cuando se plantea el sujeto activo del daño social, se establece desde una perspectiva amplia, la cual comprende las personas físicas en su carácter individual o colectivo, así como las personas jurídicas y el mismo Estado. Lo anterior sin olvidar la relación de causalidad que debe darse siempre entre la acción u omisión de los posibles sujetos activos y el daño producido por cualquiera de estos. Es necesario que exista una relación de causa-efecto entre la acción u omisión desplegada por el sujeto activo y el daño producido en el sujeto pasivo.

2.3. La afectación colectiva

En el Estado Constitucional los derechos fundamentales son el eje central de su configuración, está compuesto no sólo por los derechos subjetivos sino también por los colectivos. En este sentido, se parte de un sistema de derechos caracterizado por una compleja estructura que garantiza sus diversas relaciones; sobre todo, ubica en un idéntico plano jerárquico los diversos tipos de derechos, otorgándoles en principio la misma protección.

Si bien ambos derechos encuentran amparo constitucional, son los referentes a la colectividad, los que en los últimos años han encontrado un mayor desarrollo doctrinario.

El daño social se ubica dentro de este contexto y es a partir de aquí donde surge el tercer elemento, en tanto en este tipo de daño la afectación ocasionada por el agente activo o productor se caracteriza por menoscabar a una pluralidad.

²¹³ Voto N° 000074-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

El sujeto pasivo lo constituye la colectividad, no hay daño social cuando se afecta a un individuo en particular, se requiere para su establecimiento de una comunidad de personas lesionadas. En este sentido, *“el daño colectivo surge de la lesión a un interés de goce o disfrute grupal, puede ser patrimonial o no. Lo importante es que su menoscabo acarrea un desmedro existencial a una colectividad de personas”*²¹⁴.

Al respecto, la autora Garrido Cordobera, refiere que los daños colectivos:

*“[...] inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. [...] no surgen de la simple suma de los daños individuales, presentan una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima de la indiscriminada lesión”*²¹⁵.

Asimismo, este colectivo afectado nos refiere al concepto de víctima o sujeto pasivo colectivo, si bien en la mayoría de los casos el término víctima nos remite a la materia penal aquí proponemos un abordaje más amplio, en tanto comprenda a los sujetos que sufren las lesiones ocasionadas por un acto de incidencia colectiva, en cualquier vía de conocimiento. Sobre esto las Naciones Unidas en su declaración de 1985 indicó que se debe entender por “víctimas”:

*“[...] a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencias de acciones u omisiones que violen la legislación [...] vigente”*²¹⁶.

²¹⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Op. cit. Pág.165.

²¹⁵ GARRIDO CORDOBERA, Ligia. Los daños colectivos y la reparación. Op. cit. Pág.56.

²¹⁶ Naciones Unidas (1985). Resolución 40/34.

Resulta importante dejar claro que los intereses tutelados por la colectividad, se caracterizan por la indivisibilidad de los beneficios derivados, lo cual es producto de la titularidad común que los sujetos comparten sobre dichos intereses. Sobre este tema nos referiremos más adelante cuando se profundice sobre la legitimación para el cobro del daño social.

Al respecto, Gil Domínguez en una interpretación más amplia acerca de la configuración de un interés con carácter colectivo; señala que para que este tenga efectos jurídicos deben configurarse los siguientes elementos:

“a) pluralidad de los sujetos que disfrutan un bien; b) una relación existente entre varios sujetos y un objeto por el que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio; c) un bien cuyo disfrute es colectivo pero que es insusceptible de apropiación individual, y d) un bien susceptible de apropiación exclusiva pero que convive en una situación de identidad fáctica que produce una sumatoria de bienes idénticos”²¹⁷.

Se debe dejar claro que “*la relación existente*” mencionada en la cita, no supone un vínculo formal o contractual, sino por el contrario, implica un simple nexo entre los sujetos a partir de un elemento común, ya sea el vivir en una determinada localidad o el ser ciudadano o ciudadana de un país, etc.

Lo fundamental de lo mencionado por el autor es que, a pesar de las diferentes características, la que comprende el eje central es la afectación de un interés cuya titularidad comprende a diversos sujetos, a un conglomerado que sufre un menoscabo con dicha lesión.

Asimismo, existen otras posiciones que parecen contradictorias, pero no son más que un complemento y justificación de lo señalado, cuando diversos autores sostienen que los intereses:

²¹⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Citado en: VERBIC, Francisco. Procesos Colectivos. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2007. Pág. 30.

“[...] colectivos no requieren reconocimiento normativo, destacando que el imperativo jurídico actual reside en recordar que la adecuada protección a toda situación (individual y grupal) digna de tutela, en función de la claridad intrínseca de los bienes y valores a defender; es decir con prescindencia de algún específico reconocimiento normativo”²¹⁸.

Plantear el tema de la colectividad, implica trascender la simple individualidad; para ubicarnos en el plano de las relaciones plurales. Lo anterior es consecuencia de los distintos paradigmas, que tanto en lo social como en lo individual integran la realidad de toda persona, así como el mundo jurídico. El individuo compone la sociedad, pero una vez que esta se conforma adquiere características propias y diferentes a las comprendidas por cada persona.

Es aquí donde adquiere relevancia el tema del bienestar social, como una garantía del Estado de tutelar los intereses valorados socialmente como relevantes para un conjunto de personas. En tanto, partimos de la existencia de un sistema axiológico que protege intereses legítimos de carácter plural. Por ello, cuando hablamos de daño social, nos referimos a la afectación de los intereses colectivos o difusos referidos a un conjunto de personas, los cuales son objeto de tutela del ordenamiento jurídico.

2.4. El deber de reparar e indemnizar

Una vez constatados los tres elementos manifestados; además del establecimiento de la relación extracontractual que surge como consecuencia del daño entre el sujeto activo (productor del mismo), el sujeto pasivo (la colectividad que soporta la afectación de sus intereses legítimos) y la afectación misma (el daño en sentido

²¹⁸ ZAVALA DE GONZALEZ. Citado en: Ídem. Pág. 30.

estricto); se configura el cuarto componente del daño social, el cual consiste en el derecho de los lesionados a recibir la reparación integral de los daños y la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron.

La figura del daño social, en nuestro ordenamiento se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución Política, al plantear el derecho de los ciudadanos costarricenses de vivir en un ambiente sano, lo cual comprende una serie de bienes colectivos. La misma Sala Constitucional²¹⁹ los reconoce al otorgarles una amplia tutela; entre ellos, se tiene el derecho de vivir en un espacio que garantice de bienestar social.

Procurar este bienestar posibilita integrar un complejo de condiciones que configuran la base de la cohesión social dentro de un entorno colectivo. Por lo tanto, su ausencia genera la insatisfacción de las personas al imposibilitar el pleno desarrollo de sus intereses, los cuales deben ser tutelados en la vía jurisdiccional.

Lo anterior encuentra fundamento en el artículo 41 constitucional, ya que si alguno de estos derechos fuere lesionado, la Constitución nos otorga la garantía de encontrar una justa reparación por los daños que han sido ocasionados.

Al respecto, la Sala Primera ha referido que *“se impone el deber de resarcimiento, en virtud del principio de reparación integral del daño que se desprende del numeral 41 de la Constitución Política”*²²⁰.

Asimismo, la Sala Constitucional ha dicho que:

“[...] el numeral 41 de la Constitución Política establece un derecho fundamental resarcitorio a favor del administrado que haya sufrido una lesión antijurídica por un ente – a través de su funcionamiento normal o anormal o su conducta lícita o ilícita- y la

²¹⁹ Ver: Votos N° 3705-1993 y 132-1999 de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²²⁰ Voto N° 000074-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

obligación correlativa, de éste de resarcirla o repararla de forma integral, el acceso a la jurisdicción previsto en este mismo precepto constitucional, se convierte, así en un derecho instrumental para asegurar, forzosamente, el goce y ejercicio del derecho resarcitorio de damnificado cuando el sujeto obligado a la reparación incumpla voluntariamente con la obligación referida”²²¹.

Dichos artículos recuerdan la tutela constitucional de los derechos, garantías individuales y sociales y, la necesidad de su efectiva reparación, como consecuencia de ello. Si bien la reparación y la indemnización son una consecuencia del daño provocado, lo relevante es que se configuran como un derecho constitucional que tiene todo ser humano y colectivo de encontrar un justo resarcimiento de los daños que le fueron causados.

3. Manifestaciones del daño social

Como indicamos en su concepto, el daño social puede tener una dimensión material y otra inmaterial. En cuanto a estas, cabe indicar sin duda alguna que la más importante, por tener relación directa con el aspecto central es su manifestación inmaterial; pues tiene que ver en forma más directa con la afectación de los intereses o bienes sociales, y la repercusión del menoscabo de estos a nivel de la colectividad.

No obstante, es pertinente hacer referencia también a la manifestación material, que puede darse como consecuencia del hecho dañoso, en algunas situaciones, ante lo cual resulta necesario su conocimiento.

²²¹ Voto N° 5207-2004 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

3.1. Manifestación material: el daño social patrimonial

La manifestación material se presenta normalmente como consecuencia directa del actuar dañoso; la constituye el menoscabo a intereses valorables económicamente. Así, nace un daño social patrimonial, constituido por un daño emergente, entendido como el menoscabo patrimonial que sufre la colectividad y, eventualmente, por un lucro cesante, que lo constituirán las ganancias que deje de percibir, o la frustración de un beneficio que esa pluralidad de sujetos pudo obtener de no acaecer el resultado dañoso.

Resulta más claro ver esta dimensión con un ejemplo. Supongamos un sitio en donde se ubique un monumento declarado patrimonio histórico y además, sea un destino turístico importante, el cual está a cargo del gobierno local y de los ciudadanos del sitio donde se ubica. Constituye una fuente importante de ingresos para la comunidad. Si fuera dañado como consecuencia de un siniestro intencional, en el cual se lograra individualizar a los responsables, estos deberán responder por la dimensión patrimonial del daño, que comprendería los daños causados al monumento, el costo de su restauración (daño emergente) y, eventualmente, el monto que la comunidad deje de percibir por concepto de turismo o la disminución de la afluencia turística, mientras dure la restauración del mismo (lucro cesante). Adicionalmente, sería responsable por la dimensión extrapatrimonial, la cual explicaremos de seguido.

Hay quienes podrán pensar que los titulares de los intereses difusos o colectivos no son los titulares del daño social directo de contenido patrimonial. No obstante, el determinarlo, dependerá del caso en concreto, la colectividad podrá serlo o no. Aunque en la mayoría de los supuestos existirá un bien colectivo de contenido patrimonial que deba repararse. Al respecto nos permitimos recordar lo sostenido por el autor Rivero, para quien el daño:

"[...] abarca tanto el menoscabo a objetos patrimoniales en sentido estricto, como la lesión a derechos 'ideales' [como los intereses difusos y colectivos], que carecen en primera instancia de un valor patrimonial en sentido estricto, pero de cuya lesión puede derivarse un daño valorable o medible en dinero"²²².

Lo anterior implica que el daño social puede recaer también en derechos extra patrimoniales que acarreen de manera mediata un daño material valorable pecuniariamente o bien, intereses que contengan valores económicos y puedan valorarse también en ese sentido.

3.2. Manifestación inmaterial: el daño social extrapatrimonial

El daño social tiene también una dimensión inmaterial, la cual por la naturaleza transindividual de los bienes afectados es la manifestación más importante. De forma general, el daño extrapatrimonial es aquel que no tiene que ver con una disminución patrimonial, ni económica, ni tampoco ha demandado gastos de este tipo a las víctimas; pues se trata de una lesión a valores, bienes o intereses fundamentales de los individuos al ser parte de una colectividad y, que por su naturaleza, no son apreciables económicamente.

Puede verse entonces el daño social como un daño moral sufrido colectivamente, porque el daño social en sí es también el detrimento de un interés moralmente extrapatrimonial.

Para continuar con el ejemplo anteriormente dado, en aquel escenario, la manifestación extrapatrimonial del daño social consistiría por ejemplo, en la lesión que se le causa a la comunidad por la destrucción de un monumento símbolo del lugar donde se ubica y patrimonio histórico de la zona, con el cual la población tiene cierta identificación histórica y cultural. Adicionalmente, podría serlo

²²² RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. Op cit. Pág. 86.

también las repercusiones económicas y turísticas negativas que hayan sobrevenido como consecuencia del actuar dañoso presentándose un malestar de inseguridad económica en los ciudadanos, entre otros.

Con ello, el daño social en su manifestación extrapatrimonial puede percibirse como un daño moral colectivo, en el cual, como bien lo indica el autor Peña:

“[...] el afectado ya no es una persona física o jurídica en su esfera individual, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significancia vital, tales como la paz, tranquilidad anímica, libertad individual, integridad física, el honor y los más caros afectos, por ello, el primer damnificado lo es la sociedad en su conjunto o bien, una generalidad indeterminada, sin perjuicio de que simultáneamente, también pueda resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos del grupo”²²³.

De igual forma opina Lorenzetti²²⁴ al sostener que el primer y principal damnificado es la sociedad en su conjunto o bien, una generalidad indeterminada de individuos, sin perjuicio de que estos puedan resultar afectados también en su esfera individual por ser componentes de ese grupo y además, por serlo, cuenten con una personalidad moral con una “esfera social”, integrada por los bienes de incidencia colectiva.

Con base en lo anterior, el autor Peña indica que el daño moral extra patrimonial, o como él lo llama el daño moral colectivo puede definirse como:

“[...] aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a [la] lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra [de] un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí

²²³ PEÑA CHACÓN, Mario. El daño moral colectivo. Inédito. San José, Costa Rica, 2010.

²²⁴ LORENZETTI, Ricardo L. Responsabilidad Colectiva, grupos y bienes colectivos, En: PEÑA CHACÓN. Op. cit.

mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión"²²⁵.

Es importante hacer la distinción que según Galdós²²⁶, el daño social extrapatrimonial es un quebranto de los intereses plurales de un conjunto o categoría de sujetos, el cual puede tener a su vez dos dimensiones: una objetiva y una subjetiva.

En la objetiva el factor esencial es que la incidencia del daño es colectiva, la lesión a los bienes colectivos o públicos no podrá ser nunca compartida de forma individual o exclusiva. Y, la subjetiva, más bien refiere a la difusión del daño entre varios sujetos, que pueden estar vinculados o no jurídicamente y, recae sobre un bien o interés compartido por todos y lo suficientemente relevante a nivel social como para unir a ese grupo a causa del daño.

Esta distinción recuerda que cuando el daño social es provocado puede recaer en intereses difusos o bien en intereses colectivos.

Lo que puede alegarse con respecto a este daño es que su reparación es difícil debido a que la estimación pecuniaria es compleja y de ardua actividad probatoria dentro del proceso. Al respecto, es importante señalar que si bien estos argumentos son ciertos, el daño no debe repararse siempre por medios pecuniarios; pues según el caso son válidos otros medios de reparación, como veremos más adelante, lo que se busca es la preservación del bien colectivo y no, necesariamente, esto se logra siempre por medios económicos, máxime en materia de intereses difusos y colectivos donde la mayoría de los derechos que se resguardan son de carácter incorporal y extra patrimonial.

²²⁵ PEÑA CHACON, Mario. Op. cit.

²²⁶ GALDOS, J.M. Citado en: PEÑA CHACON, Mario. Op. cit.

4. Sobre legitimación para reclamar el daño social y algunos cuestionamientos relacionados

Una vez claro el concepto y las dimensiones que puede abarcar el daño social, resulta pertinente cuestionarse quiénes son los legitimados procesalmente cuando el objeto del proceso es la constatación de este daño y su reparación. La interrogante surge en dos sentidos, el primero de ellos va orientado a establecer los parámetros de la legitimación con base en la normativa vigente y, el segundo, se dirige la crítica de esta misma normativa y una propuesta para su mejor regulación, adaptada a las necesidades de una figura de incidencia colectiva.

Anteriormente se indicó que la legitimación alude a la capacidad de uno o varios sujetos físicos o de una persona jurídica u otro tipo de entidad como las estatales, para formar parte de un proceso y actuar jurídicamente; ya sea por medio de una legitimación activa, cuando el sujeto se encuentra en una condición tal que al amparo de la ley le corresponde la tutela jurídica de sus derechos o intereses. Esto último, le otorga la facultad legal para actuar en procesos jurisdiccionales accionando la vía para la protección y resguardo de sus derechos, por ser los titulares de ellos. O bien, mediante la legitimación pasiva, la cual incumbe a la persona física o jurídica, o entidad a la cual se le demanda la tutela del derecho por medio del proceso judicial. Lo anterior ha sido establecido también en nuestra jurisprudencia, la cual indica que:

“[...] la legitimación es, el concepto que en el proceso nos sirve para determinar quién o quiénes pueden ejercitar una pretensión determinada -legitimación activa- y frente a quién o quiénes tiene que producirse -legitimación pasiva-”²²⁷.

²²⁷ Voto N° 2305-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

4.1. Apuntes sobre la legitimación pasiva y el daño social

La legitimación pasiva en el caso del daño social va a ser del sujeto o sujetos contra los cuales se dirige la acción civil resarcitoria accesoria al proceso penal. El sujeto pasivo es aquel que:

“[...] en la materia específica del proceso (objeto procesal) es el destinatario de la pretensión; es decir, aquél en contra del cual se aspira el reconocimiento del derecho subjetivo de someterlo a cumplimiento, que petitiona el actor civil invocando el derecho de fondo, cuya actuación en el caso concreto demanda”²²⁸.

Serán entonces los demandados civiles en la acción y, por lo tanto, los sujetos pasivos de la pretensión resarcitoria del daño, en virtud de haber sido los autores o partícipes del hecho punible (responsables directos), o bien, por ser terceros civilmente responsables (responsables indirectos), de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del Código Procesal Penal²²⁹.

4.1.1. *Autores y partícipes del hecho punible*

Los autores del hecho punible resultan legitimados pasivamente en la acción civil resarcitoria por daño social, en tanto son quienes han cometido el ilícito por sí o sirviéndose de otro u otros, causando el daño a los intereses difusos o colectivos.

Por su parte, los partícipes también pueden resultar demandados civiles, por su condición de imputados en la acción penal, al igual que los autores. Dentro de estos se encuentran los individuos que hayan participado del delito con resultado dañoso a intereses difusos o colectivos, como instigadores (persona que intencionalmente determina a otra a la comisión de un hecho punible) o como cómplices (persona

²²⁸ MORA. Citado en SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. Op. Cit. Pág. 91.

²²⁹ Ver supra nota 173.

que presta al autor o coautor ayuda o cooperación para la realización del hecho punible).

En virtud de esta participación y para efectos de la acción civil resultan como sujetos responsablemente solidarios con los autores del hecho con respecto a la obligación resarcitoria del daño social.

Se demanda a estas personas porque son quienes generalmente han causado el daño y, por lo tanto, han hecho nacer para ellas el deber jurídico de reparar el daño social ocasionado. Por esta razón se les imputa una responsabilidad subjetiva extracontractual, aunque podrá ser también como veremos más adelante, una responsabilidad objetiva.

En ambos casos, tanto en los que los legitimados pasivamente son los autores o coautores, como en el caso de los partícipes, la responsabilidad por el daño social que en el proceso se reclama de ellos es individual:

"[...] ya que, aunque intervengan varios sujetos en forma conjunta, la responsabilidad puede ser individual por estar perfectamente identificados los sujetos causantes del hecho ilícito. Así, pues, podemos señalar la intervención conjunta o común, en la cual son varias personas las que cooperan para la producción del conocimiento. Ello puede llevarse a través de la coautoría o de una mera participación. En la intervención acumulativa o concurrente, varios sujetos intervienen ejecutando actos independientes entre sí, pero llegan a producir el mismo resultado que se habría alcanzado de forma aislada"²³⁰.

²³⁰ GESUALDI, Dora M. Daño Colectivo. Moderno. En: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián, y WAJNTRAUB, Javier Hernán. Instituciones de Derecho Privado Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot. Pág. 39.

4.1.2. Terceros civilmente responsables

De acuerdo con el autor Martín:

“[...] será posible que, en el proceso civil acumulado al penal, aparezca como demandado alguien que no sea imputado, puesto que legitimado pasivamente lo estará también aquél, distinto de éste, frente al que se interponga la pretensión restitutoria/resarcitoria. Como es sabido, la responsabilidad civil, a diferencia de la penal, no es personal, por lo que cabe exigirla a un tercero, es decir, a quien no es responsable penal de los hechos”²³¹.

Entonces, son las personas que de acuerdo con la ley responden por el imputado del daño derivado de un delito, quienes corresponden con la idea de la responsabilidad objetiva, para la cual no es necesario la existencia de la culpa, sino que es necesario solamente la existencia de una responsabilidad legal. Es la obligación de responder por las consecuencias del hecho dañoso²³².

En estos casos, para asegurar la reparación no es necesario que el responsable del daño social se encuentre plenamente identificado, a diferencia de los casos anteriores: pues la acción se interpone contra un sujeto distinto de los autores o partícipes y cuya responsabilidad se deriva en algunos casos de responsabilidad objetiva, la cual prevé el ordenamiento civil o la jurisprudencia nacional. Ejemplos de estos casos se dan cuando una:

“[...] persona física o jurídica colectiva [...] responde por los daños que de forma ilícita han causado otras personas que se encuentran bajo su cuidado, quedando obligadas a resarcir o restituir el daño causado por el imputado”²³³.

²³¹ MARTÍN. Citado en: SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. Op. cit. Pág.97.

²³² MÉNDEZ ZAMORA, Jorge. Op. cit. Pág. 53.

²³³ Ídem. Pág. 53.

Ejemplos de lo anterior se dan en los casos en donde los padres responden por los daños causados por sus hijos, la responsabilidad de los directores de centros educativos o la de los patronos respecto de sus subalternos, correspondientes a la responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*.

Otras posibilidades de terceros civilmente responsables las configuran personas jurídicas, cuando sus gerentes, administradores o personeros que ante la ley sean los responsables del hecho punible que ocasiona lesiones a los intereses sociales y el Estado, cuando sus instituciones o municipalidades respondan solidariamente por el daño social causado por funcionarios con motivo del desempeño de su cargo.

No será así, cuando la actividad dañosa a los intereses difusos o colectivos se realice fuera del límite de las funciones del funcionario o con ocasión de estas para un beneficio personal, o aprovechándose de su condición, como en el caso “CCSS-Fischel”, ante lo cual no será posible atribuirle al Estado responsabilidad alguna²³⁴. El Estado puede estar involucrado pasivamente en una acción civil resarcitoria, como tercero responsable por los actos de sus funcionarios que lesionen los intereses colectivos y difusos, como ya indicamos.

Ante este panorama, surgiría un conflicto de intereses; pues el responsable de reparar es el Estado y quien ejerce la acción contra este, es el mismo Estado por medio de la Procuraduría. No obstante, es pertinente recordar que en los casos de daño social y de tutela de intereses colectivos y difusos, la Procuraduría actúa como un representante de los intereses de la colectividad por mandato legal y no como un mandante en representación de los intereses del Estado, ante lo cual lo esperable es que este órgano represente dichos intereses con total imparcialidad y velar igualmente, por el mantenimiento del bienestar social.

²³⁴ Ver: Artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública, el cual establece faltas de los funcionarios que se consideran como personales y por lo tanto eximen a la Administración Pública de toda responsabilidad. Artículo 191: La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes de su cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.

Puede surgir la responsabilidad de un tercero por el daño social en los casos en que la responsabilidad surja por la creación de un riesgo, como veremos más adelante.

4.2. Apuntes sobre la legitimación pasiva y el daño social

Al apartarse de la normativa vigente para la regular la acción civil por daño social, es fundamental mencionar que al basarse en el artículo 41 de la Constitución y el numeral 1045 del Código Civil, los legitimados pasivos con respecto al daño social no son solamente los ya mencionados, por haber causado o tener relación con el hecho punible que causó la lesión a los intereses sociales, debido a que el daño social puede ser causado por hechos ilícitos no punibles (ilícitos civiles) o bien, como consecuencia de hechos lícitos que tienen un resultado dañoso, ante lo cual la legitimación pasiva será de todo aquel que cause un daño a otro. Y, por consiguiente, si resultara parte en un proceso judicial, en otra vía (distinta de una acción civil) en cual que se les reclame la reparación del daño, deberán responder por los menoscabos causados.

Lo anterior implica que la lista de posibles legitimados pasivamente no es taxativa, cuando se piensa que el reclamo por daño social puede hacerse en otras jurisdicciones y al amparo de normativa distinta de la procesal penal.

4.3. La legitimación activa para reclamar el daño social conforme a la normativa vigente

La legitimación activa es aquella con la cual se faculta a los titulares de derechos o intereses a accionar la vía judicial, en tutela de estos. Respecto de la legitimación activa en las acciones civiles, el autor Méndez indica que:

“[...] el concepto de persona legitimada para actuar como actor civil no solo comprende el ofendido como sujeto pasivo del hecho delictivo, sino cualquier persona que sufre un perjuicio personal e incluso colectivo de orden moral o patrimonial”²³⁵.

Como bien lo hemos indicado, en lo que al daño social se refiere, la Procuraduría General es el órgano que actualmente ostenta la legitimación exclusiva para el ejercicio de la acción civil resarcitoria por daño social. Aspecto ratificado por nuestros tribunales mediante la sentencia 390-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial.

La legitimación de la Procuraduría General consiste en una delegación de la ley dada por el artículo 38 del Código Procesal Penal y del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General, para actuar como actor civil en pro de la tutela de intereses pertenecientes a la colectividad. Dicha ley le concede amplias facultades a la Procuraduría para la defensa de intereses colectivos o difusos; busca la reparación de los daños a éstos que se evidencian cuando se afecta a una masa social, a una colectividad en sus condiciones de vida. Al respecto de la legitimación de la Procuraduría, el autor Méndez aclara que:

“[...] su actuación debe estar dirigida a proteger los intereses colectivos y difusos, y en consecuencia la indemnización exigida solo puede tener como fin la reparación del daño causado a la sociedad como una colectividad de personas, pero nunca la reparación individual entre quienes resulten perjudicados”²³⁶.

La posibilidad de representación que en estos casos ejerce la Procuraduría, la ha reconocido también el Tribunal de Casación²³⁷, el cual sostiene que solamente es necesario un escrito en donde el Procurador General autorice a alguno de los

²³⁵ MÉNDEZ ZAMORA, Jorge. Op. cit. Pág. 37.

²³⁶ *Ibíd.* Pág. 43.

²³⁷ Ver: Voto N° 763-F-98 del Tribunal de Casación Penal, de 21 de diciembre de 1998, San José, Costa Rica.

abogados de ese órgano para actuar en el proceso penal, no es necesario un mandato con los requisitos del Código Civil.

La amplitud de la intervención de esta entidad en los casos de daño social puede ser tal que, incluso realicen conciliaciones o autoricen medidas alternativas al proceso penal, en virtud de su autonomía e independencia funcional en las materias propias de su competencia, como en el tema que nos ocupa, sin que en el ejercicio de sus funciones esta entidad se vea compelida a la autorización, directrices o criterios de otros órganos de la Administración²³⁸.

Si bien la Procuraduría ostenta estas facultades cuando de daño social se trata, existe otra posibilidad para la legitimación activa en virtud del artículo 70 del Código Procesal Penal, el cual abre el portillo para que asociaciones, fundaciones y otros entes, ejerzan la acción civil en casos de delitos que afecten intereses difusos o colectivos vinculados directamente con el objeto de la agrupación. Acción en la que no podrán buscar propiamente la indemnización de los daños y perjuicios, sino solamente la reparación del daño, la restitución de las cosas a su estado originario; ya que si no se estaría admitiendo para estas agrupaciones la posibilidad de un enriquecimiento sin causa, por medio del acrecentamiento de su patrimonio a través del reclamo de la indemnización de daños y perjuicios, lo cual no sería acorde a Derecho.

4.4. Algunas críticas respecto de la legitimación activa relacionada con el daño social

El propósito de la existencia en nuestro sistema jurídico de una figura con las características como las que posee el daño social, consiste en tutelar de manera efectiva los intereses difusos y colectivos, al considerar que por distintas

²³⁸ Ver: Voto N° 10354-2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

situaciones pueden resultar menoscabados. Lo dicho, resalta la importancia de dicha figura en un Estado de Derecho como el costarricense.

Por esta razón, su reclamo no debe mantenerse en un ámbito tan restringido como lo está actualmente, sino que por el contrario, los parámetros de legitimación activa para su reclamo debe ampliarse en los sujetos habilitados para tal efecto y en las vías en las cuales puede ser pretendida su reparación. Esto por cuanto;

“[...] en un mundo amenazado por el riesgo de extinción o de detrimento significativo para la vida, se desdibuja y rectifica la calidad 'personal' o 'propia' de ciertos intereses. Estos no 'pertenecen al sujeto en el sentido clásico (como algo estrictamente suyo), y sí sólo de un modo diluido, desparramado entre él y muchos otros. Su titularidad se fragmenta entre una cantidad de indefinidos sujetos particulares, a veces con potencial repercusión en seres todavía inexistentes (el llamado 'daño a la tercera generación') y saltando, en suma, tiempos y fronteras”²³⁹.

Si la titularidad de estos bienes corresponde a todos, la legitimación para tutelarlos y reclamar su reparación debe otorgársele igualmente a todos, de lo cual nace una de las principales objeciones a la regulación actual de daño social.

Una de las críticas a la regulación actual a la legitimación activa, consiste en que esta, al ser exclusiva de la Procuraduría General (y en ocasiones de asociaciones, fundaciones y otros entes) contraría el principio constitucional del artículo 50, el cual establece el derecho de toda persona a reclamar el daño social, al indicar que *“toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado”*.

²³⁹ CAFFERATTA, Néstor A. Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo. En: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xnPRdmtz8BUJ:aplicaext.cjf.jus.br/hpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2005/textos/nelstor1.doc+daño+moral+colectivo&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr. Consultada el 4 de abril de 2010.

Dicho artículo, establece un derecho general para todos los ciudadanos de velar por la protección del Derecho al Ambiente y de ejercer la acción correspondiente cuando sea dañado. Respecto del cual la jurisprudencia costarricense ha indicado que:

“en tratándose del Derecho al Ambiente, la legitimación pertenece al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular”²⁴⁰.

En el mismo sentido, la Sala Constitucional ha mantenido la siguiente postura en relación con la legitimación, en los casos del artículo 50 de la Carta Magna:

“[...] el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse, en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derecho o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas de derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran. [...] el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero ‘derecho reaccional’, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para ‘reaccionar’ frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimas. [...] Ese concepto de interés difuso tiene por objeto desarrollar una forma de legitimación que en los últimos tiempos ha constituido uno de los principios tradicionales de la legitimación y que se ha venido abriendo paso, [...] como último ensanchamiento, novedoso pero necesario, para que esa fiscalización sea cada vez más efectiva y eficaz”²⁴¹.

²⁴⁰ Voto N° 503-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, San José, Costa Rica.

²⁴¹ Voto N° 2331-1996 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Resulta evidente que es necesario ampliar la legitimación para actuar en defensa y pretender la reparación de los daños causados a intereses difusos y colectivos; dejando atrás la exclusividad que señala la ley, en la cual se otorga legitimidad para ejercitar este derecho reaccional o de acción a una entidad estatal.

Ante una posible ampliación es necesario establecer las diferencias en cuanto a la legitimación, según de si se trata de un interés colectivo o bien, de uno difuso. Al tratarse de los colectivos, lo característico es que pertenecen a un grupo o categoría de personas determinadas o determinables, entre las cuales normalmente existe un vínculo, el cual puede ser jurídico, como en el caso de las asociaciones o de otro tipo, normalmente relacionado con el interés dañado. En caso de ser un grupo legalmente constituido, ya la ley le otorga la facultad de representación de ese grupo, como lo hemos señalado, para la defensa del interés. En caso, de que este grupo no esté organizado jurídicamente, cualquiera de sus miembros podrá ostentar la representación de la colectividad.

Sin embargo, los esfuerzos de quien represente esta colectividad deben estar orientados a la representación institucional del conjunto y no a la representación individual de cada una de las personas físicas que conforman el grupo. Ni tampoco persigue la reparación de la suma de derechos individuales, sino que busca la tutela y protección de intereses colectivos.

Al hablar del caso de los intereses difusos, la situación a nivel jurídico cambia un poco; pues por las características propias de los intereses difusos, la determinación de los titulares de los intereses para establecer la legitimación resulta un tanto difícil. Dichos interés pertenecen la colectividad en su conjunto, a una serie de personas que están completamente indeterminadas y entre las cuales no media ningún vínculo jurídico, sino que la afectación se da como consecuencia de razones de hecho, como por ejemplo: ser consumidores de un mismo producto o aspectos relacionados con la conservación del ambiente o el patrimonio cultural.

Por consiguiente, una posible solución en nuestro sistema, para su tutela y que va de la mano con la ampliación de la legitimación, puede ser el implementar en nuestra jurisdicción de acciones populares o de clase, las cuales son aceptadas en otras legislaciones dando buenos resultados. Este tipo de acciones no han sido aceptadas ni en nuestra legislación ni jurisprudencia, por lo cual consideramos que este punto requiere un examen más detallado, que será objeto del tercer título de la presente investigación.

En síntesis, en cuanto a la legitimación activa para el reclamo del daño social, es imperante una ampliación de la titularidad del ejercicio de la acción en el proceso penal o bien, recurrir a otras vías. Aunque, para esto será necesario atender ciertas condiciones.

Una de estas condiciones alude a que quien accione no puede pretender la reparación del daño ni la indemnización de los perjuicios para sí mismo. Su actuar debe estar dirigido a reclamar la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios (en caso de corresponder) para la colectividad afectada; pues de lo contrario, se configuraría un abuso de derecho consistente en la búsqueda de un beneficio personal, aprovechándose de una situación de daño al bienestar social. Es decir, quien recurra no podrá pretender, pedir o recibir nada para sí en lo personal, con la salvedad de las costas procesales, por haber llevado a cabo el proceso. De esta forma, se garantiza que lo que se reciba como producto del proceso estará destinado exclusivamente a la reparación del daño social causado.

Otra de las condiciones, debe consistir en que en este tipo de procesos, donde están en juego los intereses sociales, se deben restringir las medidas de resolución alterna de conflictos como la conciliación; salvo que quien intervenga en la acción sea la Procuraduría General, por ser esta un órgano representante del Estado y de los intereses difusos y colectivos en los casos en donde lo establece su ley orgánica, tiene el deber de garantizar, defender y preservar esos intereses.

Esta restricción tiene sentido, en razón de que no es posible que un sujeto decida, en nombre del grupo, la reparación que debe darse al daño, o bien que pretenda por este medio un beneficio personal.

5. *Distintas vías para el reclamo del daño social*

El Estado Constitucional de Derecho plantea como uno de sus postulados centrales el respeto y reconocimiento, en cualquier vía procesal, de la fuerza normativa de las reglas contenidas en la norma constitucional. Es por ello que:

“[...] mostrar que en un Estado constitucional de derecho la regla de reconocimiento constitucional como norma jurídica fundamental es el ápice axial, obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político, y vincula por igual a la totalidad de los órganos de poder y a los particulares, tanto cuando el Estado se relacionan con los particulares como cuando éstos se relacionan entre sí”²⁴².

Nuestro país al encontrarse bajo el régimen del Estado Constitucional de Derecho y al contener la tutela de los derechos difusos y colectivos en la Constitución Política, específicamente en su artículo 50; pone en vigencia los presupuestos antes señalados, en tanto a estos derechos colectivos se les otorga fuerza normativa procurando así, su protección y garantizando su efectivo cumplimiento.

Aunado a ello, se encuentra el artículo 41 de la Constitución Política, el cual plantea la reparación integral de los posibles daños que una persona o colectivo pueda sufrir, con lo que se amplía aún más la tutela de estos derechos referentes a una pluralidad de personas.

²⁴² BIDART, Germán. Citado en: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Op cit. Pág. 150-151.

Con lo anterior, se configura un conjunto de normas de orden público, el cual establece una base mínima a partir de donde se constituye un marco de protección que garantiza la tutela absoluta y efectiva de los derechos colectivos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en su origen constitucional. Todo ello dentro del Estado Constitucional de Derecho, en tanto:

“[...] el punto de encuentro examinado permite señalar que existen mínimos esenciales que posibilitan la viabilidad de una determinada estructura o sistema respecto de la defensa de la fuerza normativa de la legalidad constitucional. Si partimos de la base de que la legalidad constitucional es una conquista superadora del paradigma desarrollado por el Estado constitucional de derecho con relación a otros modelos, la defensa de su fuerza normativa constituye un presupuesto básico a partir del cual se construye el mencionado sistema. De lo contrario, el principal rasgo definitorio y sostén quedaría diluido en el marco estructural, y las otras cualidades y objetivos planteados alrededor de la idea de fuerza normativa constitucional perderían sentido”²⁴³.

Dentro de este contexto, se debe comprender y enmarcar la figura del daño social, al amparar los derechos e intereses con carácter plural, los cuales son fundamentales para una sociedad; configuran su sistema axiológico y los principios centrales que le dan origen y que posibilitan el orden social.

Como consecuencia de lo mencionado, proponemos que el daño social por su fundamento constitucional y por su importancia colectiva, pueda ser conocido en cualquier vía procesal, ya que con ello se garantiza el bienestar social. No sólo debe ser abordado e indemnizado en la vía penal, como bien se establece de manera expresa en el artículo 38 del Código Procesal Penal, lo que cumple con el principio de tipicidad esencial en esta materia, vía procedente cuando surge este daño como consecuencia de un hecho punible. Sin embargo, ¿qué sucede cuando no es consecuencia de un delito?; por ello, resulta imprescindible ampliar su cobro en

²⁴³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Op cit. Pág. 152.

otros tipos de procesos, pues se trata de garantizar y tutelar derechos regulados constitucionalmente.

Bien podría pensarse que su cobro resulta improcedente en otras materias por no encontrarse regulado de manera expresa. Sin embargo, por su fundamento constitucional, consideramos que sí es posible hacerlo, sin que esto sea contrario al ordenamiento jurídico. Lo anterior, porque se protegen derechos constitucionales que con su afectación lesionan a un gran número de personas. Asimismo, cuando estos derechos e intereses sean contrariados, surge como consecuencia de ello, la garantía constitucional del artículo 41, el cual otorga reparación integral de los daños causados a esa colectividad.

Por tanto, no es el procedimiento utilizado lo que debe garantizar la tutela de estos derechos, sino más bien, dicha tutela debe ser garantizada por ser un derecho estructural del Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto Gil Domínguez, plantea que sobre este tema:

“[...] que se ubica en la faz estructural del modelo y no en el ámbito procedimental que garantiza su eficacia. Si partimos de la base que un habitante comparte con todos los demás la titularidad de un derecho colectivo cuyo objeto es la defensa de la legitimidad constitucional, la legitimación que habilitarían a cada uno, a cualquiera y a todos para activar los respectivos procesos judiciales provendría de la propia regla de reconocimiento constitucional. Una vez establecida en el ámbito estructural la existencia de un derecho colectivo con estas características, se llega, como consecuencia lógica a la afirmación que desde el espacio procedimental deben habilitarse los respectivos procedimientos judiciales (ordinarios o constitucionales) que garanticen su eficacia”²⁴⁴.

Se podría entonces cobrar el daño social en cualquier vía procesal, en tanto se constate una afectación de los intereses colectivos o difusos, una afectación a la

²⁴⁴ Ibid. Pág. 155.

colectividad y se cumplan con los elementos esenciales que conforman esta figura²⁴⁵. En principio, todas las distintas jurisdicciones son aptas y competentes para conocer e indemnizar el daño social, en tanto se configure en sus materias específicas. Lo procedimental está sujeto a lo estructural, lo cual encuentra sentido, al referirse al debido proceso como pilar fundamental de nuestro sistema procesal, ya que

“[...] comprende como premisa esencial el derecho de acceder al órgano jurisdiccional en procura de obtener una decisión fundada que dirima el conflicto en que los individuos pudieran verse envueltos. [...] El acceso a la justicia es el principio fundamental de todo sistema jurídico que establece la necesidad de que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado”²⁴⁶.

Lo anterior tiene una importante incidencia en la búsqueda de una justa indemnización por los daños sufridos, como en el caso que nos ocupa del daño social; sin que para obtener dicho acceso deba existir un procedimiento o norma específica que posibilite su cobro.

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, ha sostenido que debe traducirse como *“la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreta”²⁴⁷.*

Lo anterior no hace más que otorgarle un mayor fundamento a lo propuesto; pues el cobro del daño social responde a derechos constitucionales, lo cual nos remite a

²⁴⁵ Ver Título II, Capítulo II apartado segundo.

²⁴⁶ VERBIC, Francisco. Op. cit. Pág. 52.

²⁴⁷ Ver: Informe del 29 de setiembre de 1999, Caso N°10.194. Considerando 57. Cita que interpreta el artículo 25b de la Convención Americana de Derechos Humanos que expone “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

los principios como el debido proceso y al acceso a los tribunales que posibiliten la reparación de la afectación causada.

Desde nuestra perspectiva, se puede cobrar la reparación y la indemnización de este daño no sólo en la vía penal, sino también en la civil, en la ambiental, en la vía contencioso administrativa, entre otras; dependerá del objeto del proceso y del agente productor del daño²⁴⁸.

En lo que respecta a la vía civil, su cobro encuentra fundamento en lo referente a los daños, en tanto el daño social debe ser indemnizado dentro de la normativa de los artículos 1045 del Código Civil y 1048 del mismo cuerpo normativo, así como las disposiciones jurisprudenciales acerca de la responsabilidad extracontractual objetiva. En esta vía debe comprenderse como un daño más que debe ser reparado.

En la vía ambiental, proponemos que puede cobrarse tanto con ocasión de un delito ambiental, así como por la creación de un riesgo creado a los recursos naturales y, por tanto, tiene implicaciones sociales, configurando el daño social. En esta vía el tema del daño a la colectividad ha sido discutido y por lo tanto su cobro se facilita, al evidenciar un criterio más amplio y flexible cuando se trata de la defensa de los derechos ambientales.

Mientras que en la vía contenciosa administrativa, consideramos una mayor dificultad para su cobro; sin embargo es la única vía posible para la reparación e indemnización por daño social cuando el agente productor del mismo es el Estado.

Es importante tener presente que los ejemplos antes señalados no son más que una muestra de las vías y posibles aplicaciones de la figura del daño social en nuestro país. Por ello, en el Título Tercero de la presente investigación se ahondará con más detalle y especificidad todo lo relacionado en los tipos de procesos señalados y otros, en los cuales es posible el cobro indemnizatorio por daño social.

²⁴⁸ Ver sobre el tema: Título III de la presente investigación.

Más allá de las finalidades garantistas señaladas, la tutela de los derechos colectivos conllevan una gran ventaja de índole práctica. Permiten lograr una economía procesal en el sistema de justicia. La posibilidad de substituir un conjunto de acciones individuales por una de carácter colectivo, facilita el ahorro de tiempo y dinero, pero sobre todo, produce mucho beneficio para la sociedad en su conjunto.

Si bien puede parecer ilimitado su cobro, consideramos que no es así, pues se puede pedir, en cualquier vía, la reparación por daño social si se cumplen los presupuestos esenciales que lo configuran. El más importante es el carácter colectivo de la afectación producida, si la acción u omisión lesiona a un conjunto de personas, es posible solicitar la indemnización por este tipo de daño.

6. Responsabilidad Civil por daño social

Como bien se analizó, en capítulos anteriores, una vez que se ha constatado y demostrado el daño, surge la responsabilidad, ello por parte del agente que lo produce. Cuando se expone el tema del daño social, planteamos que nace la responsabilidad civil extracontractual, ya sea en su carácter subjetivo u objetivo. Dicha responsabilidad, refiere a los distintos sujetos activos que pueden configurar una afectación a la colectividad, sean las personas físicas, las personas jurídicas o el mismo Estado. Este tipo de responsabilidad, si bien ya fue abordado, consideramos importante retomar algunos aspectos que la caracterizan, con el fin de garantizar una mejor comprensión de la figura en estudio.

El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual por cuanto:

“[...] el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante, susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye un menoscabo [...]. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado”²⁴⁹.

Se debe tener claro que la responsabilidad civil nace de la atribución o vínculo entre un sujeto con un determinado comportamiento (activo u omisivo) dañoso, o de una actividad con implicaciones negativas para otro u otros sujetos.

La responsabilidad puede ser contractual o extracontractual en tanto:

“[...]provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás [...] Por su parte, la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social”²⁵⁰.

Respecto a la primera, se da cuando existe un incumplimiento en una relación que se configuró previamente, la responsabilidad surge dentro de ese vínculo preexistente. Mientras que la responsabilidad extracontractual, nace cuando las partes que intervienen no guardan un vínculo o una relación previa entre ellas. Se denota en esta responsabilidad, la falta de preexistencia de un nexo concreto.

Al configurarse el daño social, se produce bajo el tipo de responsabilidad extracontractual, en tanto existen dificultades materiales que impiden establecer una conexión contractual entre un sujeto u organización con un gran número de personas. Tal y como se explicó en la conceptualización del daño social, así como en los elementos esenciales que lo componen; el sujeto pasivo de la relación es un ente

²⁴⁹ Voto N° 112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁵⁰ Voto N° 0320-1990 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

colectivo, cuya característica principal es su carácter plural. Lo anterior, no implica que los individuos que componen dicho grupo sean claramente determinados como en el caso de los intereses difusos; por lo tanto se hace imposible ubicarnos dentro del plano de la responsabilidad contractual, por incumplir el fundamento mismo del contrato, en donde la identificación de las partes es vital para su establecimiento.

Este tipo de responsabilidad surge como consecuencia del daño causado al ámbito jurídico de otro y se divide en dos subtipos: el primero, cuando se da el daño por culpa (sea la responsabilidad extracontractual subjetiva) o por medio de la puesta en práctica de una actividad riesgosa, a través de la creación de un riesgo social (lo que nos remite a la responsabilidad extracontractual objetiva).

La Sala Primera ha mencionado al respecto que en lo:

“[...] tocante a la responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha expresado: mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (...), un daño infligido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél.- Esta responsabilidad se divide en responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del deudor, que actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley”²⁵¹.

6.1. La responsabilidad extracontractual subjetiva

Este tipo de responsabilidad tiene fundamento en el artículo 1045 del Código Civil, en tanto expone que: “*todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia,*

²⁵¹ Voto N° 0320-1990 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". En el ámbito jurisprudencial, se ha indicado sobre este artículo que:

*"[...] no obstante es evidente, que es el artículo 1045 del Código Civil el que da la base para buscar una responsabilidad en un caso como el que nos ocupa y es precisamente el parámetro subjetivo del dolo o la negligencia. [...] Debe responder, entonces, a una responsabilidad de tipo subjetivo, al mediar dolo o negligencia"*²⁵².

Asimismo, este tipo de responsabilidad remite de manera directa al sujeto productor del daño, atribuyéndole en forma personal la afectación a los bienes de carácter colectivo. Para que esta adquiera relevancia jurídica, se precisa que cumpla con cuatro elementos centrales: un daño causado (vinculado a la conducta del sujeto), la antijuridicidad, la culpabilidad y la causalidad. Sobre esta responsabilidad se ha indicado que:

*"[...] el artículo 1045 del Código Civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual subjetiva: 'Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios'. El deber de resarcimiento, en este caso, deriva del incumplimiento culposo del principio general de 'no causar daño a los demás'. Para que haya responsabilidad, se requiere que el daño haya sido ocasionado con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento"*²⁵³.

Por el amplio abordaje conceptual sobre el tema del daño en sentido estricto, consideramos relevante remitir su estudio a los capítulos que lo tratan. Por ello, en este apartado sólo se hará referencia a los otros tres elementos.

El tema de la antijuridicidad es importante, supone la clasificación del ordenamiento jurídico a partir de las distintas afectaciones, las cuales reciben una

²⁵² Voto N° 45-1994 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁵³ Voto N° 034-1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

valoración negativa por parte del ordenamiento. Esta surge cuando se comete un acto ilícito, que atenta y se opone a los intereses relevantes para un determinado conjunto de personas.

Además, para que se configure el tipo de responsabilidad extracontractual en discusión, se requiere el elemento que corresponde a la culpabilidad. En sentido estricto, la culpa es producto de la falta, la negligencia, la imprudencia y la impericia. Es una condición personal del agente activo.

Por último, pero no menos importante es la causalidad, que supone un nexo entre los daños y la conducta. Esto significa que el daño debe ser la consecuencia directa e inmediata del comportamiento, para que a esta pueda imputársele un determinado resarcimiento. Asimismo, en lo que respecta a la carga de la prueba se tiene que:

“[...] le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil, dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho [...] Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria”²⁵⁴.

6.2. La responsabilidad extracontractual objetiva

El segundo tipo de responsabilidad extracontractual, la objetiva. Se caracteriza por excluir de su configuración el elemento de la culpabilidad y hasta el de la

²⁵⁴ Voto N° 053-1998. de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

antijuridicidad (siendo posible con ello, generar daño social a través de la realización de un hecho lícito), el único aspecto que la posibilita es la existencia del daño, configurándose a partir de este un nuevo criterio de imputación, la creación del riesgo.

Sobre el tema nuestra jurisprudencia se ha dado a la tarea de establecer su conceptualización, cuando indica que la responsabilidad objetiva es:

“[...] una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima, que menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere). Esto ocasiona, sin duda, un giro radical en el enfoque propio de su fundamento, ya que habría responsabilidad [...] siempre que la víctima no tenga el deber de soportar el daño, ya sea este de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. [...] En este marco, la responsabilidad marcadamente objetiva dispensa el análisis de factores de corte subjetivo e individual del agente productor para la determinabilidad de la reparación del daño, trasladándose a la esfera del lesionado. En tanto se haya sufrido una lesión [...], sea esta activa u omisiva, que no tiene el deber de soportar, se impone el deber de resarcimiento, en virtud del principio de reparación integral del daño que se desprende del numeral 41 de la Constitución Política”²⁵⁵.

Además el artículo 1048 del Código Civil menciona que la noción del riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuridicidad; pues alguien actuando en su propio beneficio, expone a otros para obligar que el daño se verifique en forma ficticia. Sobre este numeral:

“[...] en sus párrafos 4, 5, y 6, preceptúa lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo creado. En ella,

²⁵⁵ Voto N° 000074-F-2007. de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora del riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad. [...] La responsabilidad objetiva reside en el hecho de que, aquél que, para su propio provecho, crea una fuente de probables daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado. En consecuencia, la responsabilidad objetiva emerge de la realización de actividades lícitas o autorizadas, pero que constituyen una fuente de riesgo”²⁵⁶.

La Teoría del Riesgo se comprende

“[...] como el deber de quien crea un riesgo debe indemnizar el daño que provoque a un tercero. El riesgo es causa de imputabilidad cuando debido a la realización de ciertas causas y determinadas actividades, calificadas como peligrosas, se produce un daño”²⁵⁷.

Con ello, se configura el régimen de daños producidos por actividades peligrosas, peligrosidad que puede devenir de su propia naturaleza o de las circunstancias que rodean su realización. Sobre el tema, Creus expone que:

“[...] la denominada teoría del riesgo fue alejando la responsabilidad reparatoria de su vertiente de ilicitud para apoyarla sobre el carácter riesgoso (peligroso) de la actividad admitida por el Derecho, otorgando un margen de riesgo permitido. Fuera de este margen el autor del daño tendrá que ser responsabilizado”²⁵⁸.

Otra de las características que comprende este tipo de responsabilidad extracontractual es la inversión de la carga de prueba, en tanto:

²⁵⁶ Voto N°0654-2004 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁵⁷ Sentencia N° 815-2003 del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

²⁵⁸ CREUS, Carlos. Op. cit. Pág. 78.

“[...] los presupuestos esenciales como la carga de la prueba, adquieren un nuevo matiz, que libera al afectado no solo de amarras sustanciales sino también procesales, y coloca a la Administración en la obligada descarga frente a los cargos y hechos que se le imputan”²⁵⁹.

Lo anterior, nos lleva a plantear con respecto al agente productor del daño social el tema de la responsabilidad subjetiva, cuando se trata de personas físicas o los representantes de las personas jurídicas y entes plurales²⁶⁰. Además de la responsabilidad objetiva, la cual surge como consecuencia de la creación de un riesgo para la colectividad²⁶¹.

7. De la determinación del daño social

Al referirnos al tema de la determinación del daño social se plantean dos elementos centrales que componen dicho aspecto: el primero se trata de la verificación de la existencia del daño, lo cual supone la constatación del mismo por parte del juez o tribunal a través de las pruebas presentadas por las partes; mientras que el segundo, remite a la cuantificación del daño una vez determinada su existencia, en última instancia se configura como una decisión de los juzgadores, según los principios propuestos por la regla de la sana crítica racional.

El análisis de este tema se realizará a partir de los sujetos que intervienen en su establecimiento: las partes y el juez, con el fin de determinar el rol que cada uno tiene para garantizar su existencia en el proceso.

²⁵⁹ Voto N° 000074-F-2007. de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁶⁰ Como se ha denominado doctrinariamente, responsabilidad colectiva.

²⁶¹ Ver: Título I, Capítulo II.

7.1. El papel de las partes

A lo largo del desarrollo doctrinario, es claro que el rol asignado a las partes dentro de cualquier proceso, ha sido históricamente el demostrar los hechos que se exponen, en la demanda o en la denuncia, por medio de las pruebas ofrecidas. Su misión más importante es la de confirmar su versión a través de los mecanismos probatorios lícitos disponibles.

Si partimos de la idea tradicional, sólo los hechos en donde exista contradicción deben ser probados, pues los que no se aleguen, admitan o reconozcan, están fuera de la necesidad de ser confirmados. La prueba es un instrumento esencial para las partes, en tanto les posibilita verificar y confirmar ante el juez, la “verdad” que exponen en los hechos. Sobre el tema, Alfredo Gozáini señala que:

“[...] no hay verdad porque nunca se sabrá si ella fue la que las partes propusieron; tampoco existe una verdad jurídica, porque es un absurdo en sí mismo, menos aún agregarle el concepto de “objetiva”, porque es un atributo de la apreciación y no de la producción de las partes; en consecuencia, la prueba es una actividad destinada a lograr alguna certidumbre sobre los hechos controvertidos”²⁶².

Se dice que la prueba es cosa de las partes, al juez no se le puede pedir que indague sobre los hechos porque no es su labor, por el principio de imparcialidad y contradictorio; sino por el contrario, las partes intervinientes, deben afirmarle los hechos averiguados. Se debe ofrecer los elementos probatorios, para que se demuestre que esa averiguación ha sido la correcta, dependiendo del tipo de proceso del que se trate.

“En síntesis, la prueba recae sobre los hechos controvertidos y conducentes sobre los que el juez apreciará la eficacia probatoria.

²⁶² ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. La Prueba del Daño. En: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián, y WAJNTRAUB, Javier Hernán. Op. cit. Pág. 577.

*Como los hechos son afirmaciones de las partes, puede concluirse, como ha dicho Carnelutti, que el objeto de la prueba no refiere a los hechos, sino a las afirmaciones, en la medida en que los primeros no se comprueban si no se conocen, mientras que las afirmaciones no se conocen pero se comprueban*²⁶³.

Esta idea encuentra su fundamento, en el origen mismo del proceso acusatorio el cual rige en nuestro sistema judicial:

*“[...] en éste la dinámica procesal queda abandonada a la iniciativa de las partes y el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego”*²⁶⁴.

Es importante complementar el análisis de la prueba desde la perspectiva que expone la finalidad de la misma, tal es producir un efecto de certeza en el ánimo del juez, de acuerdo con la existencia o inexistencia de los hechos afirmados. A las partes les corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho, contenidos en la base que fundamenta a sus pretensiones, de acuerdo con quien ostente la carga de la prueba.

En suma, la prueba es el acto jurídico procesal por medio del cual las partes aportan los medios de prueba necesarios que posibiliten y permitan la convicción o certeza del juez o tribunal, con respecto a los hechos sobre los cuales debe decidir. En este sentido, cuando se habla de prueba desde la perspectiva judicial se expone que:

“Es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, incluyéndose así los hechos, los objetos y también las actividades; es decir, abarca la totalidad de los medios para que el juez conozca

²⁶³ MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el Proceso Civil. En: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián, y WAJNTRAUB, Javier Hernán. Op. cit. Pág. 581.

²⁶⁴ ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. La Prueba del Daño. En: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián, y WAJNTRAUB, Javier Hernán. Op. cit. Pág. 578.

*la cuestión debatida en el proceso. Así Carnelutti habla del equivalente sencillo del hecho a probar, y de cualquier forma la fijación del hecho controvertido. [...] Se refiere la prueba judicial como medios que se emplean para la investigación de la verdad de los hechos*²⁶⁵.

En lo que respecta al daño social, el sujeto afectado debe probar la existencia del daño; mientras que el sujeto productor del mismo le corresponde comprobar que no lo produjo. El papel de cada parte dentro del proceso dependerá de quien ostente la carga de la prueba en la responsabilidad extracontractual, porque tal y como se estudió en apartados anteriores, la carga dependerá de si se trata de la responsabilidad subjetiva u objetiva.

Dentro de la responsabilidad subjetiva, la carga de la prueba recae en el sujeto afectado por el daño. Le corresponde al damnificado demostrar la culpabilidad que le imputa en los hechos al sujeto agente productor del daño. Desde este tipo de responsabilidad, quien formule la pretensión le corresponde la carga de la prueba de acuerdo con los hechos señalados en la demanda, con lo cual debe comprobar los elementos que configuran el daño social, así como establecer la relación de causalidad directa que debe existir entre el comportamiento del sujeto agente, su carácter antijurídico y el daño producido en sentido estricto. Y con todo lo anterior, los elementos probatorios permitirán la identificación e individualización del agente productor del daño, y para garantizar la comprobación de su culpabilidad.

Por el contrario, cuando se trata de la responsabilidad extracontractual objetiva, se invierte la carga de la prueba y con ello, deja de corresponderle al afectado la comprobación del daño social, liberándolo no sólo de los aspectos sustanciales; sino también de los procesales. En este sentido, es el agente productor del daño el que debe, a través de los mecanismos probatorios de los cuales dispone, descargarse de los hechos que se le imputan; este es quien debe por medio de su

²⁶⁵ PEREIRA VILLALOBOS, Oscar. La aplicación de los principios de la sana crítica a la luz de la legislación procesal civil de Costa Rica. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1993. Pág. 3.

contestación de la demanda, probar que no incurrió en una afectación a la colectividad y no creó riesgo para una determinada agrupación de personas. Con ello se confirma que no se configuraron los aspectos esenciales para la conformación del daño social.

Resulta de esencial importancia establecer que, el papel de las partes además de la comprobación de la existencia o inexistencia del daño, deben probar las estimaciones efectuadas entorno a la tasación, a la cual ascienden los daños, ya sean materiales, morales o el lucro cesante. La determinación de los rubros de la cuenta indemnizatoria en materia de daño social adquiere especial relevancia, en tanto, la solicitud del quantum indemnizatorio dependerá de la forma en como se plantee; pero sobre todo, de las pruebas que se brinden para confirmar su existencia y valoración.

Este tema es uno de los más complejos en materia probatoria; pues se trata de darle un costo o precio al daño producido, lo que presenta aún más dificultad cuando del daño social se trata. Si bien para cuando se refiere a daños patrimoniales o a bienes materiales, la dificultad suele ser menor; cuando se refiere a la valoración de los daños extrapatrimoniales o de perjuicios ocasionados, la dificultad es mayor, al requerir de prueba indirecta para su constatación.

Todo lo anterior tiene fundamento en el principio de libertad probatoria, el cual posibilita la demostración de los hechos relevantes por cualquier medio de prueba lícitamente obtenido. Este principio contiene dos presupuestos centrales: el primero, libertad de los medios de prueba utilizados; mientras que el segundo, libertad en el objeto probado. Este último, comprende la libertad de las partes de probar todo hecho que de alguna manera influye o puede afectar en la decisión que el juez o tribunal pueda tomar dentro del proceso. Sobre este se sostiene, en términos generales desde el ámbito colectivo, que:

“[...] la prueba y su producción no puede estar sesgada por enunciados taxativos. Por el contrario, debe permitir el ofrecimiento de toda clase de pruebas para demostrar la pretensión colectiva planteada”²⁶⁶.

El rol fundamental de las partes en la determinación del daño, dentro del proceso, es el de garantizar -a través del principio de libertad probatoria y de los diversos medios lícitos de los que se dispone-, la verificación y comprobación de los presupuestos necesarios para la existencia y configuración del daño social, así como aportar todos los elementos probatorios requeridos que fundamenten y justifiquen la estimación efectuada.

7.2. El papel del Juez

La labor del juez o tribunal en lo que respecta a la determinación del daño, se compone de tres aspectos: la constatación de la existencia del daño social, la cuantificación de éste y las formas de reparación e indemnización para los damnificados o afectados.

Dentro del primer aspecto, es importante tener claro el papel que los juzgadores desempeñan en el proceso, en tanto deben asumir una actitud pasiva. Deben resolver y conocer los hechos a partir del marco propuesto por las partes. Esto supone que:

“[...] el deber que se impone al juzgador de resolver no lleva al legislador a dejarle en libertad para investigar los hechos, sino que esa actividad se configura de modo reglado. Las reglas más importantes son que el juzgador no investiga, sino que verifica, que

²⁶⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Op. cit. Pág. 223-224.

*lo hace utilizando sólo los elementos probatorios que propongan las partes y que lo hace según un procedimiento preestablecido*²⁶⁷.

A través de la demostración de los hechos realizada por las partes, como consecuencia de los diferentes medios de prueba aportados, el juez podrá constatar la existencia de los elementos que configuran el daño social. Su rol en este momento, es el de tener por demostrado o no que el daño se configuró.

Lo anterior se da como efecto del análisis que el juez o juzgadores realizan de las pruebas, por medio de las apreciaciones que estos realicen de ellas. El tema de la apreciación de las pruebas judiciales es un punto medular de todo sistema judicial; pero sobre todo, en el cobro e indemnización por daño; pues los valores como la seguridad y la justicia dependen en gran medida de la valoración de la prueba y de las garantías que brinde un determinado ordenamiento jurídico en este sentido. La doctrina ha señalado que:

*“[...] la apreciación de la prueba judicial es la operación mental que tiene como fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Couteure ilustra diciendo que el tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el magistrado debe expedir”*²⁶⁸.

Queda claro que la apreciación de la prueba es una actividad exclusiva de los juzgadores, competencia que se le otorga por el ordenamiento jurídico. El éxito de la valoración y, por lo tanto, de la constatación del daño, depende en gran medida de la adecuada representación de los hechos que expongan las partes. A nivel

²⁶⁷ MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el Proceso Civil. En: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián, y WAJNTRAUB, Javier Hernán. Op. cit. Pág. 576.

²⁶⁸ PEREIRA VILLALOBOS, Oscar. Op. cit. Pág. 33.

doctrinario, se ha establecido que existen tres fases para la valoración de la prueba: la vía directa, la inductiva o la intelectual, sobre éstas se indica que:

“[...] la manifestación o reconstrucción [...] puede hacerse respecto de alguno de los hechos por la vía directa de la percepción u observación, pero a muchos otros se llega indirectamente, por la vía de la inducción, es decir, infiriéndolos de otros hechos, porque sólo los segundos y no los primeros son percibidos por el juez, o también deduciéndolos de reglas generales de experiencia. Como en la observación directa opera siempre una actividad analítica y razonadora, por elemental y rápida que sea, mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, hay entonces una actividad inductiva que consiste precisamente en sacar de tales datos una conclusión. De ahí que la tercera fase del proceso de valoración de la prueba sea la intelectual o de razonamiento, sin que esto signifique que deba estar precedida por la segunda o de reconstrucción, porque al contrario se desarrollan por lo general simultáneamente y, también, en ocasiones a un mismo tiempo con la primera o perceptiva”²⁶⁹.

Resulta importante señalar que por inducción se entienden las reglas de la experiencia, las cuales sirven de guía a los juzgadores y les permite comprender qué ocurre comúnmente en el mundo físico o social, por medio de la observación de los hechos y conductas de los seres humanos. Sobre todo lo que tiene implicaciones en el ámbito de la colectividad, cuando del daño social se trata.

Por su parte, la segunda actividad que los juzgadores deben efectuar, una vez constatada la existencia del daño social, es el de cuantificar los daños causados y los perjuicios provocados. Al respecto se conocen muchas posiciones; sin embargo, todas exponen que son los juzgadores quienes por medio de su valoración establecen la forma para reparar el daño o el monto a pagar por concepto de indemnización.

²⁶⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba. En: PEREIRA VILLALOBOS, Ibíd. Pág. 34.

Se exponen dos elementos a considerar por parte de los juzgadores, con el fin de que posibiliten la cuantificación del daño. El primero responde a que el monto a indemnizar debe estar orientado a la protección integral del ser humano; mientras que el segundo, comprende el daño dentro de la afectación que puede producir en la capacidad de la persona o colectivo de generar riquezas dentro del sistema económico. Sobre el tema Ghersi nos plantea que para realizar la cuantificación de los daños:

“[...] existe conexidad entre el derecho y la economía [...]. Se manifiesta en las siguientes consideraciones esenciales:

a) Protección integral al ser humano. Con la sola enunciación del título estamos poniendo el acento en la importancia que implica, con bien jurídicamente protegido, la integridad espiritual, corporal, mental y económica del ser humano; de allí que, por consiguiente, la reparación del daño deberá ser suficientemente amplia, tanto en los aspectos extraeconómicos, como en el aspecto económico.

b) El daño económico a la persona humana en su capacidad de generar riquezas dentro del sistema económico. Respecto de las implicaciones del trabajo humano en la generación de recursos de consumo y de riquezas para la calidad de vida”²⁷⁰.

La determinación del monto a indemnizar debe ser, en última instancia, una decisión de los juzgadores. Si bien la parte actora en el proceso debe estimar la demanda y probar la magnitud del daño social, es el juez quien -por medio de las pruebas y de su convicción-, el que establece en definitiva el monto indemnizatorio. Sin olvidar las dificultades particulares que deben enfrentar cuando se trata de una afectación a la colectividad; resulta una tarea de más análisis y valoración.

Por lo que se puede recurrir a pruebas periciales de técnicos en las diferentes materias, para facilitar esa labor del juez; pues se considera doctrinariamente como “el perito de peritos”. La Sala Primera ha indicado sobre este tema que “sólo es

²⁷⁰ GHERSI, Carlos A. Teoría General de la reparación de daños. Op. cit. Pág. 404.

daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador”²⁷¹.

Al respecto ha indicado también que:

“[...] los parámetros o pautas que debe tener el juzgador al momento de definir el quantum indemnizatorio son de vital importancia, para no caer en reparaciones arbitrarias por su carácter exiguo, meramente simbólico, o excesivo. Así por ejemplo el juez debe ponderar la intensidad del dolor sufrido siendo ello un factor variable y casuista por lo cual debe recurrir a la equidad; la gravedad de la falta cometida por el agente sin que ese factor sea determinante para acoger o rechazar la pretensión indemnizatoria, las circunstancias personales y repercusión subjetiva del daño moral [...]; también debe considerarse, de alguna manera, el estado patrimonial del agente, intensidad de las lesiones [...]. Desde luego, tales pautas deben conjugarse con el prudente arbitrio del juez, su ciencia y experiencia”²⁷².

Tanto en la constatación del daño social como en su cuantificación, priva en nuestro país el sistema de apreciación o valoración de la prueba, denominado: sana crítica. Este se plantea como un proceso interno de convicción de los juzgadores, los cuales deben realizarlo de manera razonada, crítica y lógica; es decir, deben considerar en sus resoluciones las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

Rafael de Pina expone este sistema de valoración como:

“[...] una operación intelectual destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe, que sólo es posible cuando el legislador ha entregado al juez el poder de valorizar libremente dicho resultado. Las reglas de la sana crítica [...] constituyen un instrumento que el juez puede valorar, sino que está obligado a utilizar”²⁷³.

²⁷¹ Voto N° 0112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁷² Voto N° 112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

²⁷³ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. En: PEREIRA VILLALOBOS, Oscar. Op. cit. Pág. 46.

Couture complementa lo anterior estableciendo que:

“[...] las reglas de la sana crítica son ante todo reglas del correcto entendimiento humano. Ellas infieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba, ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, todo con arreglo a la sana razón y al conocimiento de las cosas”²⁷⁴.

Sobre este tema la Sala Primera ha indicado que:

“[...] se trata de la figura intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Con fundamento en la sana crítica, el juez puede llegar a un convencimiento por sí mismo sobre la certeza de los hechos sobre los cuales basa su decisión, a través de su propia valoración, pero, esta no es del todo libre, sino que está sujeta a las normas del pensamiento lógico formal y, de manera simultánea, a la experiencia humana. Sobre el punto ha expresado la doctrina, en especial, Couture, que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un ser humano que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que toda persona se sirve en la vida. Por lo tanto, la autoridad judicial estará encargada de apreciar las probanzas con una debida concatenación lógica y, además, bajo las circunstancias de su entorno, observadas mediante la experiencia. La finalidad de lo anterior es que el juzgador no podrá acogerse tan solo a su discrecionalidad, sino que deberá fundamentar, con base en la lógica y la experiencia, los motivos de su convicción”²⁷⁵.

A partir de este sistema, el juez no es absolutamente libre en la valoración de la prueba, si bien supone amplia libertad, esta no es plena; porque debe observar las reglas señaladas. Por tanto, en las resoluciones donde plasma y constata el daño e indica su cuantificación, debe motivar su fallo con el fin de cumplir con los requisitos de publicidad y contradicción que conforman el debido proceso y el

²⁷⁴ COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho procesal civil. En: PEREIRA VILLALOBOS, Oscar. Op. cit. Pág. 47.

²⁷⁵ Voto N° 712-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

derecho de defensa, los cuales constituyen principios esenciales dentro de un Estado Constitucional de Derecho. La Sala Primera ha planteado que:

“[...] es menester señalar, este Órgano ha estimado al respecto, que en el proceso de análisis realizado por el Juzgador, es necesario examinar las diversas pruebas con las cuales se pretende demostrar cada uno de los hechos, para después evaluarlas de manera global. Aunado a ello, debe estudiarlas y compararlas entre ellas a fin de adoptar una conclusión que constituya una verdadera síntesis de la totalidad de los elementos de convicción y consecuentemente, de los hechos que por su medio se manifiestan, y por último aplicar a la relación fáctica así lograda la normativa de fondo atinente al caso. En la valoración de los elementos de juicio, de conformidad con la sana crítica, no basta aplicar la lógica, es también preciso recurrir a las reglas de la experiencia, la sicología, la sociología y el buen entendimiento humano. Estas son las que verdaderamente dan al Juez el conocimiento de la vida y de las personas y le permiten distinguir con certeza lo verdadero respecto de lo falso. En síntesis, el juez no puede analizar los elementos de juicio aportados por las partes al proceso, aislada e individualmente, sino en su conjunto, para darles de acuerdo a la sana crítica o a la tarifa legal, el valor correspondiente”²⁷⁶.

Por último, se tiene como tercer elemento la determinación de las formas para garantizar la reparación integral del daño social, tema que se tratará en el siguiente apartado.

En suma, para determinar el daño social es imprescindible el rol que juegan dentro del proceso las partes en la configuración de la convicción de los juzgadores, así como el mismo tribunal, quien toma en última instancia la decisión acerca de la existencia del daño y sobre el monto de su cuantificación, todo a partir de las reglas propuestas por el sistema de valoración de la prueba.

²⁷⁶ Voto N° 0040-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

8. Aspectos relacionados con la reparación del daño social

Se sabe que una vez que se ha causado un daño, surge la obligación de quien lo causa de repararlo, en virtud de la intromisión y afectación en la esfera jurídica ajena, lo que se conoce también con la expresión “*alterum non laedere*”, que implica el deber de no causar daño a otro.

Este deber se encuentra normado en el artículo 41 de la Constitución, al establecer que toda persona que cause un daño a otro debe repararlo junto con los perjuicios y en el artículo 1045 del Código Civil, que norma el mismo aspecto.

El numeral del Código Civil, establece el deber de reparar, cuando se ha causado un daño, sin distinción alguna sobre qué tipo de daño. Debido a que en la práctica no hay que hacer distinciones que la ley no hace, se entiende que existe la obligación de reparar todo tipo de daño, sea este patrimonial, moral o social.

Para referirnos al tema de la reparación del daño social, es necesario delimitar conceptualmente lo que se entiende por reparación, con lo cual se esbozarán posteriormente algunos criterios sobre las posibles formas de reparación del daño social y una crítica de cómo se está abordando dicha temática actualmente.

8.1. Concepto de reparación

La reparación es consecuencia de la responsabilidad civil; es esta la forma como se atribuye por medio del ordenamiento o de una decisión judicial una sanción al comportamiento dañoso, destinada a restablecer el estado o la situación precedente conforme a Derecho.

La reparación, resarcimiento o restitución del daño social causado, se impone en nuestro ordenamiento como una obligación legal, con base en los artículos supra indicados.

Con respecto al vocablo reparación, existe en la doctrina confusiones; pues tiende a equipararse su concepto con el de indemnizar o resarcir, cuando entraña un concepto más amplio, siendo la reparación el género y los demás términos sus especies²⁷⁷. Las especies son las que tienden a confundirse con los modos a través de los cuales puede realizarse la reparación, uno de ellos es la indemnización, que implica el resarcimiento de los daños o perjuicios causados y, con reparación en sentido estricto, la cual alude al deber de componer o enmendar el daño que se ha causado.

Con respecto a los modos de reparación el autor Zannoni señala que:

“[...] un modo de hacerlo es a través de lo que (se) denomina reparación natural o in natura que consiste en la reintegración específica, o, la reparación en especie: implica, literalmente ‘volver las cosas al estado que tendrían sino hubiera ocurrido el hecho dañoso. El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente, o, propiamente, indemnización mediante la cual aunque no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo [...] sufrido en razón del daño [...]”²⁷⁸.

Prevalece entonces un tipo de reparación, el cual consiste en el restablecimiento de la misma cosa dañada o la composición al sustituirla, o bien, la que se da por medio de una recomposición sustitutiva. Con ambos modos, lo que se logra es la reparación integral del daño o “*restitutio in integrum*”,²⁷⁹ con la cual se logra el objetivo que busca la responsabilidad civil de restablecer las cosas a la situación en

²⁷⁷ Ver: GHERSI, Carlos A. Op. cit. Pág. 289.

²⁷⁸ ZANNONI, Eduardo A. Op. cit. Pág. 182.

²⁷⁹ PAOLILLO, Felipe H. Derechos Humanos y Reparación. En Amicorum Liber, Volumen 2. Bruselas, Bélgica, Editorial Bruylant., 1997. Pág. 988.

como se encontraban originalmente, antes del acaecimiento del hecho dañoso. Específicamente en el caso del daño social, este sería el momento anterior a consumir la lesión a los intereses difusos o colectivos.

Particularmente en el tema del daño social, la reversión del daño a su situación originaria resulta un tanto difícil por las características de los intereses y bienes menoscabados; por tanto, es pertinente echar mano de la indemnización también como parte integrante del proceso reparatorio.

Pese a esta dificultad, cabe indicar que tampoco la reversión de las circunstancias es imposible, todo dependerá del caso y las formas específicas de reparación que se soliciten o apliquen en cada situación, según las características del daño causado.

8.2. Formas de reparación aplicables al daño social

La forma en que el daño social se debe reparar tiene una estrecha relación con las dimensiones o las manifestaciones de este, abordadas en el apartado tres del presente capítulo, porque dependiendo del tipo de manifestación, sea patrimonial, extrapatrimonial o ambas, así serán las medidas a tomar para lograr una verdadera reparación del daño ocasionado.

En caso de que el daño social sea patrimonial su reparación deberá hacerse por medio de la restitución material de la cosa (o composición en especie), si el daño social se causa a un objeto que reviste de interés social o del cual se sirve la colectividad y, en caso de no ser posible por medio de la composición pecuniaria, la cual se hará por medio de una estimación económica del valor del bien colectivo afectado, con el fin de procurar la composición del interés lesionado a causa de daño.

La restitución material, es necesario indicar nuevamente, que es difícil alcanzarla por completo; pues en virtud de las características que hemos mencionado del daño social, el restablecimiento de la cosa al estado originario de forma absoluta, no será en la mayoría de los escenarios, posible. Además, para lograrlo se requeriría que el interés dañado admita, por lo menos de forma cercana, una recomposición de tipo material. Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de reparación *in natura* es la que se recomienda por la conexión de “identidad” que tiene por sobre la reparación pecuniaria, como bien lo indica Mosset Iturraspe:

“[...] el dinero ‘es común denominador de los valores’ y en manos de un juez atento a las circunstancias puede llevar a una justa y equitativa valuación del daño, pero también lo es que un tal resarcimiento sólo por ‘analogía’ o ‘semejanza’, no borra el ilícito; la vuelta de las cosas a su estado anterior, el resarcimiento in natura, en cambio lo borra por ‘identidad’, repone la situación preexistente”²⁸⁰.

De acuerdo con la manifestación extrapatrimonial o inmaterial, la reparación deberá hacerse mediante una composición por sustituto (o por analogía según la cita anterior), porque al tratarse de un daño moral colectivo, la imposibilidad de revertir la causa de la lesión al bienestar social o de reparar lo afectado a los intereses sociales, es de gran dificultad.

Para ello, resultan aplicables los preceptos generales que se utilizan a la hora de reparar el daño moral (genérico), ya que la lesión al bienestar de la colectividad produce lesiones que en sí mismas presentan una esfera extrapatrimonial muy fuerte, aunque no excluyente, como ya se ha señalado.

Específicamente, el daño social en su dimensión inmaterial, se repara indudablemente por sustituto. Esta reparación por versar sobre intereses sociales puede realizarse a través de dos formas. Una es por medio de la valoración

²⁸⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por Daños. Tomo I. Parte General. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1982. Pág. 240.

pecuniaria del daño ocasionado, otorgando el monto correspondiente y el cual debe ser destinado a reparar el daño ocasionado exclusivamente y la otra, a través de una forma simbólica, por medio de la ejecución de actos que tiendan al beneficio de la colectividad afectada.

Cuando la reparación del daño moral colectivo es pecuniaria, el dinero que se reciba tiene que destinarse a la colectividad afectada y utilizarse de forma tal que se les reponga la lesión a sus intereses. Igualmente, cuando se ejecutan actos simbólicos, como por ejemplo, la construcción de una obra de uso público, el publicar de una resolución judicial para la difusión nacional, el ofrecer una disculpa pública, entre otros.

Sin embargo, el problema con el tema de la reparación de este tipo de daño de carácter moral, lo constituye las dificultades que se enfrentan en el proceso para su valoración. Sobre el particular menciona el autor de Ángel Yagüez, que la valoración

“[...] constituye un gravísimo problema en la práctica, pues la discrecional apreciación por parte del juez de los daños sufridos (en este caso por la colectividad), y de la suma de dinero con el cual deben ser indemnizados, supone de un lado, una necesidad: la de atender las particularidades del caso concreto, tan diferentes en cada asunto. Pero, de otra parte, se hace imprescindible un mínimo de homogeneidad (no uniformidad), pues de otro modo se pueden conceder [...] indemnizaciones pecuniarias muy distantes en situaciones muy parecidas entre sí”²⁸¹.

En nuestro sistema, esta dificultad a la hora de valorar daños extra patrimoniales también se presenta y en el primer caso (CCSS- Fischel) donde se aplicó la figura, del daño social no fue la excepción; en razón de que nuestra legislación no cuenta con una norma específica para determinar la reparación del daño en este tipo de situaciones.

²⁸¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Op. cit. Pág. 692.

Es por este motivo, que en el sistema costarricense debe atenderse a las normas vigentes de responsabilidad Civil del Código Penal de 1941²⁸², específicamente al artículo 125²⁸³ del Código anterior. Con este se dispone que cabe la reparación del daño moral, en infracciones a la honra, la dignidad o la honestidad “*o en otros casos de daño a intereses de orden moral*”, como pueden serlo los intereses difusos y colectivos. Con esta norma, se utiliza una fórmula amplia que da paso a la reparación de cualquier tipo de daño moral, dentro de los cuales se encuentra contenido el daño social.

En ambas manifestaciones del daño social, lo importante es que la reparación se oriente verdaderamente a la toma de medidas y la ejecución de acciones necesarias para la restitución de los intereses y el mejoramiento de las condiciones de la colectividad afectada; así como, en caso de resultar relevante la promoción de acciones que impidan la repetición de comportamientos que conlleven a este tipo lesiones.

El autor Gherzi manifiesta que lo relevante es que la reparación se componga de tres elementos: a) composición del daño o perjuicio material o patrimonial; b) desagravio o satisfacción del ofendido (en el caso de los intereses colectivos será el grupo afectado y en el de los difusos será la colectividad) y c) la prevención del daño social y sus perjuicios²⁸⁴.

Con base en estos tres elementos, nos parece pertinente mencionar por su posible aplicabilidad al tema del daño social, las formas de reparación que se han establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales contienen los anteriores elementos, y se han utilizado en casos donde se

²⁸² Disposición en virtud del artículo 13 de la Ley para Regular la aplicación del nuevo Código Procesal Penal, N° 4891.

²⁸³ Ver supra nota 115.

²⁸⁴ GHERSI, Carlos A. Op. cit. Pág. 289

han afectado intereses colectivos. Dicha Corte ha establecido que la reparación puede tener cinco dimensiones, a saber:

“[...] la restitución, que busca restablecer la situación previa de la víctima. [...] La indemnización (que) se refiere a la compensación monetaria por los daños y perjuicios. Incluye tanto el daño material, como físico y moral [...] Las medidas de satisfacción que refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio, las sanciones contra los perpetradores, [...] las garantías de no repetición (que) pretenden asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones. También requieren de reformas judiciales, institucionales y legales [...] ara evitar la reparación”²⁸⁵.

Estas postulaciones, resultan aplicables en principio por las características de los bienes y los intereses en riesgo, que tienen una incidencia colectiva en la sociedad. Si bien, nuestros tribunales no podrían disponer de una reforma legislativa o judicial, ante una creciente cantidad de casos en donde se pretenda el extremo de daño social, se podrían poner en evidencia falencias y vacíos, en la regulación y aplicación legal de la figura, que eventualmente consideramos, podrían conllevar a la necesidad de una reforma del artículo 38 Código Procesal Penal, para que este sea más específico.

8.3. Críticas a la forma de reparación en los recientes casos de daño social

Con base en lo anterior, estimamos pertinente mencionar como se ha tratado el tema de reparaciones en el caso CCSS-Fischel y en las situaciones en las cuales se han dado procesos abreviados o conciliaciones u otros medios de resolución alternativa, sobre el daño social. En estas, si bien ha sido reconocido por los

²⁸⁵ MARTIN BERISTAIN, Carlos. Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo 2. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 2008. Pág. 13.

tribunales o se ha conciliado un monto por daño social, este no se ha destinado a la reparación del daño o a alguna acción de beneficio para la colectividad, con la cual se pueda aminorar la carga de la lesión.

En dichos casos lo que se ha aplicado es el otorgamiento de un monto por concepto de daño social, el cual debe ser depositado en las Caja Única del Estado.

A pesar de que la simple concesión de un extremo como este representa por sí mismo un avance en nuestro sistema, el objetivo principal no se está cumpliendo; pues el afectado no es el Estado, sino la colectividad de ciudadanos o un grupo de estos.

Es posible que el Estado pueda actuar como administrador de esos fondos, a fin de garantizar su correcta utilización, asegurando así la reparación del daño ocasionado o bien, para efectuar las acciones que contribuyan al mejoramiento del bienestar social. Mas, de ninguna manera, resulta admisible que estos montos se conserven en las arcas del Estado, decidiendo este su destino, especialmente si es para un fin distinto que no sean los que hemos mencionado.

9. Indemnización de los daños y perjuicios sociales

Al analizar la indemnización de la responsabilidad extracontractual, se hace necesario recordar el aspecto de fondo que lo sustenta, como lo es “el deber de no dañar a otro”, ya sea desde una perspectiva subjetiva u objetiva. Elemento que resulta imprescindible cuando se estudian los daños y perjuicios producidos a un sujeto pasivo colectivo.

El tema de la afectación colectiva, incorpora nuevos problemas al involucrar grupos de personas y complejos asuntos de índole social. Los procesos dejaron en

gran medida, tal y como se ha indicado, de ser efectivos en la tutela de los derechos colectivos, la jurisdicción tradicional empezó a enfrentar serios inconvenientes en la búsqueda de soluciones para los ciudadanos.

El proceso desde el ámbito jurídico se entendía como un asunto de dos partes, entre las cuales uno es el afectado y el otro el causante del daño, siendo el segundo el obligado a la reparación de los daños y perjuicios que ocasionó.

Sin embargo, los dilemas o cuestionamientos se introducen cuando sectores o grupos no encuentran cabida dentro de esta forma de organizativa de la administración judicial y de concebir la justicia; con ello, surgen dificultades en la manera de establecer las indemnizaciones. Tal discusión no es más que un producto de los cambios sociales y la necesidad de que el sistema de justicia se adapte al entorno social entendido desde su ámbito plural o colectivo.

Dentro de este contexto se ubica la indemnización con motivo del daño social, lo que hace necesario remitirnos al daño ocasionado y a las lesiones que afectaron los intereses colectivos y difusos.

En términos generales, se entiende por indemnización, como aquel efecto jurídico que se da como consecuencia de la responsabilidad surgida de la afectación a los derechos e intereses de una pluralidad de personas.

En nuestra jurisprudencia se ha indicado que:

“[...] de conformidad con el mandato constitucional (art.41), el fin de la obligación de indemnizar no puede ser otro, entonces, que el de compensar a la víctima ni más ni menos que TODOS los daños por ella realmente experimentados, a fin de retornar su patrimonio a la situación anterior a la producción del daño”²⁸⁶.

²⁸⁶ Voto N° 606-2002 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Es la restauración, aunque sea simbólica, del patrimonio que se vio afectado por la conducta ilícita, lícita o por el peligro creado, lo cual faculta o posibilita el surgimiento de la indemnización. En principio, se debe otorgar un valor similar al dejado de percibir con la afectación.

Si bien este tema tiene implicaciones y dificultades prácticas cuando se indemniza a un conjunto de personas, resulta importante dejar claro que al igual que la reparación del daño, el monto designado por los perjuicios debe ser destinado al resarcimiento del daño ocasionado. Es claro que por la naturaleza jurídica del daño social, el monto indemnizatorio no le corresponderá a la persona que ejecuta su cobro, sino, por el contrario, ésta representa a una colectividad o grupo de personas que deben ser indemnizadas por perjuicio sufrido a causa del daño producido por el agente.

Esta indemnización debe estar dirigida a incrementar el bienestar de las personas lesionadas, otorgándole una mayor tutela al derecho afectado. Medidas que se tomarán con observancia del interés lesionado y los daños causados a este, con el fin de garantizar una adecuada reparación e indemnización integral.

Se debe tener presente que la indemnización surge del resarcimiento de los perjuicios producidos por el daño social, lo cual es diferente de la reparación de los daños directos e indirectos que se causaron. Sobre esta diferencia se ha establecido por la jurisprudencia que:

“[...] no es inoportuno dejar aclarada la diferencia que existe entre daños y perjuicios: los primeros comprenden las pérdidas de orden patrimonial que el individuo sufre...; los segundos son menoscabos también de orden patrimonial que el individuo sufre como una consecuencia indirecta de la acción humana, traduciéndose en pérdidas de utilidades o de lucro. La doctrina y la jurisprudencia han sido uniformes en cuanto a la definición de los daños y perjuicios”²⁸⁷.

²⁸⁷ Sentencia N° 184-2002 del Tribunal Civil Sección II. Además, ver: Voto N° 112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Se entiende por indemnización la acción que tiene la colectividad de exigir al agente causante del daño, una cierta cantidad de dinero (o la realización de cierta acción), la cual debe ser equivalente a la utilidad o al beneficio que esta pluralidad de personas dejó de recibir con motivo de daño ocasionado. Dicha pérdida debe ser real y efectiva.

En el ámbito jurisprudencial se plantea que *“la indemnización no es un precio, es decir, la contraprestación de una relación de cambio que representa el valor monetario de un bien [...]. Indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio a través de un resarcimiento cabal”*²⁸⁸.

Este tema encuentra su fundamento, en la materia constitucional que rige en nuestro Estado de Derecho; pues cuando nos referimos a la indemnización de un daño a la colectividad, toma importancia dentro del sistema democrático el principio de la igualdad de trato y la posibilidad de obtener los recursos necesarios para lograr una defensa efectiva de los derechos, así como una justa indemnización. Al respecto la Sala Constitucional ha planteado que:

“[...] la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados

²⁸⁸ Voto N° 112-1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio"²⁸⁹.

Lo anterior, tiene como presupuesto una mayor participación del ofendido dentro del proceso de cobro del daño social, lo cual hace posible el efectivo cumplimiento de las garantías constitucionales;

*"[...] ahora bien, el reforzamiento y la mayor participación del ofendido en el proceso [...] fundamentalmente pretende favorecer la vigencia de una garantía constitucional: el derecho a la justicia que tiene la persona que ha sido víctima -artículo 41 de la Constitución-. La justicia no debe verse como un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino como uno de sus principios rectores y, en ese sentido, la justicia del caso concreto, o la efectiva solución del conflicto que se plantea ante el órgano jurisdiccional, es una de sus principales manifestaciones. Dentro del derecho fundamental a la justicia se garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional que tiene toda persona que accede al sistema judicial con el fin de que los órganos competentes estudien su pretensión y emitan una resolución motivada, conforme a derecho. Ese derecho a la tutela judicial supone el cumplimiento por parte de los órganos judiciales de los principios y derechos que rigen el proceso y que constituyen todo un sistema de garantías que está integrado fundamentalmente por: el acceso a la tutela judicial, la obtención de una sentencia fundada en derecho, la ejecución de la sentencia (lo que supone reponer a la persona en su derecho y compensarlo si hubiera lugar al resarcimiento por el daño sufrido), y el ejercicio de las facultades y los recursos legalmente previstos. Lo anterior determina que la garantía de tutela jurisdiccional deba ser efectiva, por lo que no resultan admisibles los obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un simple formalismo, o que no sean justificados y proporcionados a las finalidades adecuadas a esa garantía constitucional"*²⁹⁰.

²⁸⁹ Voto N° 5751-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Además, ver: Voto N° 5752-1993 de la misma Sala que plantea que "en efecto, concederle a la víctima u ofendido la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad los recursos más relevantes, tendentes a lograr la defensa de sus intereses, es la única forma de dar plena vigencia a los principios constitucionales contenidos en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política, sobre todo, si, como en el caso que sirvió de base a esta acción, el Ministerio Público no supo representar los intereses que le ha confiado la Ley, al recurrir tardíamente el auto que concedía la prórroga extraordinaria de la instrucción".

²⁹⁰ Voto N° 572-2000 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Todo lo mencionado no es más que una respuesta del ordenamiento jurídico, para garantizar el bienestar social que debe ser tutelado por el Estado, el cual, a partir del perjuicio producido por el daño social se ve afectado. Cuando planteamos la indemnización por daño social, nos referimos a la búsqueda del restablecimiento del bienestar social.

La pérdida de bienestar social es consecuencia directa del perjuicio producido por el daño social, lo que ocasiona insatisfacción en la colectividad al no encontrar resueltas sus necesidades básicas. Lo que se traduce en un perjuicio al capital social²⁹¹, que si bien, como anteriormente se mencionó, no es un concepto estrictamente jurídico, adquiere relevancia al ser el Derecho una disciplina que regula el entorno social.

Al configurarse el daño, se produce un desajuste en la armonía social imperante en una determinada sociedad y socaba las relaciones sociales existentes; afectando la cohesión social en la que se basa la fuerza colectiva que provee de recursos a los individuos y beneficia al conjunto.

El capital social genera beneficios a los individuos, ello por su condición de individuo social, que se caracteriza por su existencia dentro de una estructura determinada.

El Estado, a través del sistema judicial y de los principios que le dan fundamento, debe garantizar que por medio de una justa indemnización se subsanen esos perjuicios, procurando así la seguridad, la paz de la colectividad y el restablecimiento de las relaciones sociales. Se requiere de una indemnización integral de modo que no constituya motivo de empobrecimiento injusto o de enriquecimiento ilícito para el damnificado²⁹².

²⁹¹ Ver: Título I, Capítulo III.

²⁹² Ver sobre el tema: JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Medellín, Colombia, Editorial Jurídica Diké, 2005.

10. Ejecución de la sentencia condenatoria de reparación del daño social

Una vez obtenida una sentencia condenatoria en un proceso en el cual se pretendían la reparación del daño social, resultará pertinente acudir a la vía de ejecución de la resolución judicial. Con el fin de que el derecho de la colectividad sea efectivamente reparado. Por medio de este accionar, los derechohabientes recurren a un proceso, en virtud del cual los tribunales dan efectividad al fallo que les fue favorable en resguardo de sus intereses.

10.1. Ejecución de la acción civil resarcitoria por daño social

En el caso de que el daño social haya sido reclamado por medio de una acción civil, por ser el resultado de un hecho punible, debe atenderse a los artículo 467 y siguientes del Código Procesal Penal que regulan la ejecución de la sentencia penal.

Para que la resolución judicial sea ejecutable, esta debe estar en firme y le corresponde hacer la ejecución al tribunal que la dictó en primera o única instancia, de acuerdo con lo que establece el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Aunque, en cuanto a la ejecución civil, el artículo 479 del mismo cuerpo normativo indica que en los casos en donde la sentencia condene a restitución, indemnización o reparación de daños y perjuicios y no sea ejecutada inmediatamente por orden del tribunal que la dictó, debe ejecutarse por el interesado ante el juez civil o contencioso administrativo, según corresponda.

En cuanto a la acción civil hay dos opciones, la primera corresponde cuando el tribunal que dicta la sentencia, una vez se encuentre firme, la puede ejecutar de

forma inmediata; pues no necesita de trámite posterior para la fijación o liquidación de los daños y perjuicios, de los medios de reparación, ni para el establecimiento de las costas procesales, debido a que durante el proceso contó con los medios de prueba suficiente para dictar lo que se conoce como una condena en concreto. Cuando, surge una condena de este tipo:

“[...] no es necesario brindar emplazamiento al vencido sobre la liquidación de la ejecución, pues ya ese problema se discutió ante el juez sentenciador, ni tampoco es necesario dictar sentencia en relación a la liquidación; simplemente el juez que conoce de la ejecución debe conceder audiencia por tres días a la contraparte en relación a la liquidación de intereses”²⁹³.

Lo ideal es que la sentencia se dicte de esta manera porque será la forma en la que se garantizará, desde un primer momento, la tutela de los intereses que han sido lesionados y su adecuada reparación, sin necesidad de acudir a otra vía a realizar la liquidación del daño y el perjuicio social.

Cuando se presenta la segunda opción; es decir, cuando el tribunal no cuenta con los presupuestos necesarios para hacer la liquidación del daño social en la sentencia, ni la indemnización de los perjuicios, ni la forma en como deben ser atendidas las obligaciones para una reparación integral del daño, es necesario acudir a otra vía. De forma tal que deben efectuarse gestiones como nombramientos de peritos, embargos, etc., posteriores al dictado de la sentencia en la sede penal y acudir a otra vía jurisdiccional con competencia civil para realizar la ejecución de la sentencia y tramitar la ejecución bajo las reglas correspondientes estipuladas para esa vía.

Lo anterior, resulta como consecuencia de lo que se conoce en el Derecho Procesal como condena en abstracto, la cual, según nos indica Méndez:

²⁹³ MÉNDEZ ZAMORA, Jorge. Op. cit.

“[...] debe entenderse como una regla de excepción, utilizable cuando las pruebas evacuadas sean insuficientes para que el juez pueda establecer el monto correspondiente a cada partida o liquidación, en cuyo caso el juzgador puede remitir a las partes a la vía civil con el fin de que en esa sede, en la vía de ejecución de sentencia, se fijen los montos; sin embargo es obligación del juez penal fundamentar las razones por las cuales considera que la prueba no resulta idónea para hacer la fijación”²⁹⁴.

Cabe la necesidad de recalcar que la condena en abstracto se ejecuta cuando se tiene por acreditado el daño en su existencia, extensión y posible cuantificación, pero no hay elementos para determinarlo, mas mediante posteriores acciones resulta determinable en otra vía. Esta posición es la que ha sostenido el Tribunal de Casación Penal para el cual:

“[...] si en este caso no se aportó la prueba para establecer la existencia, extensión y cuantificación del daño material y del daño moral se debió declarar sin lugar la acción en esos dos extremos. Si bien los artículos 124 y 125 del Código Penal de 1941 (Reglas vigentes sobre responsabilidad civil, según Ley N° 4891 de 8 de noviembre de 1971), autorizan al juez para fijar prudencialmente una indemnización pecuniaria para la reparación del daño material y del daño moral, lo cierto es que tal posibilidad se supedita a la condición de que la fijación sea imposible, en todo o en parte, por medio de peritos, circunstancia que no medió en la especie porque según se dice el a quo no se aportó prueba para determinar la reparación pretendida por el actor civil. El artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil dispone que la carga de la prueba incumbe a quien formule una pretensión, respecto de las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho de manera que si en este caso el actor civil pretendía la reparación del daño material y del daño moral, a él le incumbía acreditar concretamente la existencia, extensión y cuantificación de los daños, pero sino lo hizo y no consta alguna circunstancia que razonablemente justificara o excusara dicha omisión, no se justifica el reenvío para la nueva sustanciación de esos extremos como lo pretende la defensa, sino que en realidad lo que corresponde es casar parcialmente la sentencia y declarar sin lugar la acción civil resarcitoria únicamente en relación a la reparación del daño

²⁹⁴ Ídem.

material y moral, que son los puntos de la resolución a los que se refieren los agravios”²⁹⁵.

Por lo anterior se deduce que, lo recomendable en una acción civil por daño social es acreditar por los medios de prueba idóneos, la afectación a los intereses supraindividuales, el grado del menoscabo; es decir, la extensión del daño y la determinación del mismo, mediante pretensiones claras y precisas de la forma en que ese daño social puede resultar reparado para que una vez concluido el proceso penal, el mismo juez pueda encargarse de la ejecutoria.

En caso contrario, le tocaría a la Procuraduría o bien a alguna organización, asociación o fundación interesada acudir a la vía jurisdiccional civil correspondiente para tramitar la ejecutoria.

Alargo plazo puede acabar en la inejecución de sentencias favorables a la tutela de los intereses sociales y el bienestar social, en razón de que dicho órgano y dichas instituciones no acudan a hacerlo.

En lo concerniente a la Procuraduría General, esta ostenta un simple mandato, una delegación de ley para la tutela de estos intereses, encontrándose dentro de sus facultades el poder intervenir en este tipo de situaciones, mas esto no garantiza que la obligación se cumpla en todos los casos.

Igualmente, nos parece de suma relevancia destacar que en los casos en los cuales la condena por daño social corresponde a un monto económico y se dictamina que el mismo se deposite en la Caja Única del Estado, la Procuraduría deja de tener poder alguno en cuanto a la forma en como se van a disponer de esos bienes o pierde la facultad de supervisar el destino de los mismos. Lo ideal, es que los montos que ahí se guarden por concepto de daño social y sean utilizados por la

²⁹⁵ Voto N° 622-2003 del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea del Segundo Circuito Judicial, San José. Ver en el mismo sentido: Sentencia N° 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, San José, Costa Rica.

Hacienda Pública en obras destinadas al uso común; o bien, a la concreta reparación del daño ocasionado. Sin embargo, nada lo garantiza y las facultades de la Procuraduría se ven reducidas a una sugerencia a Hacienda de las distintas acciones que se pueden tomar con los fondos²⁹⁶.

Ante este panorama, se reitera la necesidad de que las sentencias penales sean las que, con base en lo discutido en el proceso y la prueba, determinen la reparación adecuada del daño social, a fin de tener una ejecución del fallo verdaderamente efectiva y ajustada a las pretensiones de la acción.

10.2. Ejecución en otras vías jurisdiccionales

En el caso de que sea necesario acudir a otra vía, como la civil o la contencioso administrativa, para ejecutar una condena en abstracto resuelta en la sede penal, el proceso de ejecución deberá atender a las normas especiales de cada vía para su tramitación, por ejemplo las establecidas en el Código Procesal Civil o bien las del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Esto mismo sucederá en el supuesto de que se admita el reclamo del daño civil ante otra vía, como las señaladas en los apartados anteriores, estas pueden ser, la ambiental, la civil, la constitucional, la contencioso administrativa, según el objeto del daño y las características específicas de los sujetos involucrados.

Es importante recalcar que, sin importar la vía en la cual se reclame el daño, siempre será vital iniciar un proceso cautelar previo, a fin de garantizar la posterior ejecución de una sentencia condenatoria.

El proceso cautelar es aquel que:

²⁹⁶ ENTREVISTA con Gilberth Calderón Alvarado, Procurador de la Ética, 25 de febrero de 2010.

“[...] tiene una finalidad instrumental (accesoria) de otro proceso (principal), consistente en asegurar el resultado de este, o sea evitar que luego de obtenida una sentencia favorable se frustre su resultado como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución”²⁹⁷.

No solo estos procesos tienen la función de evitar la frustración de la sentencia, como consecuencia de una posible demora en la administración de justicia, sino que buscan asegurar, en los casos relacionados con el daño social, la eventual indemnización y restitución que ordene la sentencia.

Su importancia, en cualquiera de las vías en donde se busque la reparación del daño resultará fundamental, en tanto van a permitir que posteriormente se realice una efectiva reparación del daño. Estas medidas pueden ser típicas, cuando están previstas por el ordenamiento, o atípicas cuando no, pero siempre están orientadas al mismo propósito, el aseguramiento del proceso y la real reparación de los daños causados al bienestar social.

²⁹⁷ VESCOVI. Citado en: MÉNDEZ ZAMORA, Jorge. Op.cit. Pág. 177.

TÍTULO III:
**POSIBLES APLICACIONES Y PROPUESTAS PARA UNA MEJOR
COMPRENSIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO SOCIAL**

CAPÍTULO I: POSIBLES APLICACIONES DEL DAÑO SOCIAL

Una vez realizada la conceptualización del daño social y determinados los elementos que componen la figura desde una perspectiva general, es en este apartado en donde nos abocaremos a analizar las diferentes aplicaciones que tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

La utilización de la figura y el cobro respectivo por concepto de su indemnización, cabe no de forma exclusiva en el proceso penal, ya que podría presentarse en otros procesos en tanto se configure una afectación a la colectividad; pues a través de ésta, se destaca la relevancia de los intereses colectivos y difusos tutelados en nuestra Constitución Política.

Con el actual daño social, se plantea y reconoce a la colectividad como un sujeto con derechos que pueden ser lesionados, se comprende como un ente que va más allá de la suma de los individuos que lo componen.

La insuficiente regulación normativa que permita la efectiva tutela y fundamentalmente que permita el cobro de la reparación a los daños ocasionados a los derechos colectivos consagrados en la Constitución Política, así como la ausencia de desarrollo doctrinario, ponen en tela de juicio la existencia y el fundamento de la figura misma, por ello, resulta aún más difícil sostener la propuesta que se plantea en este trabajo de investigación.

Lo dicho, supone el reto de ir más allá de la única norma de rango legal²⁹⁸ que trata el tema y buscar las herramientas legales existentes en nuestro ordenamiento para garantizar la efectiva protección de la colectividad.

²⁹⁸ Ver : Artículo 38. Acción civil por daño social, del Código Procesal Penal.

Debido a su fundamento constitucional y por su importancia colectiva, ese plantea que el daño social puede ser conocido en cualquier vía procesal; ya que con ello se garantiza la consecución del bienestar social²⁹⁹.

En los términos antes esbozados, resulta importante tener claro que la figura en estudio -por sus características y fundamento constitucional-, no solo encuentra aplicación en la materia penal, donde se regula expresamente; sino también puede tener cabida en el ámbito civil, administrativo, constitucional y en procesos que garantizan los derechos de los consumidores, entre otros. De ahí que en el presente capítulo mostraremos algunas de estas ejemplificaciones de aplicación del daño social en los diferentes procesos.

1. Según hechos punibles

Tal y como se analizó en el Título II, la regulación del daño social la encontramos en el artículo 38 del Código Procesal Penal, en donde se establece la acción civil por daño social. Este artículo es el único en nuestro ordenamiento que de forma explícita plantea este tipo de daño, lo que permite cumplir con el requisito de la tipicidad en la materia penal.

Para su cobro se faculta a las asociaciones, fundaciones y otros entes; y a la Procuraduría General de la República como órganos legitimados para el ejercicio de dicha acción. Este último, no actúa en defensa de los intereses del Estado, sino por el contrario, en procura de la protección de los derechos sociales de toda colectividad o pluralidad de personas.

²⁹⁹ Ver: Título II, Capítulo II, apartado 5 de la presente investigación, que trata sobre las diferentes vías para el cobro del daño social.

Aquí adquiere relevancia el tema expuesto, de ampliar la legitimación para el cobro del daño en la vía penal, aspecto abordado en el Título II³⁰⁰, y que se retomará más adelante en el Capítulo II del presente Título.

Al amparo del numeral antes indicado, resulta posible el tutelar los intereses difusos y colectivos cuando resulten dañados o afectados con motivo de un hecho punible. Por tanto, se considera que existen conductas de reproche, que por estar en contra de valores y principios relevantes para la vida en sociedad, tales como: la seguridad, el ambiente, la administración de los fondos públicos, etc.; son por su relevancia, objeto de represión organizada por parte del Estado.

La indemnización por daño social cabe para cualquier hecho que encuentre una pena o sanción dentro de la materia penal. Y tiene como único requisito, que tal hecho haya producido una afectación a la colectividad; pues al respecto no existe en nuestro ordenamiento ninguna limitación o restricción cuando de hechos punibles se trata.

A partir del efecto dañoso de esos hechos es que surge como consecuencia de ellos, la responsabilidad civil. Se legitima en estos casos, el ejercicio de la acción por daño social por medio del procedimiento utilizado para el cobro de la acción civil resarcitoria.

Por tanto, desde el punto de vista del daño social, en cualquier delito comprendido en el Código Penal o en alguna norma especial que comprenda hechos punibles, cabe la reparación e indemnización por este tipo de daño; lo principal es que se configuren los supuestos y elementos que le dan origen, ya estudiados en el Título anterior. Se puede dar tanto en el delito de robo, como en el de corrupción o en delitos ambientales, o en aquellos hechos en donde se constate una afectación al patrimonio cultural del país.

³⁰⁰ Ver: Título II, Capítulo II, apartado cuarto.

Seleccionamos algunos hechos punibles, donde la afectación a la colectividad es más clara e incluso evidente, consecuencia de los bienes jurídicos que tutelan. Sin embargo, no es una lista exhaustiva, la elección se debe a que permiten ejemplificar de mejor manera la presencia de la figura, por la vulneración a los intereses difusos y/o colectivos a causa del hecho delictivo.

1.1. Delitos ambientales

Pese a que la materia ambiental tiene su origen en normas constitucionales, no podemos dejar de lado la importancia que han generado las sanciones en la vía penal por medio de los delitos en contra del ambiente, estos vienen a reforzar su carácter de derecho fundamental y la importancia del bien jurídico constitucionalmente tutelado.

Plantear el tema del daño social en los delitos contra el ambiente, resulta fácil de entender, debido a la importancia que tiene el ambiente sano en el desarrollo de los seres humanos, situación por la cual se cuenta con un gran un gran número de legislación que viene a regular y tutelar este bien jurídico en nuestro ordenamiento.

Todo este cuerpo normativo adquiere vigencia, cuando se constate una pérdida o perjuicio que se ocasione al ambiente o a sus componentes. Se tendrá presente que el daño no sólo afecta el entorno en cual que se desarrolla la vida, sino también la salud de los seres humanos; así como su derecho de propiedad, en tanto estos se vean lesionados de una u otra manera. En este sentido, Vallecillo Alfaro nos recuerda que:

“[...] es importante considerar que el ambiente al tener una evolución natural, puede ser alterado por las actividades culturales, económicas, sociales, entre otras, del ser humano, las cuales van a tener como resultado consecuencias o impactos que

*podría ser beneficiosos o perjudiciales. A partir de esta consideración, se podría denominar daño ambiental a aquellos impactos negativos, ya sean imperceptibles o hasta aquellos que producen cambios irreversibles*³⁰¹.

Además, señala la misma autora que *“los daños responden a un proceso que se mide a través del tiempo y que se compone de una serie de efectos ya sea físico químicos, físico biológicos, socioeconómicos, los cuales se generan en el sitio específico, pero también afectan negativamente el entorno como los ecosistemas y la sociedad*”³⁰².

Es decir, en el daño a la naturaleza se evalúa, tanto el efecto mismo sobre el recurso, como el efecto que tiene en el entorno en donde se encuentra o encontraba; la cuantificación de este se remite únicamente a las alteraciones que produjo en los componentes de un ecosistema, siendo esenciales el suelo, el aire y el agua y la biota, tanto los efectos en su degradación como en su agotamiento. Al respecto, Peña Chacón establece que:

“[...] el daño ambiental además de afectar los ecosistemas, la biodiversidad y la salud, en muchas ocasiones perjudica los derechos subjetivos de una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de fácil o difícil individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido, siendo en la mayoría de los casos la comunidad como un todo la afectada, asistiéndole a todos y cada uno de los sujetos que la conforman, legitimación [...], al verse vulnerarse un interés de naturaleza difusa”³⁰³.

³⁰¹ VALLECILLO ALFARO, Yuliana. La reparación civil por daño ambiental en delitos forestales. propuesta de plan de reparación aplicable al área de Conservación Tortuguero. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2009. Pág. 60.

³⁰² *Ibíd.* Pág. 64- 65.

³⁰³ PEÑA CHACÓN, Mario. Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006. Pág. 24.

Un ejemplo de lo anterior, constituye la destrucción de un bosque por un incendio forestal, ya sea con dolo o culpa³⁰⁴. En este caso no sólo se puede constatar una lesión al ambiente, sino también se configura y agudiza ese daño a la naturaleza cuando se afecta el bienestar social de las personas y poblaciones del entorno.

Asimismo, resulta aún más claro el daño a la colectividad, cuando dicho incendio destruyó el bosque cercano a una naciente de agua, lo cual permitía la captación de la que depende el acueducto que suministra este líquido a toda la población de una comunidad. Afecta no sólo la oferta hídrica, sino también la calidad del agua en el futuro.

Por otra parte, cuando se deforestan zonas que tienen como faena la función de configurarse como barreras naturales de protección contra inundaciones, se configura una situación que deja en gran riesgo a la comunidad que se encuentra en las partes bajas de la ladera o a las poblaciones cercanas a los ríos, sobre todo en época lluviosa.

Estos ejemplos evidencian que la reparación del daño ambiental, no supone una indemnización para los daños y perjuicios causados a la sociedad, es por ello que la figura del daño social adquiere relevancia y vigencia cuando se trata del daño a la naturaleza; pues con este último, se garantiza el restablecer la afectación ocasionada a la colectividad. Lo anterior es producto de la responsabilidad civil extracontractual, la cual surge por estos tipos de hechos punibles.

El daño social en los delitos ambientales, tiene cabida no sólo por lo ya mencionado, sino también cuando analizamos el bien jurídico que se protege, pues el ambiente se constituye como eje principal de análisis, cuyo carácter es de naturaleza colectiva, lo cual lo convierte en un bien que se refiere a la satisfacción de necesidades sociales y económicas.

³⁰⁴ Ver: delitos que se encuentran regulados en los artículos 59 y 60 respectivamente de la Ley Forestal.

“El delito ambiental afecta distintos campos de la sociedad porque se constituye en un delito social, pues afecta las bases de la existencia social; económico, pues atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, pues pone en peligro las formas de vida autóctonas, en cuanto implica destrucción de los sistemas de relaciones hombre-espacio”³⁰⁵.

El daño social tiene vigencia en este tema, pues con la afectación al recurso natural, se producen lesiones a la sociedad que se manifiestan en la pérdida de los beneficios derivados de ella. Se debe tener claro que los recursos naturales producen bienes y servicios para las colectividades, por lo que el daño se manifiesta con la pérdida del disfrute de estos³⁰⁶.

Cuando se produce una afectación a ese bien jurídico tutelado, ese puede inferir que se configuró un daño al ambiente y con este el daño social; así se legitima la causa a la Procuraduría General, en virtud del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el artículo 16 del Código Procesal Penal, para iniciar la acción penal cuando se afecten sujetos indeterminados en aquellos delitos de relevancia social, como los ambientales. Lo que se encuentra regulado en el artículo 16, párrafo segundo, del Código Procesal Penal, el cual refiere:

“[...] en los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre y la hacienda pública, [...] la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin estar subordinada a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos que inicien por acción de esa Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercitar los mismos recursos que este Código concede al Ministerio Público”.

³⁰⁵ VALLECILLO ALFARO, Yuliana. Op. cit. Pág. 68.

³⁰⁶ PEÑA CHACÓN, Mario. Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente. Op. cit. Pág. 36.

Además de la posibilidad que se le confiere de dar inicio al proceso, la Procuraduría puede cobrar en esta vía el daño social, cuando por la comisión de cualquier delito ambiental, sea que se encuentre este tipificado en norma especial o en el Código Penal, produzca una afectación a la colectividad.

Sobre el tema del ambiente existe en nuestro país un amplio desarrollo normativo, en él encontramos un gran número de sanciones penales tipificadas en las distintas leyes especiales y en el mismo Código Penal, las cuales están elaboradas como medidas preventivas de control social, garantizando la tutela de dicho bien jurídico.

En términos generales, el delito ambiental se caracteriza por los siguientes elementos: primero se concibe como un delito de peligro, en tanto, solo basta colocar en peligro el bien jurídico para sancionar al sujeto activo, pues los bienes tutelados son de interés social y colectivo. Asimismo, como segundo elemento se observa que son delitos culposos o dolosos, debido al interés jurídico que configura el medio ambiente. Y tercero, son delitos de acción pública, lo cual refuerza su origen constitucional y la relevancia que tienen para el establecimiento del bienestar social.

Algunos ejemplos de delitos ambientales, contenidos en las distintas leyes son:

- En el Código Penal encontramos la usurpación agraria (art.225), la usurpación de aguas (art.226), dominio público (art.227), daño agravado (art.229), piratería (art.258), la corrupción de sustancias alimenticias o medicinales (art.261), contaminación de otras sustancias (art.262), explotación indebida de riqueza nacional por extranjeros (art.291), resistencia (art. 305), usurpación de autoridad (art.310) y los referidos a delitos cometidos por funcionarios públicos (art.358). Estos delitos son muy variados, sin embargo todos configuran violaciones específicas que puede sufrir el medio ambiente y la salud de las personas. Además, se incorpora un

agravante para aquellos delitos cometidos con ocasión de la función pública que desempeñan los funcionarios del Estado.

- En la Ley Forestal se encuentran desde el artículo 58 hasta el 63. Aquí se sanciona la invasión a un área de conservación o protección, el aprovechamiento de recursos forestales en terreno de patrimonio nacional, la explotación de la madera, los incendios forestales, el aprovechamiento de los productos forestales en terrenos privados sin autorización, entre otras conductas establecidas.
- En la Ley de Aguas se establecen los artículos 162 y 163, donde se pena la contaminación de los cauces de las aguas públicas con basuras, colorantes o sustancias de cualquier naturaleza que perjudique el cauce o terrenos, o pongan en peligro los animales, la agricultura o la industria.
- En la Ley de Conservación de la Vida Silvestre se regulan los delitos en los artículos 90 y siguientes de dicho cuerpo normativo. Los tipos contenidos refieren en términos generales a conductas relacionadas con la explotación y extracción de flora sin autorización o en peligro de extinción, así como cazar sin autorización, comerciar, negociar o traficar animales silvestres, entre otras.
- El Código de Minería, nos remite a los artículos 138 al 141, en donde la conducta reprochable se refiere al patrocinio de actividades mineras ilícitas, realizar actividades mineras sin contar con el permiso o concesión o que el titular del permiso realice labores fuera de las autorizadas.

- La Ley de Protección Fitosanitaria, plantea como conductas típicas las referidas a la diseminación de una plaga, quien importe o ingrese agentes de control biológico u otros organismos de uso agrícola prohibido o restringidos, los daños causados al ambiente, agricultura, salud humana o animal. Las penas impuestas se agravan un tercio, más la inhabilitación cuando sean cometidas por funcionarios públicos (del art.68 al 74).
- En la Ley de Pesca y Acuicultura, específicamente en los artículos 139 y siguientes, se exponen los delitos referidos a la sanción de conductas relacionadas con la autorización de descarga de aletas de tiburón sin el respectivo cuerpo o vástago, con el fin de comercializarlas. Asimismo, aquellas acciones destinadas a la captura o matar mamíferos marinos o especies acuáticas declaradas en peligro de extinción, entre otras.
- La Ley de la Zona Marítimo Terrestre, plantea la prohibición de explotar la flora y la fauna sin autorización en la Zona Marítimo Terrestre, se prohíbe la extracción de arena o explotación de arena sin permiso o permiso ilegal, construir en la zona pública, entre otras conductas típicas.

Es importante mencionar que la legislación y los delitos antes mencionados no son más que una pequeña muestra de las conductas típicas que tutelan el ambiente, y en las cuales, según la naturaleza y gravedad de la afectación, cabe eventualmente el cobro del daño social por la lesión ocasionada a la colectividad.

Se propone, en suma que este tipo de daño puede ser cobrado con ocasión de los delitos ambientales. En esta vía, el tema del daño a la colectividad ha sido discutido doctrinariamente y, por lo tanto, su cobro se facilita, al evidenciar un criterio más amplio y flexible cuando se trata de la defensa de los derechos ambientales.

1.2. Delitos tributarios

La naturaleza de los delitos tributarios, ha sido ampliamente discutida a lo largo de su desarrollo a la hora de consolidarse. La determinación del bien jurídico tutelado por este tipo de delitos, no ha escapado a ello. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que el bien jurídico tutelado es el patrimonio del Estado, el Erario Público y con ello, la Hacienda Pública. Entendida esta última, como el conjunto de haberes, bienes, rentas, impuestos, etc., correspondiente al mismo Estado. Estos se caracterizan por proteger intereses patrimoniales de carácter supra individual, lo cual permite desligarlos del simple delito patrimonial individual. Estos delitos se justifican, tal y como señala Medrano en:

“[...] el específico y peculiar destino financiero y social de este patrimonio de titularidad estatal, resaltando la importancia de su afectación por su incidencia en el ahorro, la inversión, la distribución equitativa de la renta nacional, etc., en definitiva, en el menoscabo de las posibilidades del Estado de llevar a cabo una política financiera y fiscal justa”³⁰⁷.

El delito al Fisco produce no sólo una lesión a la Hacienda Pública, como se indicó, sino también afecta directamente la función del Estado, como aparato garante del bienestar social. Al respecto explica Wittmann, que estos delitos lesionan *“[...] el buen funcionamiento de la intervención del Estado en la economía e impide la consecución de una serie de fines de carácter económico y social, que el Estado persigue con la percepción de los tributos”³⁰⁸.*

A partir de lo anterior, se destaca una característica esencial de este tipo de delitos, y doctrinariamente también se plantea, la cual consiste en su carácter pluriofensivo. Esto supone que afecta a varios bienes jurídicos; en primer lugar el

³⁰⁷ MEDRANO, Pablo. Delitos tributarios : bien jurídicos y tipos legales. En: MAIER, Julio. Delitos no convencionales. Buenos Aires, Argentina, Editores del Pueblo, 1994. Pág.27-28.

³⁰⁸ WITTMANN STENGEL, Susana. Delitos Tributarios: aspectos teóricos y prácticos. Corte suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica, 2009. Pág. 32.

patrimonio del Estado y, en segundo término, la actividad administrativa encaminada a garantizar el orden económico del Estado. El autor Martínez explica sobre este tema que

“[...] como típico delito económico, el delito fiscal actúa sobre el ahorro, la inversión, el empleo, la redistribución de la renta, etc. En consecuencia, con el delito fiscal se trata de proteger indirectamente la integridad del orden económico [...]. En cuanto delito económico, el delito fiscal lesiona el orden que rige la actividad económica, cercenando el equilibrio que tiene que existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico [...]. En definitiva, es un delito pluriofensivo. Por medio de este el legislador trata de proteger en primera línea, el patrimonio del Erario público; y, además, tutela de forma indirecta la integridad del orden económico en sentido estricto, la cual deviene necesaria para una correcta planificación económica de la nación y para poder obtener las finalidades de política económica y social que un Estado social y democrático de Derecho está obligado a cumplir”³⁰⁹.

La doctrina tributaria considera que los ilícitos fiscales conforman una unidad que tiene por objeto tipificar infracciones que se generan con el incumplimiento de las obligaciones o los deberes tributarios, en aplicación de las penas impuestas.

En nuestro país, los delitos tributarios se encuentran regulados en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios³¹⁰. Estos se pueden agrupar a partir de cuatro de los elementos que configuran el bien jurídico tutelado, además de que su afectación ocasiona daño social. Estos son:

- La defraudación fiscal, se compone por del delito de inducción a error a la Autoridad Tributaria (art.92). La acción típica contenida en este, consiste en realizar declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro tipo de engaño, ya sea por acción u omisión, con el fin de evadir total o

³⁰⁹ MARTÍNEZ, Carlos. El delito fiscal. Citado en: WITTMANN STENGEL, Susana. Op. cit.

³¹⁰ Específicamente desde el artículo 92 y hasta el artículo 98 de dicho cuerpo normativo.

parcialmente el pago de tributos al fisco. Esa inducción a error debe necesariamente generar un perjuicio a la Hacienda Pública.

La Procuraduría General puede exigir, por medio de una acción civil, el pago de la obligación defraudada así como de los intereses. Además, puede gestionar el cobro del daño social, por la afectación ocasionada a la colectividad al no recibir a tiempo los tributos o impuestos necesarios, por ejemplo para la realizar proyectos viales o para recaudar el presupuesto anual destinado al sector de la educación.

- Como segunda clasificación se encuentra la no entrega de los tributos retenidos o percibidos. En esta tipología encontramos el delito con la misma denominación, el cual se regula en el artículo 93. Este numeral refiere a los agentes retenedores o perceptores de tributos³¹¹ y al contribuyente del impuesto general sobre las ventas y del impuesto selectivo de consumo.
- Aquellas acciones en contra de los deberes de la función pública, aquí encontramos los delitos regulados en los artículos 98 y 98bis, denominados responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión dolosa, y responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión culposa, respectivamente. En lo que respecta al primero, se plantea este como un delito subsidiario de los ya indicados en los artículos 92 y 93, lo anterior debido a que en éste se sanciona al funcionario público que colabore o facilite la comisión de dichos delitos de manera dolosa. Mientras que en el segundo tipo se pena de manera separada cuando la acción anterior, se comete de forma culposa, ya sea por negligencia, imprudencia o descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones.

³¹¹ En el artículo 23 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, se definen estos términos cuando se indica que *“son agentes de retención o de percepción, las personas designadas por la ley, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente”*.

Un ejemplo en donde concurren ambos delitos, sería el caso en donde un funcionario no cuide debidamente su clave de acceso a sistemas informáticos (art.98bis), situación que aprovecha por otro funcionario para colaborar o facilitar el incumplimiento de los deberes tributarios³¹².

- Por último, los ilícitos informáticos tributarios. En esta clasificación se ubican los delitos de acceso desautorizado a la información (art.94), manejo indebido de programas de cómputo (art.95), facilitación del código y la clave de acceso (art.96) y el referente al préstamo de código y clave de acceso (art.97). Estos se caracterizan por sancionar el no cumplir con el deber de guardar la confidencialidad de la información tributaria, así como la de no garantizar la confianza que se desarrolló entre la Administración Tributaria y sus servidores públicos.

Es claro que con el desarrollo de la puesta en marcha de la conducta típica contenida en los ilícitos tributarios, se incurre en una clara afectación a la colectividad, en tanto se afecta el desarrollo ordinario de un Estado impidiendo el cumplimiento de las tareas que le han sido encomendadas para la satisfacción de los intereses de sus ciudadanos, al impedirse la recaudación tributaria y el buen funcionamiento de la Administración Tributaria. Es por ello, que cualquier lesión a este bien jurídico, puede ocasionar un daño social.

1.3. Delitos contra los deberes de la función pública

Los delitos comprendidos en esta clasificación parten del supuesto de que le corresponde a la Administración Pública servir al interés general, lo cual se enmarca en un sistema democrático regido por principios como la legalidad

³¹² Ver: WITTMANN STENGEL, Susana. Op. cit.

constitucional, la seguridad jurídica, la transparencia; en valores tales como la honradez y responsabilidad; así como la rendición de cuentas. Por su relevancia se ha desarrollado un amplio conjunto de normas que vienen a regular y sancionar las conductas que afectan el buen funcionamiento.

Se entiende en términos generales por Administración Pública *“el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno, y de prestar los servicios que el Estado atiende”*³¹³. En este sentido, el término Administración, se utiliza para determinar el conjunto de sujetos (órganos o personas) que realizan en forma prevalente el manejo práctico, concreto, ejecutor de los asuntos estatales.

Esto alcanza la actividad de los sujetos investidos de la autoridad administrativa. Por tanto, sólo pertenecen a la Administración Pública las actuaciones de las autoridades estatales y se identifica con las personas u órganos encargados de ejercer dicha función; comprenden las entidades que estructuralmente pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, ministerios, departamentos administrativos, unidades administrativas especiales, superintendencias en el sector central, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, alcaldías y municipios, así como los entes centrales y descentralizados.

Comprender lo anterior dentro del contexto de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, supone el deber de procurar que la ciudadanía se vea respaldada por una Administración que funcione de manera eficiente y objetiva, con el fin de garantizar el interés común. Exigencia que descansa no solo en un marco normativo, sino, también en esos valores imperantes en la sociedad, pues resulta difícil comprender la existencia de una Administración que satisfaga el bien común sin la coexistencia de funcionarios públicos comprometidos con un ejercicio acorde con los principios de probidad y legalidad.

³¹³ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Colombia, Editorial Talleres Gráficos. Pág. 167.

En razón de ello, la propia Constitución Política de nuestro país, establece en su artículo 11³¹⁴, que los funcionarios públicos son simples depositarios del poder y que la acción para exigirles responsabilidad penal, cuando actúan de manera contraria al ordenamiento jurídico, es pública; lo cual somete sus actuaciones al control y fiscalización ciudadana.

“De lo anterior se deriva un imperativo insoslayable para las autoridades de Gobierno, en el sentido de encontrar mecanismos idóneos y necesarios, de naturaleza jurídica, que permitan ratificar este valor constitucional de profunda consistencia democrática, y que sirvan para combatir cualquier manifestación de corrupción en la gestión pública, erradicando la impunidad y sancionando las conductas de los funcionarios públicos expresivas de ese disvalor social”³¹⁵.

Se entiende entonces la función pública como la cual se encarga a un sujeto que tiene cualidades específicas concedidas por el Estado y, al mismo tiempo, actúa en su nombre para la consecución de una serie de actos que tienen trascendencia pública y afectan intereses de una colectividad.

Desde la jurisprudencia constitucional se afirma que el moderno concepto de Estado Social de Derecho apareja un insoslayable aumento del intervencionismo estatal, como mecanismo necesario para la realización efectiva de los derechos.

³¹⁴ Dicho artículo indica que: *“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.*

³¹⁵ MATA, Sianny. Las acciones represivas de política criminal contra la corrupción del servidor público en Costa Rica y crítica al tratamiento diferenciado del instituto de la prescripción de la acción penal en materia de delitos contra la función pública: análisis de la “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2004. Página 4.

Esta circunstancia supone que el concepto clásico de la función administrativa se vea reemplazado por otro más acorde con la nueva realidad jurídica y que, así mismo, la organización del Estado moderno responda a nuevos criterios.

Consecuencia de lo anterior, localizamos en nuestro ordenamiento una serie de conductas que han sido tipificadas con el propósito de regular las actuaciones que contrarían el buen funcionamiento de la Administración; sobre todo que lesionan los intereses de carácter colectivo con el inadecuado ejercicio de la función pública que se les consigna.

Encontramos estos delitos en el Código Penal desde el artículo 331 hasta el 358 de dicha norma; asimismo tipos penales consignados en los artículos del 45 al 60 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública.

Si bien el ordenamiento jurídico no es la causa ni la solución directa de los problemas que afectan la función pública, es importante tener presente que la adecuación del marco legal a los supuestos de hecho en donde se observan conductas contrarias a esos valores, es un medio por el cual se puede influir en procura de su idónea erradicación. Ya que, la indebida actuación de los funcionarios públicos y por ende de la Administración, es lo que lesiona a la colectividad, produciendo un daño social.

Ejemplo de lo anterior, lo constituye el delito de peculado (art.354 del Código Penal) en el ejercicio de la función pública, que lesiona el régimen democrático de nuestro país; con ello resulta difícil la gobernabilidad y genera la pérdida de credibilidad en la actuación de los funcionarios público. Consecuentemente, la pérdida de bienestar social, lo cual tiene un claro vínculo con los delitos de corrupción que tienen como bien jurídico tutelado lo antes mencionado. Al respecto se establece que estos delitos afectan:

“[...] a los seres humanos en general, es fundamental rescatar los principios y valores fundamentales que dan base al sistema democrático. Valores como la tolerancia, la igualdad y la solidaridad, que permitan fortalecer la democracia, orientada a que nuevas actitudes y creencias sirvan de pauta y delimitación de conducta para cada uno de los ciudadanos, y de los políticos”³¹⁶.

En un delito como el peculado, al funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Además de ello, abarca las conductas referidas a actividades corruptivas realizadas por funcionarios públicos, con o sin participación de particulares, que ponen en peligro o dañan el patrimonio, los fines formalmente previstos o el funcionamiento del Estado, actuaciones que producen una afectación a los ciudadanos y con ello un daño social.

1.4. Delitos contra el patrimonio arqueológico nacional

El patrimonio arqueológico nacional lo constituyen, según el artículo 1 de la Ley de Protección al Patrimonio Arqueológico.

“[...] los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas”.

Este patrimonio es un elemento esencial en el establecimiento y definición de la cultura costarricense, y de la configuración de la identidad nacional, por lo cual resultan bienes apreciados socialmente . Compartir un mismo origen histórico y tener objetos simbólicos que lo muestran, se convierte en un tema de gran

³¹⁶ Mata, Sianny. *Ibíd.* Página 3.

relevancia en todo ámbito social. De ahí que con la afectación de estos objetos, se configure un daño a la colectividad. En suma, un daño social.

Este daño se configura, porque todo ciudadano tiene el derecho a conocer su cultura, así como los valores y principios que se establecen en un espacio colectivo³¹⁷. Por lo anterior, el Estado ha emitido una serie de conductas típicas que sancionan la destrucción de este patrimonio arqueológico; pues el propósito de la misma normativa, es establecer la responsabilidad de todos los costarricenses de conservar y cuidar estos símbolos con el fin de garantizar que las futuras generaciones tengan acceso a la historia de las culturas indígenas de nuestro país.

Los artículos 20 y siguientes dicha la ley, penan con prisión conductas que lesionan el bien jurídico tutelado, por ejemplo: se sanciona el no dar cuenta de los hallazgos arqueológicos, el dañar o destruir un monumento, el realizar trabajos materiales o explotación arqueológica sin autorización, el disponer para sí o para otros de los objetos arqueológicos, comerciar los objetos, sacar o pretender sacarlos del país, entre otras conductas.

Es claro que con la comisión de alguno de estos hechos punibles, se está ocasionando un daño social, una afectación a la colectividad que tiene fundamento en la pérdida, destrucción o apoderamiento indebido de los objetos arqueológicos que constituyen propiedad del Estado, pero que definen nuestra identidad nacional.

1.5. Delito contra el patrimonio histórico arquitectónico

Al igual que en la ley antes indicada, en la Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico se busca la conservación y la preservación del legado cultural e

³¹⁷ Reglamento de Requisitos y Trámites para Estudios Arqueológicos. Poder Ejecutivo. Decreto N° 28174-Mp-C-Minae-Meic.

histórico. En este caso, con respecto de aquellas construcciones con un valor histórico-arquitectónico y significado relevante en la configuración de la cultura nacional. Su ámbito de aplicación comprende además de la totalidad de edificaciones, los monumentos, los sitios y centros históricos así declarados³¹⁸.

Dicha Ley en su artículo 2, establece que forma parte del patrimonio histórico arquitectónico “*el inmueble de propiedad pública o privada con significación cultural o histórica, declarado así por el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes de conformidad con la presente Ley*”.

Con ello, se declaran de interés público la investigación, la conservación, la restauración, la rehabilitación y el mantenimiento de este patrimonio. Y se constituye en un aspecto central en el rescate de nuestra historia arquitectónica, por lo que cualquier afectación a estos inmuebles puede llegar a configurar un daño a la colectividad, un daño social. Este dependerá de la gravedad del daño y de las características históricas del inmueble. Por ejemplo, tal daño pudo cobrarse con el incendio ocasionado a la Casona de Santa Rosa y los objetos que se encontraban dentro de ella, al dañarse un bien de gran importancia histórico-cultural del país.

En el artículo 20 de la ley en discusión, se sanciona con pena prisión a quien dañe o destruya un inmueble declarado de interés histórico-arquitectónico. Ello, no es más que una muestra de la relevancia social que estos bienes tienen en la creación y transmisión de la cultura nacional.

1.6. Delitos contra los derechos de los consumidores

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, vino a poner en evidencia un tema central en el desarrollo económico del país,

³¹⁸ Ver: Voto N° 0265-2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica..

protegiendo a los distintos sectores que componen este complejo ámbito. Dando sustento al derecho de los consumidores ya contenido en nuestra norma constitucional en su artículo 46, último párrafo que dice *“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”*.

Lo anterior, a partir de innovaciones que dicha ley presentó. Al respecto nos dice Saborio, que entre ellas se tienen

“[...] la eliminación y racionalización de los trámites comerciales innecesarios, crea regulaciones para la protección de la salud humana, animal y vegetal, la seguridad, la protección al medio ambiente y el aseguramiento de los estándares de calidad, contempla prohibiciones y sanciones a las prácticas contrarias a la libre competencia, y establece como derechos del consumidor, entre otros, la educación, información y promoción de organizaciones de consumidores”³¹⁹.

En este sentido, se establecieron tres ejes fundamentales que orientaron la constitución de la ley y el rol que tienen los consumidores: la desregulación económica, promoción de la competencia, y la defensa efectiva del consumidor.

Los consumidores dentro de la economía de los países son un pilar esencial, al ser los agentes económicos más importantes en la actividad del mercado, no sólo nacional, sino también internacional.

Se concibe como un colectivo que puede ser dañado o lesionado con la dinámica del mercado mismo y con las acciones efectuadas por los comerciantes o empresarios.

³¹⁹ SABORIO MARÍN, Luis Diego. Análisis al derecho de elección del consumidor en Costa Rica. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2003. Pág. 127.

En este tema es claro que persiste un interés general, no sólo para los comerciantes en la venta y distribución de sus productos, sino para los consumidores que tienen el derecho de contar con información y calidad en estos. Además del beneficio que sufre la economía del país cuando las relaciones comerciales y el mercado cuenta con acuerdos y estabilidad.

Los derechos de los consumidores nacen como una protección legal, que surge luego de un desarrollo económico, en la cual comerciantes empiezan a producir y comercializar productos en masa. Se estableció como una necesidad de proteger la posición desigual o vulnerable de los consumidores ante una economía capitalista, en donde cada vez es mayor el poder de las empresas.

Dichos derechos se encuentran contenidos en el numeral 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor cuando indica que

“ARTÍCULO 32.- Derechos del consumidor.

Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

c) El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

d) La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.

e) La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.

f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a

prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.

g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten”.

Por lo anterior, se han establecido distintos mecanismos de protección. Uno de ellos lo configura el penal que sanciona a los autores y coautores de hechos punibles que afectan a los consumidores y en los cuales, cabe el cobro por daño social, por la lesión a sus intereses colectivos; se entienden a los consumidores como una colectividad, la cual se puede ver afectada por acciones que lesionan sus derechos como grupo. Debido a lo anterior, se establece en el artículo 63 de la misma Ley los delitos que perjudican al consumidor:

“[...] las penas de los delitos de ‘usura’, ‘agiotaje’ y ‘propaganda desleal’, indicados en los artículos 236, 238 y 242 del Código Penal, deben duplicarse cuando se cometan en perjuicio de los consumidores, en los términos estipulados en el artículo 2 de esta Ley. Las mismas penas se aplicarán cuando el daño causado exceda el monto equivalente a cincuenta veces el menor de los salarios mínimos mensuales, o cuando el número de productos o servicios transados, en contravención de los citados artículos, exceda de cien. Se reprimirá con la pena prevista en el artículo 216 del Código Penal, tipificado como “estafa”, a quien debiendo entregar un bien o prestar un servicio, ofrecido públicamente en los términos de los artículos 34, 37 y 41 de esta Ley, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de un engaño o cualquier otra acción manipuladora. En esos casos, la Comisión nacional del consumidor debe remitir el expediente a los órganos jurisdiccionales penales, de conformidad con el inciso f) del artículo 53 de la presente Ley”.

Los delitos antes citados, no deben comprenderse como una lista exhaustiva, sino como una muestra de los posibles ilícitos en los cuales se pueden afectar los derechos de los consumidores y producir, a partir de ellos, la existencia de un daño social. Otros ejemplos son, los relacionados con la salud, que encuentran

regulación en la Ley General de Salud, la Ley de Aguas o en mismo Código Penal con respecto a los delitos relativos a la seguridad común, entre otros.

2. Según hechos lícitos o ilícitos civiles

Debido a la regulación expresa del daño social en el Código Procesal Penal, bien puede pensarse que su cobro resulta improcedente en otras materias por no encontrarse de manera expresa regulado. Sin embargo, por su origen y fundamento constitucional consideramos que sí es posible pretender en otras vías su reparación e indemnización, sin que esto sea contrario al ordenamiento jurídico.

Lo anterior, encuentra sentido cuando analizamos que con esta figura lo que se protege son derechos colectivos, ya consagrados en la Constitución Política. Asimismo, por disposición legal cuando los derechos son contrariados, surge como consecuencia de ello, la garantía del artículo 41 de la misma Constitución, cuando otorga el derecho de ostentar una reparación integral de los daños causados a esa pluralidad de personas. Por tanto, no es el procedimiento utilizado lo que debe garantizar la tutela de estos derechos, sino más bien como ya se indicó, dicha tutela debe ser garantizada por ser un derecho de rango constitucional que comprende el ordenamiento jurídico.

Sostenemos que el cobro por daño social cabe cuando se trata de hechos lícitos o ilícitos civiles, los cuales se pueden conocer en vía civil, o en la administrativa cuando se produce como consecuencia de la actuación de la Administración, en los procesos que tutelan los derechos de los consumidores, o bien en la vía constitucional por medio de un recurso de amparo.

2.1. Vía civil

Consecuencia de los cambios sociales y con ello, la ampliación de la responsabilidad por daños³²⁰, supone un ensanchamiento de los daños resarcibles, con el fin de ajustarse a los nuevos derechos y necesidades de tutela de los individuos.

Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, y toma en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc., imponiendo que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero.

La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado. Por lo que se comprenden la responsabilidad extracontractual subjetiva y la objetiva a la vez, cuando se trata de indemnizar el daño producido a la sociedad.

Lo anterior encuentra fundamento en la ampliación de una gama de intereses que, al ser afectados o lesionados, exigen su reparación, en donde no sólo nos circunscribimos en una concepción clásica del derecho, en la cual el individuo es el centro de tutela; sino por el contrario resultan reparables un conjunto de intereses que se vieron lesionados por el mismo hecho generador, dentro de esta apertura podemos ubicar los intereses difusos y colectivos.

De ahí que, por medio de los procedimientos existentes, consideramos que al verse afectados esos intereses de la colectividad, el daño social puede ser cobrado en la vía civil. Esto es producto del proceso de democratización que está experimentando la responsabilidad extracontractual, con el propósito de extender la tutela y garantizar la reparación de cualquier tipo de daño ocasionado.

³²⁰ Ver: Título I, Capítulo II.

En esta vía, el daño social debe comprenderse como un daño más, el cual debe ser reparado dentro de las posibles afectaciones que se pueden indemnizar, en tanto cumpla con los elementos requeridos para su configuración y existencia.

Ejemplo de ello lo constituye una empresa que desarrolla actividades agrícolas, como la utilización de ciertos agroquímicos autorizados en sus plantaciones; sin embargo, por su utilización incurre en una lesión a la tierra que afecta a los demás productores. Es claro que la situación de la empresa a pesar de ser lícita, es causa generadora de riesgo y fuente potencial de daños para la zona, el desarrollo social y económico de la misma; por lo que cabe la reparación por daño social debido a ese riesgo creado a la población vecina y al desarrollo productivo de la comunidad.

Por tanto, el cobro por daño social debe ser indemnizado dentro de la normativa de los artículos 1045 del Código Civil y 1048 del mismo cuerpo normativo, así como las disposiciones jurisprudenciales acerca de estos tipos de responsabilidad extracontractual.

Además no debemos olvidar que dentro de esta vía, también cabe el cobro por daño social cuando se han visto lesionados los derechos de los consumidores, tal como se analizaron en el apartado precedente. Sea por responsabilidad extracontractual subjetiva u objetiva, situación que se regula en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Lo anterior cabe, cuando se traten de hechos lícitos o bien cuando nos encontramos ante un ilícito civil. Este último se plantea como un comportamiento simplemente dañoso, no tipificado por la ley penal y cuya sanción consiste en imponer al autor la obligación de resarcir o indemnizar el daño. Simplemente son actos dañosos que recaen sobre algún interés de relevancia colectiva.

2.2. Vía contencioso administrativo

Proponemos la posibilidad de cobrar en esta vía el daño social, cuando el Estado es el agente productor del mismo, ya sea por comportamiento lícito o simplemente por la producción de hechos dañosos.

Debido al sistema de responsabilidad que aplica en esta rama del Derecho, según se trate de uno u otro régimen de responsabilidad administrativa, ya sea con falta o sin falta. Al respecto Jinesta Lobo expone que

“[...] el sistema de responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio especial –responsabilidad por conducta lícita o funcionamiento normal-, el criterio determinante para que exista responsabilidad de las administraciones públicas es el quebranto del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas y el consiguiente daño especial (pequeña proporción de afectados) y anormal (excepcionalidad intensa lesión) o la teoría del riesgo para la hipótesis de los daños accidentales causados por una administración pública en el cumplimiento de la función asignada por el ordenamiento jurídico. Tratándose del sistema de responsabilidad por falta de servicio –conducta ilícita o funcionamiento anormal-, el criterio de imputación lo constituye, precisamente, ese concepto jurídico indeterminado de “falta de servicio” y el derecho constitucional innominado atípico de los administrados a que les presten servicios públicos eficientes y eficaces”³²¹.

La responsabilidad extracontractual de la Administración, cuando los administrados sufren lesiones antijurídicas que no tienen el deber de soportar y, como consecuencia, tienen el derecho de ser indemnizados o resarcidos. Por el simple hecho de encontrarse dentro de la construcción de una Administración prestacional, en donde el desarrollo industrial y tecnológico han ocasionado un aumento de peligros y riesgos que enfrentan los administrados.

³²¹ JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo: responsabilidad administrativa. Tomo II. Editorial DIKE, 2005. Pág.39.

El carácter objetivo e indirecto de la responsabilidad administrativa hace que resulte más importante el sujeto pasivo de la relación, que el mismo sujeto que la ha producido el daño. La sociedad actual, con el acelerado desarrollo de la técnica y las actividades organizativas, van creando cada vez más y con mayor intensidad situaciones de peligro, de las cuales la Administración Pública es parte, adquiriendo, con ello, nuevas responsabilidades. Las administraciones contemporáneas, expone Jinesta;

“[...] en aras de la justicia y solidaridad sociales deben intervenir en el plano socioeconómico, prestar los servicios que reclama la vida moderna para poner en manos de los ciudadanos las ventajas y comodidades del progreso, con lo cual se ven dotadas de grandes poderes (prerrogativas y privilegios), instrumentos y herramientas para promover y facilitar acciones y los administrados precisados de mayor protección jurídica. De esa forma, los perjuicios que pueden provocar las administraciones públicas a los particulares con la creación de situaciones excepcionales de peligro y riesgo son muy graves, siendo que éstas no pueden dejar de actuar”³²².

Lo citado pone en evidencia la responsabilidad que tiene el Estado, no sólo en administrar de manera eficiente y correcta las temáticas de índole pública, ligadas a sus funciones; sino también, debe responder por los daños ocasionados a la colectividad.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la utilización de sustancias radioactivas en los hospitales, que si bien se realiza la inspección, calibración, medición y el ejercicio del control de calidad de los equipos; no obstante y a pesar de ello, se ocasiona un peligro o daño y este debe ser indemnizado, no sólo a las personas que directamente sufrieron algún perjuicio con las radiaciones, sino también a la colectividad por el mal servicio prestado y por la población que dejó de recibir tratamiento para su enfermedad.

³²² Ídem. Pág.39.

Además, se puede concebir el daño social en temas relacionados con las concesiones o contratación administrativa, que por las dimensiones de las obras y por la relevancia que tiene ciertos temas que caben bajo estas figuras, con cualquier error en la adjudicación o contratación, se podría incurrir en un daño a la colectividad. Cobro que es posible cuando se configuren los elementos requeridos para la constatación del daño mismo.

De ahí que consideramos que la Administración puede incurrir en un daño social, el cual cabe dentro del sistema de responsabilidad administrativa existente, tanto por hecho lícito como ilícito y se señala como un daño más que requiere reparación e indemnización.

2.3. Vía constitucional

Plantear el tema del daño social en el ámbito constitucional, permite que por este medio se constate la existencia de un daño social, y con ello garantizar su cese. Lo anterior, con el fin de procurar el bienestar de todos y la efectiva tutela de los derechos fundamentales de la colectividad.

Consideramos que lo dicho es posible a través del recurso de amparo, el cual se regula en los artículos 29 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Este medio busca garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Sobre el tema la Sala Constitucional ha establecido que:

“[...] el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere la ley, salvo los protegidos por el hábeas corpus. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, que haya violado, viole o amenace violar

cualquiera de aquellos derechos. En tal sentido, la Sala resolvió, por voto 470-90 de las catorce horas cinco minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa, que en materia de amparo no cabe la acción popular, sino que, aun cuando cualquier persona pueda interponerlo en favor de un tercero, lo cierto es que se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable, en particular, para que haya legitimación”³²³.

Recurso que encuentra fundamento al plantearse, desde el ámbito del daño social, con base en el artículo 50 de la Constitución Política, cuando se vulneran los intereses colectivos y difusos. Sobre este tema la misma Sala Constitucional ha reconocido que con respecto al ambiente esta vía es competente para garantizar su tutela, al mencionar que:

“la Sala estima que los aspectos que plantean los recurrentes y que se relacionan con el medio ambiente deben ser resueltos por este tribunal, ya que es esta la vía creada por la Constitución para la tutela de los derechos fundamentales que se alegan amenazados; estos derechos, por su especialidad, requieren de una tutela expedita que sólo puede garantizar el proceso sumario del amparo. El tema que se plantea, además, por la naturaleza de los bienes que están involucrados: el recurso hídrico y su aprovechamiento - bienes demaniales y de la Nación-, es de la mayor relevancia constitucional y los aspectos de legalidad relacionados con este tema deben, necesariamente, ser examinados en el amparo, en tanto tiene relación directa con las tutelas del orden fundamental, sin que sea admisible calificar el conflicto planteado de mera legalidad”³²⁴.

La sentencia anterior, pone en evidencia que en esta vía se permite la tutela de los intereses colectivos y difusos; por tanto, la determinación del mismo daño social.

Por otra parte, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad que posibilitan la protección de dichos intereses; cuando estos se han visto lesionados por una ley,

³²³ Voto N° 1118-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

³²⁴ Voto N° 10466-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

norma o acto, según la regulación establecida en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Dicho artículo plantea que:

“ARTICULO 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.

c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas”.

En este sentido, la Sala Constitucional ha indicado que la acción de inconstitucionalidad:

“[...] no atiende la lesión individual que pueda exhibir el actor de manera preferente, pues lo que se persigue es la satisfacción de un interés general de que los actos sujetos al derecho público y las normas se conformen con el ordenamiento constitucional. Por eso, los efectos y la característica de una sentencia estimatoria en

*inconstitucionalidad, son declarativos y pronuncian una nulidad ab origine y erga omnes*³²⁵”.

Para garantizar una efectiva tutela de los derechos colectivos, en el artículo 75 del mismo cuerpo normativo³²⁶, se exonera del requisito de tener el asunto pendiente, ya sea en la vía judicial o en la administrativa, cuando por “*la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto*”.

El recurrir a esta vía podría parecer en principio inapropiado, con motivo de la imposibilidad de obtener una indemnización pecuniaria, ello sin detrimento de poder acudir a la vía correspondiente para su cobro. Sin embargo, lo esencial es la defensa de los derechos que comprenden los intereses difusos y colectivos, y con ello el fundamento mismo del daño social.

³²⁵ Voto N° 687-1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

³²⁶ Dicho artículo indica que “*ARTICULO 75. Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes. En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles*”.

CAPÍTULO II: PROPUESTAS PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL DAÑO SOCIAL

1. Generalidades en torno a su aplicación en el sistema jurídico costarricense

Hemos analizado diferentes situaciones en las cuales puede surgir un reclamo por daño social y solicitarse su reparación en diversas instancias judiciales. Lo esgrimido, no pretende ser un análisis taxativo de situaciones ni de vías jurisdiccionales en las cuales sería admisible dicho reclamo: pues el Derecho de Daños es casuístico, admitiéndose la posibilidad de que en los mecanismos judiciales disponibles, se evalúen las particularidades que presente cada caso en concreto.

Nos encontramos sin duda ante una figura que presenta un rango de aplicación muy vasto en razón de su naturaleza colectiva. El daño social nacerá y será siempre reclamable cuando se vulneren intereses difusos o colectivos, no siendo relevante el tipo de acción con la cual se ocasione; pero si es tutelable su reparación en alguna de las vías ya mencionadas, según las características del interés vulnerado, y en tanto se cumplan los requisitos para la configuración del mismo daño.

Es entonces de suma importancia observar como propuesta inicial para su mejor aplicación en nuestro sistema, que el daño social no se reduce únicamente al campo del Derecho Penal, como podría pensarse. Si bien nuestra legislación lo que prevé es su reclamo, cuando es consecuencia de la comisión de un delito, la figura en sí, tiene en un destino práctico más cercano al Derecho Civil; pues se busca su resguardo por medio de una acción civil resarcitoria.

Con base en lo anterior, se indica la posibilidad de su reclamo ante otras vías, como las ya indicadas o incluso en otras distintas, esto por cuanto el objeto del presente trabajo final de graduación consiste en un análisis ejemplificante y no exhaustivo con respecto al daño social, admitiéndose entonces otras posibilidades entorno a su aplicación y caracterización, lo cual resulta admisible en virtud del escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial disponible actualmente.

Es evidente entonces que una de las propuestas necesarias para su aplicación, radica en que los titulares de los intereses difusos y colectivos dañados se aventuren a pretender su reclamo ante los tribunales. Con su utilización práctica, la figura dejará de ser una mera estipulación de la ley y en la misma Constitución Política, pasando a ser un mecanismo jurídico con utilidad real para el resguardo de los derechos transindividuales. Igualmente, con su uso en el sistema jurídico, se contará con mayor desarrollo jurisprudencial y se incentivarán las investigaciones doctrinarias respecto al tema.

En la medida que esto se realice, se le otorgará mayor contenido al daño social como opción de resguardo a estos intereses e, indirectamente, se contribuirá a la prevención de hechos lícitos o ilícitos con los cuales se les pueda menoscabar, siendo este uno de los fines del Derecho de Daños.

2. Propuestas para su aplicación práctica

La ley necesita de aplicación para poder definir parámetros y ejes de interpretación. En razón de esto, consideramos pertinente hacer algunas precisiones sobre ciertos aspectos relevantes de considerar a la hora de plantear un reclamo de responsabilidad por daño social.

2.1. Sobre la identificación del daño social

Un aspecto sumamente importante para que la aplicación de la figura sea posible en nuestro sistema, radica en la adecuada identificación del daño, de forma tal que se configure el elemento de certeza, mencionado anteriormente y que se discute en el Título II, esto por cuanto el daño es consecuencia de una conducta y, como tal, la ocurrencia de esta, debe tener características de certidumbre.

La correcta identificación de un daño de incidencia colectiva como lo es el daño social, es fundamental para el posterior nacimiento de la responsabilidad civil del causante. Consiste en el reconocimiento del efectivo y persistente menoscabo ocasionado a los intereses de una colectividad, sean difusos o colectivos. Es decir, que el hecho afecte simultánea o sucesivamente a un grupo de personas insertas en una situación de hecho o una calidad común, como podría ser el lugar de domicilio, el sexo, la creencia religiosa, entre otros; ocasionándoles con la lesión a sus intereses un perjuicio colectivo único, pero que se extiende indivisiblemente a todos los sujetos que conforman el colectivo; o bien, puede verificarse la existencia del daño social sin que exista un perjuicio individual, como en el caso de los daños al equilibrio ecológico, que no constituye una lesión individual a ningún particular, sino que más bien se genera un daño grupal³²⁷.

Lo más relevante para esta identificación de la certeza del daño es que se pueda constatar por medios fehacientes la lesión que ha sufrido el interés o el bien colectivo tutelado; o al menos, la existencia de una pérdida de oportunidad para la colectividad, apartándose lo acaecido de lo meramente eventual o hipotético; y además que esta situación persista a la hora del planteamiento del reclamo judicial.

³²⁷ COMPIANI, Fabiana María. Responsabilidad por daños colectivos. Buenos Aires, Argentina. Revista Jurídica UCES. Noviembre, 2001. Pág. 69 a 84.

Igualmente, dependerá de la constatación de una lesión indivisible, lo que se constata cuando el uso del bien o el interés dañado sea de todos los damnificados y no resulte susceptible de apropiación privada; pues estaríamos ante otro tipo de daño³²⁸. Dependerá de la naturaleza del bien, ya que como indica Galdós, es esta la que “*categoriza al daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, utilizan o se benefician con el objeto conculcado*”³²⁹.

En la determinación del bien jurídico tutelado que se ha visto menoscabado radica la clave de la posible aplicación de la figura, pues si no se demuestra la afectación a la colectividad, no podrá configurarse uno de sus elementos esenciales lo cual imposibilitaría su reclamo ante las entidades jurisdiccionales.

Adicionalmente, es relevante mencionar, como ejercicio práctico, que antes de plantear un reclamo por esta causa, se evalúen y se cumplan con todos los requisitos que debe englobar el daño social, indicados anteriormente, para su configuración; de lo contrario se estaría ante una acción infundada, por no existir un daño a la sociedad.

2.2. Sobre la cuantificación del daño social

El tema de la cuantificación, guarda estrecha relación con el tratado en el acápite anterior; pues el daño social no será cuantificable si no ha sido correctamente identificado, establecido sus elementos, el sujeto o sujetos causantes y el colectivo víctima del daño y, muy especialmente, la naturaleza del bien colectivo o del interés

³²⁸ ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria. Responsabilidad por daño ambiental.

³²⁹ GALDÓS, Jorge Mario. Daños Colectivos. Convergencia Procesal y Sustancial. En: desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../420/.../Daños_colectivos.pdf. Consultada el 8 de mayo de 2010.

colectivo o difuso que ha sido menoscabado. De esto justamente dependerá la labor de cuantificación del daño social.

Al respecto de este tema, cabe mencionar que lo relacionado con su cuantificación en el Derecho de Daños es uno de los aspectos que genera mayor discordia, tanto en la doctrina como en los tribunales, por la falta de parámetros y sistemas que ayuden a fijar su quantum de forma igualitaria en casos similares y en la medida que más justa y apegada a la magnitud del daño causado, siendo que de tal manera se propicie una reparación integral, para reparar e indemnizar de forma que semeje que el hecho dañoso para una colectividad nunca acaeció.

Al respecto de la equidad e igualdad se debe considerar para la cuantificación judicial del daño, rescatamos las palabras de Santarelli, para quien:

“[...] la cuantificación de daños impone un ejercicio de equidad en sumo grado como modo de reconocer judicialmente sufrimientos concretos, por tanto de nada sirve un discurso teórico progresista de la responsabilidad que, verbigracia, es pródigo con posturas de índole sustantivas (reconocimiento de nuevos daños, recurso a presunciones que mejoren la situación de la tutela sustantiva, etc) si no se compadece con una valoración real de las circunstancias sufridas”³³⁰.

Con base en esto, estimamos que no basta que nuestra ley habilite la posibilidad de cobrar el daño social o que se utilice la figura en las distintas vías judiciales, también es necesario que los jueces en calidad de “perito de peritos” y las partes con el deber que tienen de probar el daño, analicen y busquen una valoración real del daño social causado. Esta valoración, para ser completa, debe limitarse a la afectación causada y las dimensiones que puede contener, tanto la patrimonial como la extrapatrimonial.

³³⁰ SANTARELLI, Fulvio Germán. Cuatificación del daño. Exposición en el Ciclo de Conferencias sobre “Responsabilidad Civil”, de 30 de mayo de 2005, desarrollada en Buenos Aires, Argentina. En: <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/derechocivil/fulviosantarelli.pdf> Consultada el 10 de mayo de 2010.

Con respecto al daño social patrimonial, su cuantificación no debe generar mayor problema, ya que se pueden utilizar los conceptos clásicos ya aplicados en los tribunales costarricenses, de daño emergente y lucro cesante. Estos son de carácter probatorio más sencillo; el daño económico o patrimonial es fácilmente constatable, en principio este es susceptible de apreciación pecuniaria.

Sin embargo, la valoración del daño social extrapatrimonial resulta mucho más compleja. Este sí resulta indemnizable, por la afectación a valores o a intereses intangibles que revisten de importancia para la colectividad a la cual se le han menoscabado.

Se admite la posibilidad de que a la hora de cuantificar daños de esta clase, se enfrenten a imposibilidades técnicas, materiales y probatorias que hagan difícil el reparo de la situación, para lo cual es admisible una estimación de su valor que permita una recomposición monetaria o bien recurriendo a otro tipo de medidas de reparación. Esto por cuanto los intereses difusos y colectivos, no tienen un valor o precio cierto.

En la práctica del Derecho, se han desarrollado algunos métodos para la cuantificación de daños de carácter extrapatrimonial. Estos pueden ser de tipo directo, como por ejemplo los que intentan fijar un precio de acuerdo con el valor que se le otorga a la existencia de determinado bien colectivo o interés grupal, o los que buscan determinar un valor a los gastos que se requieren para reemplazar la función que cumple determinado bien o interés para el grupo.

O bien, hay de tipo indirecto, como los que buscan el valor que le dan las personas a los intereses difusos y colectivos en general, como por ejemplo, al valor que le

otorga la población al patrimonio cultural, a la hacienda pública, a la imagen del Estado, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado u otros³³¹.

Estas técnicas no son enteramente precisas ni exactas, aunque pueden facilitar la labor de cuantificación, no resuelven el problema del todo. Específicamente su inexactitud radica en dejar la labor de cuantificación a los sentimientos de las personas; pues en primer término, el valor de los intereses difusos y colectivos no es algo que resulte fácil o sea de simple determinación y en segundo lugar, el colectivo no muchas veces le da el valor necesario al impacto a largo plazo que puede tener la producción de determinado daño social. Por esta razón, resulta conveniente, además de usar estos criterios subjetivos de valoración, el apoyarse de la experticia de peritos en distintas ramas, los cuales pueden realizar una aproximación más cercana al verdadero valor de estos intereses al considerar distintas variables.

A este punto, entonces, resulta importante recalcar el papel activo que deben adoptar tanto el juez como las partes al momento de una pretensión por daño social, del cual hablamos en el título anterior. Estos deben a la hora de ejercer la acción enfocarse en los parámetros que señala Peretti³³² como fundamentales en la tarea jurisdiccional para establecer las indemnizaciones en discusión. Entre ellos resalta que debe evaluarse: la magnitud del daño y su posible irreparabilidad, el período durante el cual se desarrolló el hecho dañoso, las características del causante, la comunidad o grupo afectado, la vinculación económica, sentimental o cultural de la sociedad con el interés menoscabado, la previsibilidad del daño, el dolo o la culpa del agente (de ser el caso) y la posibilidad de evitar o atenuar las consecuencias del hecho dañoso, entre otros.

³³¹ ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria. Responsabilidad por daño ambiental. Op. cit.

³³² PERETTI, Enrique. Citado en: ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria. Responsabilidad por daño ambiental. Op. cit.

En la medida en que estos parámetros sean alegados por las partes y demostrados, cuando les corresponda por los medios de prueba disponibles, el juez tendrá una visión más amplia para determinar la cuantificación del daño causado a la sociedad.

2.3. La legitimación activa y el daño social en nuestro sistema jurídico

De lo señalado, hemos establecido que el tema de la legitimación activa en nuestro país para reclamar el daño social puede despertar varias interrogantes. Esta situación ocurre no solo en nuestro país; en varias jurisdicciones donde se tutela la reparación de daños de incidencia colectiva, se despiertan las mismas inquietudes que hemos planteado. Lo que es consecuencia de la dificultad para establecer el sujeto o sujetos determinados para ejercer la acción; pues por el daño resarcible es único y recae sobre el grupo; por tanto, cualquiera de los sujetos que conforman la colectividad, en principio, estaría legitimado para el ejercicio de la acción en pro del bienestar grupal, no propio. Este argumento tiene soporte, al afirmar que:

“[...] el interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento. O es del grupo o no es de nadie. Porque si alguien acapara el daño en su totalidad para sí, deja de ser coparticipado y homogéneo para ser individual o plurindividual”³³³.

En Costa Rica, actualmente se mantiene un sistema de legitimación restringido, donde se habilita exclusivamente a la Procuraduría General y a las asociaciones o fundaciones cuyo objeto se relacione directamente con el interés menoscabado. Sobre este punto, nos parece pertinente insistir, ya que la legitimación es quizás

³³³ GALDÓS, Jorge Mario. Op. cit.

uno de los problemas centrales en lo que al reclamo del daño social se refiere, por el problema procesal que puede llegar a representar.

Para accionar un proceso de este tipo, en la vía que sea, no solo habrá que ostentar la titularidad del interés dañado, sino también el que lo pretenda debe tener un interés en accionar, el cual no puede estar orientado al beneficio propio. Debe buscar la reparación del interés dañado, en beneficio del bienestar social, de lo contrario se incurriría en la figura del abuso de derecho.

Una de las propuestas más importantes en cuanto a la legitimación, es la apertura de ésta para que sea coincidente con lo estipulado en el artículo 50 de la Constitución, ya que la misma Carta Magna es la que habilita la legitimación, pero no está siendo correctamente aplicado. Al respecto, señala Armijo, citando al autor Allorio, que:

“[...] el problema de legitimación no es un problema de la teoría, sino que responde a una decisión política del legislador, pues éste, desde el momento en que aprueba la ley, señala a quién le corresponde la tutela y por consiguiente se sobreentiende la presencia del interés en la norma que lo autoriza para interponer la acción”³³⁴.

El legislador costarricense, con base en lo dispuesto por la Constitución, ha tomado la decisión política de una legitimación amplia a la hora de tutelar los daños que se causen al derecho al ambiente, el cual contiene dentro de su espectro varios intereses difusos y colectivos. No obstante, el problema ha radicado en la aplicación; pues no se ha explotado este mecanismo legal para la tutela efectiva en nuestro país de los intereses transindividuales.

La clave, en cuanto a la legitimación, radica en que cualquier sujeto que se encuentre en las condiciones anteriormente indicadas; es decir, que vea su interés

³³⁴ ALLORIO, E. Citado en: ARMIJO Gilbert. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999. Pág. 51.

difuso menoscabado por una situación de hecho, la cual a su vez le causa perjuicio junto a la colectividad, o bien, un sujeto parte de algún grupo cuyos intereses colectivos se vean mermados, pueda accionar bajo la vía correspondiente, para pretender su tutela y reclamo del daño social, cuando corresponda.

La legitimación la puede tener siempre cualquier sujeto, pero que los efectos de la sentencia serán extensivos a toda la colectividad, con carácter de cosa juzgada y se realiza la salvedad de que el reclamo del daño social lo hace en representación de la colectividad afectada, nunca en beneficio personal. Por esto último, torna de gran importancia en estos procesos, el otorgamiento de medidas opcionales de reparación, distintas de una valoración pecuniaria del daño, orientadas a la restitución del bien o interés dañado y en beneficio de la colectividad.

Una postura similar es la que se sostiene, según Artavia, en el Proyecto de Código Procesal General, ya que en este:

*"[...] se mantiene el concepto clásico de legitimación, pero eliminando esa conceptualización para el caso de los intereses de grupo, al establecer que 'salvo los intereses de grupo, en todos los casos deberá mediar un interés directo, inmediato, personal, actual y cierto' [...]. Se distingue desde el inicio la tutela de los intereses difusos y colectivos o gremiales. Los difusos podrán ser ejercidos indistintamente por cualquiera en interés de la colectividad. Los colectivos pertenecientes a un grupo determinados de personas o referidos a un sector de la sociedad, podrán ser ejercidos por personas, grupos, organizaciones, asociaciones con no menos de 30 personas o instituciones públicas, y que en todo caso tengan por objeto o estén vinculadas de manera directa y actual a esos intereses, que además resultaren perjudicadas por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo"*³³⁵.

³³⁵ ARTAVIA B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Primera Edición. México: Editorial Porrúa México, 2003. Pág 572.

Claramente, la legitimación se verá siempre sujeta a una materia tutelable, relacionada con los intereses grupales, tales como la salud, el medio ambiente, la ecología, la prevención de desastres, la conservación de especies, valores históricos, arquitectónicos y arqueológicos, los bienes de uso público, los recursos naturales, los derechos de los consumidores, entre otros ³³⁶.

2.4. Sobre la apertura de nuevos mecanismos para su reclamo

Ante estas propuestas, resulta necesaria la apertura de nuevos mecanismos judiciales por medio de los cuales pueda reclamarse el daño social junto con su efectiva e integral reparación. Especialmente, es necesaria cuando de los intereses difusos se trata; en cuanto a los colectivos, siempre existe la posibilidad de que asociaciones, fundaciones u organizaciones legalmente constituidas planteen la acción por tener un objeto relacionado en forma directa el interés menoscabado. Sin embargo, en lo que a los intereses difusos se refiere la necesidad es mayor, por no contar los titulares con una posibilidad similar.

Respecto de los mecanismos para el acceso a la tutela de los intereses difusos, Armijo, indica que se pueden distinguir dos: uno de ellos es la tutela pública del interés difuso y el otro, responde a la tutela colectiva de estos.

En cuanto al primero, la tutela de los intereses difusos se confía legalmente a órganos o entes públicos trascendiendo la esfera individual, lo cual no implica que estos sean los titulares del interés menoscabado y jurídicamente tutelable, sino que actúan como representantes de la colectividad ejerciendo la acción. Tal es el caso de Costa Rica, en donde la acción se le confía a la Procuraduría General de la

³³⁶ ARTAVIA B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Ibíd. Pág 573.

República. En cambio, la tutela colectiva propugna por una legitimación más abierta para accionar en beneficio de la colectividad y responde de esta forma a nuevas maneras de protección de este tipo de intereses, las cuales se han implementado en otros países, como Estados Unidos, España, México y Brasil.³³⁷

El mismo autor, explica las razones por las cuales en algunas jurisdicciones se delega esta acción a órganos estatales. Nos indica que éstos (entiéndase, Procuradurías, Defensorías de los Habitantes, Ministerios Públicos, entre otros):

“[...] en representación del Estado defiende[n] aquellos intereses que tienen un carácter general (los intereses difusos se encuentran en esta situación). La multiplicidad de titulares aconseja que sea un solo órgano en representación de la colectividad que fiscalice y vigile su estricto cumplimiento. Tiene por misión la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público. [Son unos] órgano[s] objetivos e independiente[s] de los poderes del Estado, lo cual garantiza que asuma[n] en nombre de los afectados la defensa de sus derechos”³³⁸.

Si bien esto puede representar algunos beneficios como los que señala dicho autor, en virtud de los constantes cambios sociales que afectan el derecho, se han venido desarrollando otros mecanismos que responden de manera más eficaz a las exigencias y necesidades sociales. Un ejemplo de ello, son las acciones colectivas o de clase³³⁹ como mecanismos de tutela colectiva de los intereses difusos y de reclamo de los daños de incidencia colectiva.

En Costa Rica, tales figuras no se encuentran contenidas en la legislación, e incluso la Sala Constitucional ha sostenido que no son admisibles. Al respecto, dicha Sala

³³⁷ ARMIJO Gilbert. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999. Pág. 52 a 61.

³³⁸Ibid. Pág. 56.

³³⁹ Ver:., Título III, Capítulo II, apartado tercero..

indica, en el contexto del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³⁴⁰ que:

“[...] no se ha admitido la tesis de que se permite la acción popular en esta materia, entendida como ‘[...] toda posibilidad de accionar en esta vía sin requerimiento del todo la vinculación con el asunto principal’ y se ha exigido a los accionantes demostrar que se encuentran en alguna de las causales para la acción directa de inconstitucionalidad regladas en los párrafos segundo y tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.”³⁴¹

Igualmente, señala que es:

“[...] correcta la tesis de que el artículo 75 no consagra una legitimación ilimitada, al modo de una acción popular o cuasi popular, y de que, en consecuencia los intereses de la colectividad en su conjunto a que se alude en su párrafo 2º, no pueden equivaler a los genéricos de la legalidad o de la legalidad constitucional”³⁴².

En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia constitucional sostiene, respecto de la tutela de los intereses difusos y colectivos que:

“[...] tampoco puede interpretarse que cuando la ley hace mención a los derechos que atañen a la colectividad en su conjunto, se refiere a la colectividad nacional, pues este supuesto equivaldría a aceptar y reconocer una acción popular no regulada en nuestra legislación”³⁴³.

³⁴⁰ Ver supra nota 326.

³⁴¹ Voto N° 1634-1990 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

³⁴² Voto N° 550-1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

³⁴³ Voto N°4705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

No concordamos con los criterios jurisprudenciales anteriores, en el sentido de que las acciones colectivas o populares son una herramienta de suma relevancia para la tutela colectiva de los intereses difusos y colectivos. Si bien, en nuestro país no se utilizan por no encontrarse reguladas ni aceptadas jurisprudencialmente, este es un paso que debería darse, no solo para la protección de dichos intereses sino también para el reclamo del daño social. En este sentido, proponemos una práctica *contra legem*, sino que es necesario tomar las medidas legales necesarias, acordes con el principio de legalidad para la inclusión de estas acciones dentro de los mecanismos jurídicos costarricenses.

Es importante hacer la salvedad que pese a no ser admitidas las acciones de esta clase, nuestro país ha estado siguiendo una tendencia de tutela colectiva en algunas materias por medio de la inclusión de algunas normas que propician la participación de la colectividad en el resguardo de sus intereses.

Al respecto, indica Artavia³⁴⁴ que en Costa Rica no existe una sistematización de normas sobre procesos colectivos, pero si están presentes algunos artículos en diversos cuerpos normativos donde se tutelan los intereses de grupo, como por ejemplo el artículo 50 de la Constitución, relativo a la protección al ambiente y a la ecología, el numeral 46³⁴⁵ de ese mismo cuerpo normativo, alusivo a la protección del consumidor y los usuarios, el 38 y 70 del Código Procesal Penal; sobre los cuales ya hemos hecho referencia en esta investigación.

³⁴⁴ ARTAVIA B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: GIDI, Op. cit. Pág 568 – 584.

³⁴⁵ Artículo 46: Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. 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.

3. La acción colectiva o popular como medio para el reclamo del daño colectivo

Llegado este punto, es evidente que en nuestro país se perfila como necesaria la inclusión de acciones más completas y efectivas para el resguardo de los intereses grupales, ya para el reclamo de reparación por daño social, en los casos que hemos mencionado en el capítulo anterior.

Ante este panorama, es posible proponer al efecto, las acciones colectivas o populares³⁴⁶ las cuales son el medio procesal para la protección de los derechos o intereses difusos y colectivos. Se puede conceptualizar, según Gidi, como aquella:

“[...] acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada). En la acción colectiva los derechos de grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho de grupo”³⁴⁷.

La anterior definición engloba las características esenciales de este tipo de acciones y son estas de un solo litigio, donde el derecho o interés bajo discusión o menoscabado pertenece a un grupo de personas y una sentencia vinculante para todos los integrantes de ese grupo. Es decir, se da una dimensión colectiva del sujeto, de la causa y del objeto.

³⁴⁶ También puede encontrárseles denominadas en la doctrina como acciones de clase, acciones de grupo, o bien con la denominación “*class action*” en el idioma inglés; sin embargo el término más adecuado es el de acción colectiva.

³⁴⁷ GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Op. cit. Pág 15.

Dentro de las características de las acciones de clase nos parece pertinente rescatar la opinión de los autores Maurino, Nino y Sigal ³⁴⁸, para quienes las acciones colectivas gozan de cinco características principales: indivisibilidad del bien jurídico, existencia de un grupo, dificultad para precisar los afectados, dimensión social y unidad de la causa, las cuales procedemos a explicar puntualmente.

- Indivisibilidad del bien jurídico, es decir cuando el objeto del litigio o el proceso recae sobre un bien que legal o fácticamente es colectivo.
- Existencia de un grupo, en el sentido de que se afecta a un grupo determinado de personas que, en busca de la defensa de su interés conjunto, pretenden evitar un perjuicio o conseguir un beneficio común, que no es susceptible que apropiación individual.
- Dificultad para precisar los afectados, pues se explica que en realidad los intereses no son los difusos, sino más bien su pertenencia, lo que hace difícil la labor de determinación de los sujetos afectados.
- Dimensión social, la razón de esta característica se debe a que usualmente los intereses de incidencia colectiva son los que tienen relación con los intereses que atañen o afectan a la sociedad.
- Unidad de la causa ya sea por el objeto único o indivisible, o bien del objeto del goce del grupo, que buscan tutelar.

Por estas características, consideramos que las acciones colectivas constituyen un excelente medio para interponer una acción por daño social; en el fondo, el objeto lo constituye la protección de los intereses difusos y colectivos y la interposición de

³⁴⁸ Ver: MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel, y SIGAL, Martín. Las acciones colectivas: Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lexis Nexis, 2005. Pág 170 – 174.

una sanción, entendida como deber de reparar el daño causado y la restitución del bienestar social.

Dentro de las ventajas que presenta este mecanismo judicial se encuentra por ejemplo la posibilidad de que el litigio sea impulsado por una sola persona, obteniéndose al final del proceso una sentencia con contenido amplio y extensivo a todo el grupo, con carácter de cosa juzgada. En términos de economía procesal resulta muy conveniente; pues se evita la interposición de muchos procesos con el mismo objeto y hay que recordar que los intereses difusos y colectivos gozan de una dimensión dual para el titular, son individuales y grupales en tanto son parte de la colectividad. Adicionalmente, se evitan sentencias contradictorias, en procesos con la misma pretensión.

Estas acciones sirven como un medio de protección judicial efectiva, la cual garantiza el acceso a la justicia, al otorgar una legitimación más amplia para promover los reclamos en pro de la tutela de los intereses de incidencia colectiva.

En síntesis, es fácil establecer la propuesta de que en nuestro país una figura de tal índole, como la acción de clase, se ajusta a las necesidades propias de un proceso en el cual se tiene por objeto el juzgamiento de la responsabilidad para la obtención del daño social cuando se han dañado intereses difusos o colectivos. Para lo cual sería necesaria la inclusión de dicha figura dentro de nuestra legislación; de lo contrario, no podría recurrirse a la misma. En tanto, nuestro sistema jurídico debe conformarse con los mecanismos que hemos esbozado en este título, para el reclamo del daño social.

REFLEXIONES FINALES

Debido a los cambios que se han gestado en nuestra sociedad como consecuencia de los procesos de globalización y la importancia de los sujetos colectivos dentro de este, es que temas como el daño social adquieren relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos, en procura de garantizar la protección de los derechos de las personas.

De ahí que ante este panorama, el Derecho tradicional individual no ha sido suficiente para tratar estos tópicos de carácter plural, por lo que se han visto en la necesidad de reconocer nuevos daños; los cuales afectan a una pluralidad de personas en tanto son parte de o grupo, menoscabando sus intereses sociales. Dicho contexto ha generado nuevas y complejas relaciones entre el individuo y la sociedad; lo que implica negar, en principio, los dogmas clásicos del derecho y aceptar por otra parte, la necesidad de tutela para esas personas vinculadas por una necesidad común.

En otras jurisdicciones, estos daños han sido denominados con el nombre de daños colectivos, pero en término general supone la ampliación del Derecho de Daños.

No es extraño que nuestro sistema jurídico, en lo relativo al daño social, haya tenido escaso desarrollo, de ahí que la investigación se orientó desde una perspectiva genérica, y, procuró la conceptualización del término para luego establecer los supuestos de aplicación y utilidad de la misma.

La figura del daño social al tener un carácter novedoso, carece de desarrollo doctrinario y de muy poco abordaje jurisprudencial; lo que muestra su escasa y casi inexistente utilización por parte de nuestros tribunales.

No fue hasta que la Procuraduría General de la República, hace unos años atrás, inicia con el cobro por daño social en los procesos que consideraba de relevancia colectiva. Sin embargo, a pesar de su esfuerzo el abordaje de la figura no fue amplio y sin permitir un claro conocimiento del mismo.

El daño social se encuentra regulado en el artículo 38 del Código Procesal Penal, en esté la única norma que hace mención de este concepto. La inclusión de dicho numeral, carece de motivación, pues al buscar las actas de discusión en la Asamblea Legislativa no existe referencia alguna a tal artículo, lo que hizo más difícil su tratamiento al desconocer la intención del legislador, así como la interpretación que le quiso dar a la figura.

La Procuraduría General de la República es el órgano, a partir de dicho artículo, legitimado para plantear el cobro de este daño, por medio de una acción civil resarcitoria, en los casos donde se refieran a hechos punibles que afecten intereses difusos y colectivos.

De ahí que para realizar el análisis del daño social, se recurrió al fundamento mismo del daño, cuyo sustento legal se encuentra en la reparación de la generalidad de daños causados, lo cual tiene fundamento en la misma Constitución Política en sus artículos 41 y 50; además de normas especiales como el Código Civil, las normas referidas a la responsabilidad civil vigentes del Código Penal de 1941.

Nuestra Constitución Política establece en el numeral 41 la garantía general y el derecho de que *“ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”*, lo cual conlleva el deber de reparar, de aquel sujeto o sujetos que con sus acciones, omisiones o mediante la creación de un riesgo cause un daño a otro. Asimismo , este deber lo encontramos fijado en el artículo 1045 del Código Civil, según el cual *“todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa un daño a otro, está obligado a repararlo junto con sus perjuicios”*.

Normas que demuestran la importancia en el ordenamiento que tiene la figura del daño en nuestro sistema y la relevancia de una efectiva reparación. Además dichas normas son pilares para el surgimiento de la responsabilidad civil, base del estudio del Derecho de Daños.

En dichas normas, la máxima consiste en el deber de reparar los daños ocasionados a un tercero o, eventualmente, a una colectividad. Sin embargo, desde esta última posición no se abordan con claridad, pero tampoco dejan de contener la posibilidad de la reparación e indemnización por los daños causados a una pluralidad de personas. Para establecer los lineamientos para la comprensión del daño social, se hizo necesario recurrir al concepto daño, conforme a la doctrina y jurisprudencia como punto de partida para su abordaje.

Por tanto, se partió de la comprensión del daño desde una posición amplia, en la cual se ajusten las distintas conductas del ser humano y las posibles transformaciones de la sociedad producto de los constantes cambios. En este sentido, se entendió por daño el menoscabo o detrimento de los intereses o derechos contenidos en la esfera de todo ser humano; siendo consecuencia de un actuar humano lícito o ilícito, que menoscaba intereses legítimos o jurídicamente relevantes, ya sean individuales o supra individuales (como los intereses difusos y colectivos), causando necesariamente el deber de reparar en tal forma que se procure atenuar sus efectos como si el actuar dañoso nunca hubiera acontecido.

Entonces, resulta fácil de reconocer que en la cotidianeidad, el daño a intereses jurídicamente relevantes, sea producto de un acto ilícito, civil o penal; pero planteamos que también en ocasiones la ejecución de un acto acorde a derecho, es decir lícito puede tener consecuencias dañosas. En suma, los daños nacen de la exteriorización de conductas humanas activas u omisivas, que a su vez, pueden ser lícitas o ilícitas (penales o civiles).

De ahí que el surgimiento del daño mismo, tiene una necesaria correlación con del deber de reparar, lo que configura el inicio de la responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual), producto de la invasión a la esfera jurídica ajena. A pesar de ello, no todo menoscabo a los intereses es resarcible, por lo que el daño debe cumplir con una serie de presupuestos para pasar de ser meramente fáctico a jurídico, de tal manera que genera derechos y obligaciones.

La doctrina y la jurisprudencia han planteados cuatro requisitos que deben cumplirse para que el daño sea reparado e indemnizado: certidumbre (debe ser cierto, real y efectivo, no eventual o hipotético), personal del accionante (debe ser causado por un tercero), que del daño resulte de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo (debe mediar a una lesión que resulte jurídicamente) y se debe configurar una relación de causalidad entre hecho y daño.

Con el establecimiento del daño, como bien se indicó se surge el tema de la responsabilidad civil, entendida como la atribución a un sujeto o sujetos de la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de su conducta, producto del daño causado a intereses y derechos ajenos. Ésta se clasifica a partir de dos tipos: la contractual que se caracteriza por la existencia de un nexo obligacional entre el sujeto que causa el daño y el afectado; pues surge por el incumplimiento de un vínculo contractual o legal (tipo que para los efectos del análisis del daño social, no tiene relevancia).

Mientras que el segundo tipo resulta ser el más relevante para la conceptualización del daño social; pues se configura con este tipo de daño la responsabilidad civil extracontractual, donde a diferencia de la anterior, no media una relación previa entre las partes y el deber de reparar se da como consecuencia del deber genérico de no dañar a otro. Esta última, puede tener un carácter subjetivo (donde medie la culpabilidad) u objetivo (producto del riesgo creado, donde sólo se requiere del daño como criterio de imputación).

Todo ello, sienta las bases para plantear la ampliación de las posibilidades ante las cuales puede darse la responsabilidad civil, así se extiende la tutela del sistema legal ante resultados de diversas actividades o conductas, así como se tiene presente que el sujeto afectado por el daño tiene carácter individual o colectivo; lo que responde de cierta forma, a los cambios sociales, nuevas circunstancias y exigencias de los individuos, que buscan en el Derecho el resguardo y protección de sus derechos e intereses individuales y colectivos.

Se admite, entonces la posibilidad de que existan varios titulares en el vínculo jurídico que surge con ocasión de un daño, ya sean activos o pasivos, por lo cual las afirmaciones propias de la legitimación es posible hacerlas a partir de la premisa de varios contra varios.

Este fenómeno ha ocasionado la ampliación de la tutela que ejerce el ordenamiento jurídico. Hoy el desarrollo de las legislaciones en los distintos países, evidencian el reconocimiento de los derechos colectivos y difusos, como principios fundamentales de todo cuerpo normativo, situación que ha ido en incremento en los últimos tiempos. Se concibe por tanto, la legitimación de individuos o grupos que reclaman derechos sociales, a diferencia de la aplicación tradicional-individual del clásico derecho subjetivo. A partir de la ampliación de la teoría de daños y con ello, el tema de la responsabilidad, se configura como objeto de análisis la afectación a los intereses difusos y colectivos como derechos inherentes de todo ser humano. Tema que resulta de esencial importancia cuando del daño social se trata.

Intereses que se regulan en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual le otorga fundamento y permite, a partir de esta norma constitucional, procurar la reparación e indemnización de los mismos.

De ahí que concebimos los intereses difusos como aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no identificables, pero unidas a partir de un elemento común, ya sea una característica física, su etnia, el sexo, en su condición

de consumidores de un determinado producto, entre otros. Sin embargo, por su amplitud compete a todos, por lo que cualquiera que se considere afectado tiene legitimación para procurar su defensa. Mientras que los colectivos atañen a una colectividad concreta, a un grupo de personas previamente identificadas. En ambos casos, debe garantizarse su tutela si se produce una afectación.

A partir de lo anterior, la investigación de la figura del daño social destaca la tutela efectiva de los intereses difusos y colectivos, particularmente por el tema ya mencionado de la expansión del derecho de daños, es decir la ampliación del campo de acción a la hora de reclamar daños resarcibles, de interés público; en donde los daños causados a estos intereses no deben ser la excepción, especialmente por la importancia que reviste su tutela para el desarrollo de la vida en sociedad y del bienestar común.

Por ser un tema novedoso, plantear la conceptualización del daño social, con base en lo mencionado, presenta una gran gama de aspectos diferentes, desde los conceptuales o que aluden a los diferentes términos relacionados, de contenidos, hasta cuestiones instrumentales y procesales, por lo cual no es posible determinar de forma exacta todos sus límites.

Sin embargo, proponemos que el daño social debe definirse como aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a este (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden ser desde un grupo determinado hasta la colectividad en general, al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y ante el cual, surge el deber de reparar lo causado.

En este sentido, para la configuración del daño social se requiere de la existencia de cuatro elementos, a saber: el primero, corresponde al daño en sentido estricto, el

cual tiene que ser cierto, real y efectivo; debe mediar una lesión a un interés jurídico de carácter colectivo o difuso. Su reclamo debe ser personal, por una causa subsistente; en donde se vincule entre el hecho generador y la afectación por un nexo de causalidad.

Como segundo elemento a considerar, se tiene que ese daño debe producirlo un agente (sujeto activo), el cual debe comprenderse desde una perspectiva amplia. Comprende las personas físicas en su carácter individual o colectivo, así como las personas jurídicas y el mismo Estado. Sin olvidar la relación de causalidad que debe darse siempre entre la acción u omisión de los posibles sujetos activos y el daño producido por cualquiera de éstos.

Es necesario que exista una relación de causa - efecto entre la acción u omisión desplegada por el sujeto activo y el daño producido en el sujeto pasivo. Lo anterior, nos lleva a plantear con respecto al agente productor del daño social el tema de la responsabilidad extracontractual subjetiva, cuando se trata de personas físicas o los representantes de las personas jurídicas y entes plurales. Además de la responsabilidad extracontractual objetiva, al surgir como consecuencia de la creación de un riesgo para la colectividad.

Además, como tercer elemento, se encuentra la afectación que produce el daño, y debe estar dirigida a un sujeto pasivo de carácter colectivo, la cual lesiona los intereses legítimos de esa pluralidad, sean de carácter difuso o colectivo. Es aquí donde adquiere relevancia el tema del bienestar social, como una garantía del Estado de tutelar los intereses valorados socialmente como relevantes para un conjunto de personas. Por ello, cuando hablamos de daño social, nos referimos a la afectación de estos intereses, los cuales son objeto de tutela del ordenamiento.

Y el último, dicha afectación hace surgir el deber de reparar y obtener una indemnización, lo que configura el cuarto elemento. Aspecto que encuentra

fundamento en el derecho constitucional de todo ser humano y colectivo de encontrar un justo resarcimiento de los daños que le fueron causados.

Sostenemos además que daño social tiene dos manifestaciones: la patrimonial y la extrapatrimonial, lo que dependerá del interés jurídico lesionado. Es claro que su reparación es difícil debido a que la estimación pecuniaria resulta compleja. Sin embargo, el daño social no debe ser necesariamente reparado por medios pecuniarios, pues según el caso es válida la admisión de otros medios, tales como aquellos de carácter simbólico o la restitución material de la cosa compensadas a la colectividad por el daño sufrido.

La titularidad de estos bienes de carácter colectivo corresponden a todos, la legitimación para tutelarlos y buscar la justa indemnización, debe otorgarse a todos por igual, crítica que planteamos a la regulación actual de la figura. En donde, exponemos que no sólo la Procuraduría, las asociaciones, las fundaciones y otros entes, ostenten la legitimación exclusiva para el ejercicio de la acción civil resarcitoria por daño social. Sin embargo, esta dificultad para el ejercicio de la acción solo se presenta en la vía penal; no es contrario al ordenamiento que el daño social se cobre en otras vías, tales como la civil, la contenciosa administrativa o en la vía constitucional. Ello dependerá del objeto del proceso y del agente productor del daño. No por ello desconocemos la necesaria apertura de nuevos mecanismos judiciales, por medio de los cuales pueda reclamarse el daño social junto con su efectiva e integral reparación, por ejemplo la acción de clase.

Con ello, cualquier persona que considere afectados sus intereses colectivos o difusos tiene legitimación para procurar su reparación e indemnización. En tanto, aquel que accione no puede pretender para sí la reparación del daño, ni la indemnización de los perjuicios, para no caer en la figura del abuso de derecho. Asimismo, consideramos que se debe limitar la utilización de medidas opcionales de conflicto, cuando del daño social se trata, salvo cuando el cobro sea pretendido

por la Procuraduría, pues tiene el deber de velar por el bienestar de todos los ciudadanos.

La determinación del daño social es un tema central, por ello es que consideramos que se debe establecer por medio de dos elementos, el primero consiste en la verificación del mismo, lo que supone la constatación del mismo por parte del juez o tribunal a través de las pruebas presentadas por las partes; mientras que el segundo, remite a la cuantificación del daño una vez determinada su existencia, la cual en última instancia se configura como una decisión de los juzgadores, según los principios propuestos por la regla de la sana crítica racional.

Es importante recalcar que, sin importar la vía en la cual se reclame el daño, siempre será vital iniciar un proceso cautelar previo, a fin de garantizar la posterior ejecución de una sentencia condenatoria.

En síntesis, a pesar de que el daño social es una figura de escaso desarrollo encuentra su fundamento constitucional en nuestro sistema jurídico, asimismo por su importancia colectiva, planteamos que, debe ser una figura más relevante en el ordenamiento, ya que por medio de esta garantiza el bienestar social del país.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- ALLORIO, E. Citado en: ARMIJO Gilbert. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. Responsabilidad Civil. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo- Perrot, 1992.
- ALTERINI, Atilio y LÓPEZ, Roberto. La Responsabilidad. Buenos Aires, Argentina, Editorial Albeledo-Perrot, 1995.
- ARMIJO Gilbert. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999.
- ARMIJO, Gilbert. La tutela Constitucional del Interés Difuso:Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica. Serie de Política Social/UNICEF, San José, Costa Rica. Serie de Política Social/UNICEF.,1998.
- BARRIOS, Dante. Introducción al Estudio del Proceso. La psicología y la sociología del proceso. Buenos Aires, Argentina,Ediciones Depalma, 1983.
- BUERES, Alberto *et al.* Responsabilidad por daños en el tercer milenio.Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1997.
- BUERES, Alberto J. Derecho de Daños. Buenos Aires, Argentina, Editorial Hamurabi SRL., 2001.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil Quinta Edición Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1986.
- CREUS, Carlos. Reparación del daño producido por el delito. Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1995.
- Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, España, Editorial Espasa, 2006.
- FALZEA, Angelo Eficacia Jurídica. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Juicio de Amparo e Interés Legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos. México, Editorial Porrúa, 2004.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Buenos Aires Argentina, Editorial Universidad, 1993.
- GESUALDi, Dora M. Daño Colectivo. Moderno. En: ALTERINI, Juan Martín; PICASSO, Sebastián, y WAJNTRAUB, Javier Hernán. Instituciones de Derecho Privado Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo- Perrot.
- GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la reparación de daños. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1997.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Primera Edición. México: Editorial Porrúa México, 2003.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Citado en: VERBIC, Francisco. Procesos Colectivos. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2007.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Neoconstitucionalismo y derechos colectivos. Buenos Aires, Argentina, Editorial EDIAR, 2005.
- HERNÁNDEZ R, FERNÁNDEZ C. & BAPTISTA P. Metodología de la Investigación. México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1998.
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique. La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos. Procedimiento administrativo, tributario y contenciosos administrativo. Segunda Edición, Mundo Gráfico, S.A., 1998.
- JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Medellín, Colombia, Editorial Jurídica Diké, 2005
- LAREZ, Karl. Citado por: SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de Daños. Madrid, España, 1963.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2006.

- MARTIN BERISTAIN, Carlos. Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo 2. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 2008.
- MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel, y SIGAL, Martín. Las acciones colectivas: Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- MEDRANO, Pablo. Delitos tributarios : bien jurídicos y tipos legales. En: MAIER, Julio. Delitos no convencionales. Buenos Aires, Argentina, Editores del Pueblo, 1994.
- MENDEZ ZAMORA, Jorge. La Acción Civil Resarcitoria: Guía Teórico-Práctica. Primera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por Daños. Tomo I. Parte General. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1982.
- PAOLILLO, Felipe H. Derechos Humanos y Reparación. En Amicorum Liber, Volumen 2. Bruselas, Bélgica, Editorial Bruylant., 1997.
- PEÑA CHACÓN, Mario. Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006
- PÉREZ VARGAS, Víctor Hechos Jurídicos. Derecho Privado. Tercera Edición. San José, Costa Rica, Imprenta LIL, S.A., 1994.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. Derecho Privado. Tercera Edición. San José, Costa Rica, 1994.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. Principios de la Responsabilidad Extracontractual. Derecho Privado Tercera Edición. San José, Costa Rica, 1994.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Responsabilidad Civil. Primera Edición. San José, Costa Rica, Ediciones Jurídicas ARETÉ, 1999.

- SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. Reparación Civil en el Proceso Penal. Primera Edición. San José, Costa Rica, Editorama, S.A., 2008.
- VIDAL PERDOMO, Jaime Derecho Administrativo. Colombia, Editorial Talleres Gráficos.
- WITTMANN STENGEL, Susana. Delitos Tributarios: aspectos teóricos y prácticos. Corte suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica, 2009.
- YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, España, Editorial Civitas, 1993.
- ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1982.

2. Trabajos Inéditos

- ARIAS VALVERDE, Yanci. Resarcimiento del daño social que producen los delitos de corrupción. Inédito.
- PEÑA CHACÓN, Mario. El daño moral colectivo. Inédito. 2010.
- PÉREZ VARGAS, Víctor. Las Situaciones Jurídicas. Inédito.

3. Revistas

- ANDRADE Fernández, Maikol J. Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Revista de Servicio Civil, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. La Protección de Intereses Colectivos y de Grupo en el Proceso Civil. En: Revista N°105-106, 1997.
- COLLADO, Andrea. Capital social y su vínculo con la pobreza en Costa Rica. En: Revista de Ciencias Económicas N° 25-2007. San José, Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2007.
- COMPIANI, Fabiana María. Responsabilidad por daños colectivos. Buenos Aires, Argentina. Revista Jurídica UCES. Noviembre, 2001.

- REUBEN Soto, Sergio. La sociedad civil, el bienestar social y las transformaciones del estado en Costa Rica. Revista Reflexiones N°83. San José, Costa Rica, 2004.

4. Tesis

- CALDERÓN ZAPATA, Mauricio y otro. El derecho de reparación de daños medioambientales y su aplicación en el Código Procesal Penal. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1997.
- MATA, Sianny. Las acciones represivas de política criminal contra la corrupción del servidor público en Costa Rica y crítica al tratamiento diferenciado del instituto de la prescripción de la acción penal en materia de delitos contra la función pública: análisis de la “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2004.
- PEREIRA VILLALOBOS, Oscar. La aplicación de los principios de la sana crítica a la luz de la legislación procesal civil de Costa Rica. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1993
- SABORIO MARÍN, Luis Diego. Análisis al derecho de elección del consumidor en Costa Rica. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2003.
- VALLECILLO ALFARO, Yuliana. La reparación civil por daño ambiental en delitos forestales. propuesta de plan de reparación aplicable al área de Conservación Tortuguero. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2009

5. Internet

- ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria. Responsabilidad por daño ambiental. En: www.acaderc.org.ar/.../responsabilidad-civil-por-dano-ambiental. Consultada el 8 de mayo de 2010.
- ARIAS MADRIGAL, Doris. Tutela judicial efectiva: El reconocimiento del INAMU, como víctima en el proceso penal. En: http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro4/tutelajudicial.htm Consultada el 12 de febrero de 2010.
- CAFFERATTA, Néstor A. Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo. En: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xnPRdmtz8BUJ:aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2005/textos/nestor1.doc+daño+moral+colectivo&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr. Consultada el 4 de abril de 2010.
- Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo Segunda Edición, 2009. En: <http://www.rae.es/rae.html>. Consultada el 18 de septiembre de 2009.
- Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo Segunda Edición (2009). En: <http://www.rae.es/rae.html>. Consultada el 09 de marzo del 2010.
- GALDÓS, Jorge Mario. Daños Colectivos. Convergencia Procesal y Sustancial. En: desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../420/.../Daños_colectivos.pdf. Consultada el 8 de mayo de 2010.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños : de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, Pág 12. En: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-inclusion-de-los-danos.../file Consultada el 11 de febrero de 2010.

- Naciones Unidas (1985). Resolución 40/34. En: seccionlegislacion.blogspot.com/.../declaracion-de-las-naciones-unidas-de.html. Consultada el 4 de marzo de 2010.
- PÉREZ VARGAS, Víctor: La tendencia expansiva del derecho de daños. En: <http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/Rev81/Presentaci%F3n%20de%20la%20RevJud/arttendencia.htm> Consultada el 12 de febrero de 2010.
- SANTARELLI, Fulvio Germán. Cuatificación del daño. Exposición en el Ciclo de Conferencias sobre “Responsabilidad Civil”, de 30 de mayo de 2005, desarrollada en Buenos Aires, Argentina. En: <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/derechocivil/fulviosantarelli.pdf> Consultada el 10 de mayo de 2010.

6. Normativa

- Código Civil. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 2007.
- Código Procesal Penal. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.
- Constitución Política de Costa Rica San José, Costa Rica, Editorial Editec Editores, S.A., 2005.
- Dictamen N° C-111 de 1999 de la Procuraduría General de la República.
- Ley General de la Administración Pública, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2010.
- Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.
- Reglamento de Requisitos y Trámites para Estudios Arqueológicos. Poder Ejecutivo. Decreto N° 28174-Mp-C-Minae-Meic

7. Proyecto de Ley

- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente Legislativo N. ° 7594. Adición de un párrafo segundo al artículo 38 del Código Procesal Penal, de 10 de abril de 1996, y sus reformas.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente Legislativo N° 16343 de Agosto 2006 .
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente Legislativo N° 16343 de Septiembre 2006.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. Expediente N. °16.368. Ley para fortalecer el derecho de toda persona a reclamar la reparación del daño causado al ambiente. Septiembre, 2006.

8. Jurisprudencia

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 01227-1999.
- Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Votos N° 132-1999.
- Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Votos N° 3705-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Voto N° 503-1994.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 13363-2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 13363-2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N 10466-2000.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N 1118-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N 687-1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 1145-2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 5207-2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 8239-2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 02958-2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 03705-93.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 10354-2002.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 11924-2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 132-1999.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 13363-2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 14186-2008.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 1631-1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 1634-1990.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2233-1999.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2305-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2331-1996.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2641-1996.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2757-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 360-99.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 3705-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 41-2000.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 503-1994.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 550-1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 8239-2001.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 4258-2002.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 4705-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 5751-1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 1763-1994.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 3341-1996.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 0112-1992.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 000211-F-2005.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 000074-F-2007.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 000074-F-2007. .

- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 0040-2007.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 0320-1990.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 034-1991.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 053-1998.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 112-1992.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 252-F-0.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 53-1998.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 589-F-99.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 606-2002.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 712-2005.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 98-2009.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N°0654-2004.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 103-1991.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 14-1993.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 151- 1992.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 17- 1992.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 17-1994.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 288-1990.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 398-2001.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 61-1996.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 675-2007.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 87-1994.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 112-1992.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 45-1994.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 320-1990.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 365- 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 0265-2002.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 572-2000.

- Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 815-2003.
- Tribunal Civil Sección II. Sentencia N° 184-2002.
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección II. Sentencia N° 0167-2000.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima. Voto N° 61-2009-SVII.
- Tribunal de Casación Penal de Goicoechea del Segundo Circuito Judicial, San José. Voto N° 622-2003.
- Tribunal de Casación Penal. Voto N° 763-F-98.
- Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 370-2009.
- Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 341-2004.

9. Entrevistas

- ENTREVISTA con Gilbert Calderón Alvarado, Procurador de la Ética, 25 de febrero de 2010.

10. Artículos de periódico

- EL FINANCIERO. ¿Qué significa daño social?. Economía y Política, 28 de junio de 2009, y Sentencia estrenó la figura del daño social. Negocios, 18 de octubre de 2009.
- LA NACIÓN. Alcatel pagó al Estado ¢5.600 millones por daño social. El País, Jueves 1º de abril de 2010.
- LA NACIÓN. Caso ambiental con pena por daño social. Sucesos, Domingo 31 de enero de 2010.

- LA NACIÓN. EBI paga €9 millones por daño social. Sucesos, Jueves 28 de enero de LA NACIÓN. Procuraduría concilia con Alcatel en causa por sobornos. El País, Jueves 21 de LA NACIÓN. Alcatel pagó al Estado €5.600 millones por daño social. El País, Jueves 1º de abril de 2010.
- LA NACIÓN. EBI paga €9 millones por el daño social. Sucesos, Jueves 28 de enero de 2010.
- LA NACIÓN. Estado reclama el 'daño social' en 49 causas por corrupción. El País, Lunes 19 de junio del 2006.
- LA NACIÓN. Gobierno debe decidir uso de fondos que pagará Alcatel. El País, Lunes 25 de enero de 2010.
- LA NACIÓN. Procuraduría concilia con Alcatel en causa por sobornos. El País, Jueves 21 de enero de 2010.
- LA NACIÓN. Procuraduría pide \$52 millones por daño social. El País, Jueves 21 de enero de 2010.
- LA NACIÓN. Procuraduría reclama pago de \$89 millones por daño social. Sucesos, Miércoles 5 de agosto de 2009.
- LA NACIÓN. Procuraduría y CCSS presentaron acción civil contra 8 acusados. El País, Lunes 19 de junio del 2006.
- LA NACIÓN. Reclamos por daño social ganan terreno en casos de corrupción. Sucesos, Domingo 31 de enero de 2010.
- LA NACIÓN. Reclamos por daño social ganan terreno en casos de corrupción. Sucesos, Domingo 31 de enero de 2010.