

UNIVERSIDAD DE BARCELONA
UNIVERSIDAD DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MÁSTER EN SOCIOLOGÍA JURÍDICO-PENAL Y
MÁSTER EN CRIMINOLOGÍA CON ENFASIS EN SEGURIDAD HUMANA

**“EL DAÑO SOCIAL: SU ANÁLISIS DESDE LA POLÍTICA
CRIMINAL EN COSTA RICA”**

IRINA SIBAJA LÓPEZ

SAN JOSÉ, COSTA RICA
2014

UNIVERSIDAD DE BARCELONA
UNIVERSIDAD DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Este Trabajo Final de Graduación fue aprobado como requisito parcial para obtener los títulos de Máster en Sociología Jurídico-Penal y Máster en Criminología con énfasis en Seguridad Humana.

Dr. José Ignacio (Iñaki) Rivera Beiras
Evaluador
Universidad de Barcelona

Irina Sibaja López
Sustentante

DEDICATORIA

A Manuel, quien me acompaña en cada uno de los retos que emprendo en mi vida.

Gracias por estar siempre a mi lado.

A mami y papi, muchas gracias por su apoyo incondicional...

Irina

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	II
ÍNDICE GENERAL	III
RESUMEN EJECUTIVO	V
INTRODUCCIÓN	1
ESTRATEGIA METODOLÓGICA	4
1. OBJETO DE ESTUDIO.....	4
2. OBJETIVOS	4
2.1. <i>General</i>	4
2.2. <i>Específicos</i>	4
3. HIPÓTESIS	5
4. TIPO DE ESTUDIO.....	5
5. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	6
TÍTULO I: ELEMENTOS CONCEPTUALES	7
CAPÍTULO I. HECHOS JURÍDICOS Y EL CRITERIO REAL OBJETIVO	7
1. EL CARÁCTER JURÍDICO DE LOS HECHOS	7
2. LOS HECHOS DAÑOS PUNIBLES: SU AFECTACIÓN AL ÁMBITO INDIVIDUAL Y SUPRA INDIVIDUAL.....	10
CAPÍTULO II. EL CONTEXTO ACTUAL: AMPLIACIÓN DE LA	14
“TEORÍA DE DAÑOS”	14
CAPÍTULO III. INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS: UNA APROXIMACIÓN	17
DESDE EL BIENESTAR SOCIAL	17
1. ¿DERECHOS O INTERESES?	17
2. DISTINCIÓN ENTRE INTERESES DIFUSOS E INTERESES COLECTIVOS.....	20
3. RELACIÓN ENTRE LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS Y EL BIENESTAR SOCIAL	22
CAPÍTULO IV. EL ANÁLISIS SOCIOPOLÍTICO: UNA HERRAMIENTA EN LA COMPRESIÓN DEL DAÑO SOCIAL	25
1. ELEMENTOS DEL ANÁLISIS SOCIOPOLÍTICO	25
TÍTULO II. EL DAÑO SOCIAL: ELEMENTOS PARA SU COMPRESIÓN	27
CAPÍTULO I. REGULACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DEL DAÑO SOCIAL	27
EN COSTA RICA	27
1. ARTÍCULO 38 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU REGULACIÓN ACTUAL.....	28
2. PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS ANTE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA EN RELACIÓN AL DAÑO SOCIAL	32
3. ANTECEDENTES DE APLICACIÓN DE LA FIGURA	34

CAPÍTULO II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO SOCIAL	38
1. EL DAÑO SOCIAL: NUESTRO PUNTO DE PARTIDA.....	38
2. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DEL DAÑO SOCIAL.....	41
3. ANÁLISIS SOCIOPOLÍTICO DEL DAÑO SOCIAL.....	43
4. EL DAÑO SOCIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	47
TITULO III. LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DAÑO SOCIAL	49
CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL COSTARRICENSE	52
1. EL CÓDIGO PENAL Y PROCESAL PENAL: SU CARACTERIZACIÓN.....	52
2. PRINCIPALES RASGOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL	56
CAPÍTULO II. EL DAÑO SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL	61
1. EL DAÑO SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL: ALCANCES DE SU RELACIÓN	61
2. LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA	65
CAPÍTULO III. POSIBLES APLICACIONES DEL DAÑO SOCIAL	69
1. EL DAÑO SOCIAL Y LOS HECHOS PUNIBLES	69
1.1 <i>Delitos ambientales</i>	70
1.2 <i>Delitos tributarios</i>	73
1.3 <i>Delitos contra los deberes de la función pública</i>	75
1.4 <i>Delitos contra el patrimonio arqueológico nacional</i>	79
1.5 <i>Delito contra el patrimonio histórico arquitectónico</i>	80
1.6 <i>Delitos contra los derechos de los consumidores</i>	80
2. AMPLIACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA.....	82
REFLEXIONES FINALES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	91

RESUMEN EJECUTIVO

Con motivo de los diversos de los cambios sociales y de la inclusión de la teoría de daños es que los intereses difusos y colectivos adquieren relevancia dentro del ámbito jurídico, y con ello el daño social. En Costa Rica el Código Procesal Penal de 1996 introduce dicho concepto 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. Figura que a pesar de estar prevista en el ordenamiento ha tenido muy poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

El presente trabajo tuvo como objetivo conocer las dimensiones sociopolíticas que caracterizan la figura del daño social en Costa Rica, dentro de la actual política criminal del país. Por ello ¿por qué a pesar de estar regulada, desde hace más de quince años, no se ha utilizado ampliamente?, y ¿qué lugar ocupa el daño social en la política criminal del país?

Dicha investigación tiene un carácter exploratorio y descriptivo, se llevó a cabo por medio de la investigación doctrinaria, jurisprudencial y de expedientes legislativos relacionados con el daño social; recurriendo también a la revisión y análisis de la legislación.

Se partió de la hipótesis que no se cuenta con claridad sobre las dimensiones y alcances del daño social en nuestro país; si bien se encuentra regulada expresamente la figura, no ha tenido un amplio desarrollo, y por ello, no tiene un rol protagónico dentro de la política criminal. Ello, debido a la configuración que tiene la política criminal actual, con una orientación clásica del derecho penal. Misma que fue confirmada al finalizar la investigación.

Lo que fue posible al desarrollar los aspectos generales en cuanto a la juridicidad de los hechos y su coincidencia con el tiempo y espacio en el que se producen; así mismo, se hace un análisis de los intereses difusos y colectivos. Para finalmente, conceptualizar el daño social y definir las principales características de la política criminal costarricense, y establecer sus vinculaciones.

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.

Así mismo, por las características de la política criminal en el país, el daño social no tiene un rol protagónico. Lo anterior, con motivo de lo señalado, donde uno de los elementos que priva en la configuración de la política criminal es la perspectiva clásica individualista del derecho, donde el delincuente es el centro del desarrollo jurídico; afectando con ello el análisis y restándole importancia a las afectaciones de los intereses difusos y colectivos, que algunas conductas delictivas pueden producir.

Y finalmente, la concepción de la figura como exclusiva del derecho penal, 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 administrativa. Finalmente, se analizan posibles escenarios legales en donde puede presentarse su reclamo.

INTRODUCCIÓN

Uno de los retos principales de estudiar el Derecho como ciencia social, es el tener claro las múltiples dimensiones que componen este objeto de análisis; no sólo desde el problema mismo o de la temática que nos interesa, sino desde la perspectiva teórica y de los elementos epistemológicos desde los cuales partamos para su abordaje. Precisamente, este es el primer aspecto a considerar cuando se busca analizar el daño social y todo lo que puede significar.

Este es un concepto de gran actualidad, en el ámbito nacional e internacional, ya que reconoce que un hecho punible y no punible puede producir a la colectividad una afectación, sea a sus intereses o derechos.

La figura del daño social, se encuentra regulado en Costa Rica y forma parte del artículo 50 de la Constitución Política, según el cual todos tenemos derecho a vivir en un ambiente sano, y en bienestar social. Refiriéndose a la percepción 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, así como la percepción de seguridad o inseguridad que tengamos en un espacio social.

Precisamente, 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 jurisprudencial (Llobet, 2006:161-163). Sin embargo, en los últimos años, la Procuraduría ha decidido utilizarla al intentar cobrar este daño en procesos relacionados con las afectaciones 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 y en la discusión jurídica. Debido a las causas “CCSS- Fischel” e “ICE-Alcatel”, el daño social se ha convertido en una figura polémica en el ámbito nacional.

Siendo también un tema, que a nivel internacional ha tomado importancia y ha redefinido el objeto de análisis de la misma criminología, donde se conoce también como “social harm”.

Es un instrumento de poder social, con el que se evidencia que cuando el delito produce daño colectivo, afecta la totalidad de la estructura social, no sólo para la víctima, sino para el resto de los individuos que configuramos la realidad colectiva.

Por ello se plantea como objetivo general de esta investigación el conocer las dimensiones sociopolíticas que caracterizan la figura del daño social en Costa Rica, dentro de la actual política criminal del país. De ahí que la misma tendrá un carácter exploratorio y descriptivo, cuya metodología es cualitativa enfocada en el análisis de los expedientes legislativos que dieron origen a la figura, así como el análisis jurisprudencia y doctrinario de todo lo relacionado con la temática.

Lo anterior, a partir de una concepción real objetiva, en donde el derecho, como se indicó, se considera una ciencia social y por tanto una construcción colectiva que para ser explicado debe referirse a una realidad específica, ubicada en un tiempo y espacio determinado.

Son muchas las preguntas y pocas las respuestas, por ello el presente estudio busca encontrar algunas. De ahí que, si bien es relevante la definición y conceptualización del daño social, también es importante, su análisis sociopolítico, por lo que nos preguntamos sobre ¿cuáles son los intereses que sustentan la figura?, ¿por qué a pesar de estar regulada en nuestro ordenamiento, desde hace más de quince años, no se ha utilizado ampliamente?, y con ello, ¿qué lugar ocupa el daño social en la política criminal del país?¹

A continuación se expone un breve esbozo de la estructura y contenido de los Títulos del trabajo de investigación desarrollado

El Título Primero, se explican los aspectos generales, en el sentido de comprender los conceptos necesarios de los cuales partiremos para desarrollar posteriormente nuestro planteamiento teórico; tales como los hechos jurídicos, teoría de daños e intereses difusos y colectivos, así como la importancia y necesidad de su tutela en nuestro ordenamiento.

¹ En la presente investigación, se retoman ideas y elementos de un trabajo previo efectuado sobre el tema, en coautoría con la Licda. Ana Lucía Aguirre, denominado “Lineamientos para la comprensión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense”.

En el Título Segundo, nos abocaremos a conceptualizar y explicar las dimensiones sociales y políticas del daño social en el contexto actual del derecho costarricense. De esta forma lo que se busca es establecer los antecedentes de la figura, tanto normativamente como las reformas planteadas en la Asamblea Legislativa y la aplicación de la misma en nuestro sistema.

Y por último, en el Título Tercero se pretende efectuar la caracterización de la política criminal costarricense, y su relación con el daño social; así como un análisis de sus posibles aplicaciones y alcances.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

1. *Objeto de Estudio*

La necesidad de protección de los derechos o bienes colectivos ya consagrados en el artículo 50 de la Constitución Política, y el reconocimiento de estos que la misma Sala Constitucional² ha realizado al otorgarle una amplia tutela y legitimación procesal, destaca la jerarquía fundamental del derecho en la efectiva protección del espacio y bienes colectivos, poniendo en evidencia su importancia como una temática de actualidad en el análisis criminológico.

Por lo que, se analizará el impacto que tiene o puede tener la figura del daño social, las posibilidades de su utilización, así como un análisis de las dimensiones sociales y políticas que le dan origen, ello dentro del marco de la actual política criminal costarricense.

2. *Objetivos*

2.1. *General*

Conocer las dimensiones sociopolíticas que caracterizan la figura del daño social en Costa Rica, dentro de la actual política criminal del país.

2.2. *Específicos*

- Examinar la importancia de la efectiva tutela de los intereses difusos y colectivos en su vínculo con el bienestar social.
- Determinar las características sociales y políticas que determinan la configuración del daño social.
- Establecer los principales elementos que caracterizan y definen la política criminal en Costa Rica.
- Analizar los alcances y cuestionamientos del daño social con su actual regulación, dentro del marco de la actual política criminal costarricense.

² Sobre este tema, consultar los votos N° 132-99 y el 3705-93 de la Sala Constitucional.

3. Hipótesis

Teniendo en cuenta la problemática que interesa en este trabajo, y por la configuración del sistema jurídico en el país, se parte de la hipótesis que no se cuenta con claridad sobre las dimensiones y alcances del daño social en Costa Rica; si bien se encuentra regulada expresamente la figura en el Código Procesal Penal, no ha tenido un amplio desarrollo, y por ello, no tiene un rol protagónico dentro de la política criminal.

Lo antes mencionado con motivo de que una de las características que priva en la configuración de la política criminal es la perspectiva individualista, donde el delincuente es el centro del desarrollo jurídico. De ahí que, los pasos han sido pocos en el análisis de las posibles afectaciones colectivas que algunos hechos jurídicos pueden producir, siendo limitada la utilización de la figura del daño social.

Teniendo además un ámbito de acción mínimo con motivo de la regulación planteada en el artículo 38 del Código Procesal Penal, ya que refiere directamente a la afectación producida a la colectividad con ocasión de un hecho punible, como por ejemplo delitos ambientales, delitos tributarios, malversación de fondos públicos, delitos de corrupción y con ocasión de la función pública. Por ello, la necesidad de una comprensión amplia del mismo, que incorpore hechos que no siempre son punibles, pero que pueden afectar a un grupo social, tal es el caso de daños ocasionados al medio ambiente, a la salud, vicios de los productos de consumo, falta de acceso a servicios públicos, entre otros. Todos igualmente englobados dentro del concepto de “ambiente sano” que tutela la Constitución Política.

Lo anterior, ante la incompreensión de que el daño social es un concepto que va más allá del simple o complejo entendimiento del delito, ya que incorpora el bienestar social; concepto que refiere al conjunto de sentimientos de satisfacción material o inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones; como la protección de los intereses difusos y colectivos, por lo que el análisis de sus dimensiones sociopolíticas se torna importante.

4. Tipo de estudio

Por el planteamiento efectuado y por la ausencia de amplia información con respecto a la temática, la metodología que se plantea es la cualitativa, con carácter exploratorio y

descriptivo, ya que representa una de las primeras investigaciones, a pesar de estar regulado en nuestro ordenamiento desde 1996. Es por ello, que se busca efectuar un primer acercamiento al origen sociopolítico del daño social, con el propósito de generar su cuestionamiento y posibilitar futuros estudios. Así mismo, busca establecer las dimensiones que caracterizan el fundamento del daño social, además de determinar su utilización y posibles alcances dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

5. Técnicas de recolección de la información

La información se espera obtener por tres medios: el primero consiste 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.

Como segunda vía, se analizarán los expedientes legislativos que permitirán conocer el fundamento de su configuración dentro del ordenamiento costarricense, ello por medio de técnicas de análisis de discurso.

Y por último, se tiene el análisis de la jurisprudencia nacional e internacional con respecto a las temáticas relacionadas con el daño social y la política criminal, además del tema de los intereses difusos y colectivos.

TÍTULO I: ELEMENTOS CONCEPTUALES

*“No es, pues, simplemente en términos de extensión continua como cabe hablar de ese crecimiento discursivo; en ella debe verse más bien una dispersión de los focos emisores de los discursos, una diversificación de sus formas y el despliegue complejo de la red que los enlaza”
(Foucault, 2005:45)*

CAPÍTULO I. HECHOS JURÍDICOS Y EL CRITERIO REAL OBJETIVO

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. Sin embargo desde una ciencia como el derecho, sugiere en primera instancia dejar atrás el simple concepto de “hecho”, para adicionarle el adjetivo de jurídico, por lo se plantea el tema de los “hechos jurídicos”.

1. El carácter jurídico de los hechos

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 refiere al carácter jurídico de los mismos. De ahí que se parte del criterio de análisis y clasificación real-objetivo, el cual nos 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 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, ya que su diferencia central reside en que los primeros “permanecen” y los segundos “acontecen”.

Este criterio, a diferencia de los denominados “tradicionales”³, 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 pueden verse afectados por los diversos fenómenos temporales. A partir de esta perspectiva real-objetiva 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.

Los eventos son hechos que carecen de incidencia humana, adquieren relevancia sólo cuando afectan de manera directa intereses tutelados e importantes para el sistema jurídico, aquellos imperantes en un determinado espacio social. Por su parte, cuando hablamos de comportamientos humanos, 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. Teniendo importancia jurídica, sólo, cuando afecta de manera directa valores y principios importantes dentro del sistema axiológico, acordado por una determinada colectividad. Siendo así, el proceso de exteriorización el principal objeto de estudio, por otorgarle al entorno social un papel central. Resulta esencial recordar que el derecho es una ciencia social, lo que implica que su configuración está determinada por el espacio y el tiempo en el que se desarrolla.

De ahí que la juridicidad del hecho responde a ese espacio social; lo que 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”* (Pérez, 1994:161). 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”* (Pérez, 1994:161). Por tanto, los hechos jurídicos no son más que una respuesta del derecho en procura de la tutela de aquellos comportamientos y eventos relevantes socialmente,

³ Los cuales son: “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.

que encuentran su fundamento en el sistema axiológico establecido por el contexto colectivo en donde se gesta el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, dentro de un contexto más amplio que el mismo Durkheim señala como “el plano social”, pensado el derecho a partir de sus verdaderas características y fuerzas sociales que la hacen funcionar. De ahí que se reacciona contra la afectación de los valores imperantes en la conciencia colectiva, lo que denomina representaciones colectivas de la realidad, éstas como categoría de análisis sociológico, siendo “*una suerte de producciones mentales sociales, una especie de “ideación colectiva” que las dota de fijación y objetividad*” (Elejabarrieta, 1991 citado en Araya, 2001:21). Esta construcción se basa en la configuración de los llamados hechos sociales, que se imponen a los individuos. El mismo Durkheim señala que

“(...) es un hecho social toda manera de hacer, fijo o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o también, que es general dentro de la extensión de una sociedad dada a la vez que tiene una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales” (1982: 46).

Precisamente estas reglas comunes de comportamiento que se nos imponen, configuran dentro de las sociedades lo que se llama el funcionalismo los “roles sociales”⁴. Cada uno de los individuos que componemos la estructura social, debemos desempeñar un conjunto de esos roles, por tanto necesaria la existencia de la estratificación social que asegure la estabilidad del sistema mismo. Dinámica que sólo se logra con un sistema cultural compartido, el cual es central para el mantenimiento de la cohesión social (Ritzer, 1993).

Plantea Garland que “*la visión interpretativa de Durkheim (...) ofrece una forma de comprender aspectos importantes de esta compleja institución y de vincularlos a otros fenómenos de la vida social*” (Garland, 2007:138).

Si bien este concepto de “conciencia colectiva”, se establece como el origen de la configuración de la estructura social y dentro de ésta de las leyes, no podemos dejar de tener claro que en este proceso encontramos que quien determina el carácter jurídico de los hechos, son las elites legislativas y los funcionarios profesionales; siendo en algunos casos las decisiones tomadas por grupos sociales determinados, quienes detentan el poder colectivo; pero que a su vez son un reflejo de lo que acontece en la sociedad en general. No somos todos quienes configuramos la ley, pero quienes toman las decisiones son parte de la sociedad que nos dio origen a ambos.

⁴ Consultar Bergalli, 1983.

Ante lo mencionado, se torna importante señalar que las personas experimentamos la tensión entre lo social y lo individual, entre ser constructoras de la realidad social y ser construidas por ella. En este contexto, la acción, en tanto acción individual socialmente significativa, tiene gran importancia, pues es en ella que convergen los condicionamientos sociales y las reelaboraciones individuales.

Al ser el derecho una ciencia social, “(...) *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)*” (Falzea, 2001:89).

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 hecho es jurídico porque su presencia pone en juego el sistema jurídico global y sustancialmente considerado, e incide sobre los intereses de la comunidad” (Pérez, 1994:161-162).

En este sentido, los delitos como hechos jurídicos son una construcción social, es una definición jurídica que surge de grupos específicos orientados a proteger sus intereses, todo dentro de la realidad capitalista que nos determina; donde se destacan sus causas sociales y culturales, ubicadas en un tiempo y espacio dado.

2. Los hechos daños punibles: su afectación al ámbito individual y supra individual

Se debe tener claro que al analizar el tema del comportamiento dentro del ámbito jurídico, es necesario realizar la distinción entre hechos lícitos y hechos ilícitos; siendo esta diferencia la base de la clasificación de las distintas ramas que componen el derecho.

Es por ello que dentro de la esfera jurídica, la conducta puede manifestarse de dos maneras, una cuando interfiere y afecta las relaciones sociales, produciendo consecuencias en

otro u otros seres humanos 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, conductas compartidas o acordadas, 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 en donde se produzca y las circunstancias bajo las cuales se analice.

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 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” (1997:44).

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

Sin embargo, lo relevante cuando se analiza el concepto de hechos punibles dañosos, es establecer la distinción desde el punto de vista de los efectos, entre la ilicitud penal y la ilicitud civil.

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 los valores y los principios más preciados, desde el ámbito individual y desde la perspectiva colectiva, como: la vida, la seguridad, el honor, la integridad física, el ambiente, 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, el cual es 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 que recae sobre intereses particulares o colectivos.

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 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)” (1995:12).

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 necesariamente la responsabilidad penal y, por ende, aunque no sea posible penarlo desde esta materia, nada impide que se reconozca la posibilidad de obligarlo a reparar el daño. En este sentido Yagüez plantea que

“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” (1993:51).

En suma, los hechos dañosos punibles son comportamientos que afectan y contradicen los valores y principios tutelados en una determinada sociedad (una decisión político institucional), que resultan ser considerados como hechos jurídicos y por tanto tutelados por el derecho, y de los cuales se puede derivar la responsabilidad civil.

Dichos efectos dañosos, pueden producir afectaciones a otro ser humano o a la sociedad misma, lesionando intereses particulares, sean individuales o colectivos, puede decirse que el acto delictivo engendra responsabilidad civil.

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 constituye 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.

CAPÍTULO II. EL CONTEXTO ACTUAL: AMPLIACIÓN DE LA “TEORÍA DE DAÑOS”

La Constitución Política de Costa Rica 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 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”*.

Dichas 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. Siendo ambas 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; no se ha profundizado jurisprudencial ni doctrinariamente sobre esas implicaciones colectivas, y el impacto que tiene en la configuración del derecho en el país.

No podemos dejar de lado que 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”(1997:74).

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 ha extendido a todas las sociedades contemporáneas debido a los procesos de la globalización” (2004:5).

Como se indicó, no se puede hablar solamente de daños que afectan el ámbito individual de las personas, sino también se deben comprender aquellos que afectan simultáneamente a muchos individuos.

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 experimentamos, la teoría de daños resarcibles y la de responsabilidad han sufrido un ensanchamiento, para ajustarse a las nuevas necesidades de tutela de los individuos.

El cambio de paradigma nos indica el autor Rivero, se ha dado por diversas razones acaecidas en el siglo XX. Una de ellas es el gran desarrollo tecnológico y de la ciencia, 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 causado (Rivero, 1999:36), lo cual se manifiesta con las nuevas tendencias de los elementos de éste tipo de responsabilidad y en las nuevas hipótesis que contemplan la responsabilidad objetiva.

De estas causas, una de más relevantes actualmente es la ampliación de la gama de intereses, que al ser lesionados conllevan a su reparación. Por lo que se considera que son reparables todos aquellos daños a intereses jurídicamente relevantes, y no solo derechos absolutos o legítimos como se comprende en la concepción clásico-individualista del derecho. Siguiendo esta línea de pensamiento, entonces resultan reparables una generalidad de intereses, dentro de los cuales se incluyen los intereses colectivos y los difusos.

A la luz de este panorama, es que se sugiere, hablar de “Derecho de daños”, y no de responsabilidad civil, ya que éste 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’” (Garrido, 1993:18).

Justamente este concepto de derecho de daños es el que legitima, la temática de los intereses difusos y colectivos, pero sobre todo el desarrollo actual que tiene el término del daño social, debido a que nos permite comprender que el daño puede tener una órbita plural, colectiva, que se da en razón de los cambios sociales que han influido al derecho; y que incluso puede llegar a afirmarse han provocado una socialización de este, para que se ajuste a los presupuestos de la realidad en la que vivimos.

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 común. Aunado al reto de convertir esta nueva realidad, en hechos jurídicos, y por ende de tutela en el ordenamiento.

CAPÍTULO III. INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL BIENESTAR SOCIAL

A partir de lo comentado en los anteriores capítulos, el tema de las afectaciones a la colectividad, han adquirido relevancia en el ámbito internacional y nuestro ordenamiento jurídico no se queda atrás, de ahí que resulte necesario comprender de qué tipo de situación jurídica se habla, cuando de intereses difusos y colectivos se trata.

1. ¿Derechos o intereses?

Por ello, se debe 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. En suma, son ¿derechos o intereses?

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 hecho, 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.

Por otra parte, los derechos subjetivos, son definidos por Pérez como “*un poder jurídico, del cual es titular un individuo concreto, corresponde a un interés completo y actual merecedor de tutela*” (1994:5).

A pesar de las distintas posiciones, cuando se plantea el tema de los intereses difusos y colectivos desde la nueva teoría de daños resulta complejo encontrar su ubicación en la clásica distinción; por lo que se plantea debe ser analizado como un interés legítimo con elementos particulares, siendo definido entonces como, “*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*” (Pérez, 1994:7), 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*”(Pérez, 1994:7).

De ahí que esta posición, difiere y responde a la clásica configuración del derecho como respuesta a los conflictos y tutela individual. Por lo que estos intereses son más que un “mero interés protegido”; pues en la mayoría de los ordenamientos si existen mecanismos legales⁵ 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 contradice 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” (Armijo, 1998:14).

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.*” (Armijo, 1998:14).

Dicha gama de intereses 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” (1997:79).

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. Lo que es positivo por un lado, pero a su vez nos ubica frente al obstáculo que Cappelletti señala con respecto a la teoría general de la

⁵ Ejemplo de estos recursos en los sistemas legales son: la acción popular, recursos de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, entre otros.

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 la Administración por los administrados y, los segundos, en el plano de las relaciones intersubjetivas privadas” (1998:454-455).

A pesar de ello, 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. Ejemplo de ello es la protección establecida en el artículo 50 constitucional.

Tal y como la autora Sibaja (2013) menciona al indicar que la protección del ambiente, 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. Por tanto,

“este derecho, debido a la importancia y reconocimiento otorgado internacionalmente, se ha ubicado en una nueva generación de derechos humanos, llamados derechos de solidaridad, o de tercera generación, entendidos como aquellos dedicados al pueblo y a la búsqueda del bienestar mundial, que abarcan: el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y el de patrimonio común de la humanidad” (Sibaja, 2013:146).

De ahí 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.”(1998:17).

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)” (Barrios, 1983:130).

La Sala Constitucional confirma lo mencionado al establecer que los intereses difusos y colectivos,

“(…) 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” (Sala Constitucional, Voto 505-1994).

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; siendo reconocidos como derechos humanos de tercera generación.

2. Distinción entre intereses difusos e intereses colectivos

A partir del contexto señalado en los apartados anteriores, cabe indicar que tanto los intereses difusos como los colectivos son situaciones jurídicas “activas de ventaja”, siendo provechosas para sus titulares, ya que con ello, se les garantizan la satisfacción del interés jurídicamente protegido por estos derechos, a partir de la realización de una conducta positiva.

Dentro de este contexto es necesario establecer las diferencias que existen entre los intereses difusos y de 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, no es pacífica y ha generado polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial.

La Sala Constitucional plantea que los intereses difusos y colectivos, son derechos inherentes al ser humano que encuentran su tutela en nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, 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”* (Sala Constitucional, Voto 3705-1993).

Siendo resultado, de un proceso de cambio y transformación social, donde la sociedad y lo plural adquiere relevancia; en procura de la protección de los derechos ligados a la colectividad y que son inherentes de todo ser humano.

En lo que respecta específicamente a los intereses difusos, la jurisprudencia constitucional en un esfuerzo de esclarecimiento ha planteado que

“(…) 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 de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas” (Sala Constitucional, Voto 503:1994).

Es importante rescatar que el interés se encuentra difuminado entre una pluralidad de sujetos, que se caracteriza por la no identificación de manera certera los titulares de este tipo de derecho. Por ello, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no identificables, pero unidas a partir de un elemento común, ya sea 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.

A diferencia del concepto anterior, los intereses colectivos 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. 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” (Sala Constitucional, Voto 11924-2001).

En síntesis, los intereses colectivos atañen a un grupo de personas previamente identificadas, a una colectividad concreta, por lo que cualquier posible daño produce una afectación al conjunto, mientras que los difusos se encuentran dispersos en una pluralidad de personas.

La protección de los intereses difusos y colectivos, además de ser una respuesta a los cambios sociales y al espacio actual, procura la búsqueda de un mayor bienestar social para los habitantes de un territorio.

3. *Relación entre la tutela de los intereses difusos y colectivos y el bienestar social*

Es por ello, que los ordenamientos jurídicos a través del derecho buscan la tutela de aquellos bienes que se consideran relevantes socialmente, a partir del establecimiento de regulaciones y de normativa que lo posibilita.

En este sentido, 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, pero sobretodo la insatisfacción 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” (Reuben, 2004:6).

Por esto, 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

“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” (Reuben, 2004:6).

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.

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” (Collado, 2007:22).

El capital social a partir de lo anterior, se configura como un elemento esencial que viene a conformar 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 a los intereses colectivos y difusos, provoca una disminución y afectación a este capital, y por ende, del bienestar social que debe imperar en toda sociedad.

CAPÍTULO IV. EL ANÁLISIS SOCIOPOLÍTICO: UNA HERRAMIENTA EN LA COMPRENSIÓN DEL DAÑO SOCIAL

1. *Elementos del análisis sociopolítico*

A partir de lo expuesto, comprender el daño social supone además desde nuestra perspectiva, efectuar un adecuado análisis de las dimensiones sociales y políticas que le dieron origen y determinan. Lo que es posible por medio de un análisis del discurso de los fundamentos de la figura, y de su ubicación dentro del contexto jurídico costarricense, en busca de la comprensión del papel que tiene dentro de la política criminal del país.

Cuando se plantea del análisis de discurso, se torna importante comprender las dimensiones de este y su alcance, siendo el análisis sociopolítico planteado por Dijk, el que se considera más adecuado; ya que hace un esfuerzo por comprender los elementos estructurales e individuales que están en el fondo de todo discurso o construcción social. En este sentido,

“pretende relacionar las estructuras del discurso con las estructuras sociales. De modo que, las propiedades o relaciones sociales de clase, género o etnicidad, por ejemplo, son asociadas sistemáticamente con unidades estructurales, niveles, o estrategias de habla y de texto incorporadas en sus contextos sociales, políticos y culturales. (Lo que...) también es válido para las relaciones entre organizaciones sociales, instituciones, grupos, roles, situaciones, relaciones de poder o la toma de decisiones políticas, por una parte, y las estructuras del discurso, por la otra” (Dijk, 1996:16).

En esta perspectiva, *“se considera a los usuarios del lenguaje como miembros de comunidades, grupos u organizaciones y se supone que hablan, escriben o comprenden desde una posición social específica. El análisis ideológico examina entonces qué ideologías se encuentran particularmente asociadas con esa posición” (Dijk, 1996:16).*

Lo característico del análisis, es que si bien es de relevancia la relación sociedad-actor, se establece una dimensión “sociocognitiva”, como eslabón entre lo macro-micro. Creando con ello el vínculo entre sociedad, ideología, cogniciones y discurso.

Por lo anterior, las ideologías tienen un papel central en tanto que

“organizan las actitudes de los grupos sociales que consisten en opiniones generales organizadas esquemáticamente acerca de temas sociales relevantes,

tales como el aborto, la energía nuclear o la acción afirmativa (Eagly y Chaiken, 1993). Dependiendo de su posición, cada grupo seleccionará entre el repertorio de normas y valores sociales, propios de la cultura general; aquellos que realicen óptimamente sus fines e intereses, y se servirán de estos valores como los componentes que edifican sus ideologías de grupo” (Dijk, 1996:18).

Dentro de estos supuestos es donde entra el tema de las representaciones sociales, al ser un conjunto de ideas compartidas por los miembros de un grupo social.

“Esto significa que es necesario disminuir la distancia entre estas cogniciones sociales y las cogniciones personales (tales como el conocimiento y las experiencias personales) que subyacen al texto y al habla individuales. A través de otras representaciones sociales, como el conocimiento y las actitudes socioculturales, las ideologías influyen también en el conocimiento específico y en las creencias de los individuos usuarios del lenguaje. Estas cogniciones personales representadas en modelos mentales de acontecimientos y situaciones concretos (incluyendo situaciones comunicativas), controlan a su vez al discurso” (Dijk, 1996:18).

De ahí que lo mencionado es
“un esbozo sobre la posible articulación entre discurso y sociedad, entre ideología y discurso, esto es, a todo lo largo de la dimensión grupo-actor y en conformidad con las relaciones entre la cognición social compartida y las cogniciones personales o individuales específicas. Esta interfase da cuenta "simultáneamente" la naturaleza social del texto y el habla compartidos y "las particularidades del discurso único, variable, contextual y personal” (Dijk, 1996:21).

Todo lo anterior, nos hace recordar que el discurso jurídico es una construcción social en sí misma, el cual reproducimos a la largo de nuestras vidas, en distintos niveles, dependiendo de la posición que ocupemos; bajo la determinación del tiempo y espacio. Por ello, el daño social como figura, no es más que una respuesta jurídica de las condiciones sociales y culturales que le dieron origen.

TITULO II. EL DAÑO SOCIAL: ELEMENTOS PARA SU COMPRENSIÓN

“La perspectiva del daño social no quiere reformar o mejorar la teoría criminológica, sino moverse más allá de ella” (Bernal, 2012).

CAPÍTULO I. REGULACIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DEL DAÑO SOCIAL EN COSTA RICA

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

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, sin existir mayor regulación sobre daños colectivos.

Sin embargo, la única norma que refiere al carácter colectivo de posibles lesiones a los intereses sociales, en nuestra legislación, es el artículo 38 del Código Procesal Penal, con el cual se tutela la afectación de los intereses difusos y colectivos cuando resultan dañados con motivo de un hecho punible, introduciendo en el ordenamiento jurídico la figura del daño social.

En Costa Rica, a pesar de ser una figura que se encuentra en la legislación desde hace más de quince años, ha tenido un limitado desarrollo jurisprudencial y doctrinario, contándose con pocos precedentes al respecto. Siendo el más importante el “*Caso Caja Costarricense del Seguro Social- Fischel*”⁶, ya que fue un proceso con mucha difusión periodística por contar con

⁶ Sentencia N° 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José. En esta Sentencia se reconoce, *inter alia*, que la Procuraduría General de la República tiene legitimación para intervenir en aquellos procesos penales, por medio de la acción civil resarcitoria, para reivindicar el pago de los daños y perjuicios, que se deriven de la comisión de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto. Adicionalmente, se reconoció un rubro por concepto el daño social ocasionado por las implicaciones consecuencia del delito de peculado cometido por los imputados, en la economía nacional.

un imputado expresidente de la República, fue este caso el que hizo evidente la existencia de la figura del daño social y el rol central de la Procuraduría de la República en su solicitud y cobro; aunque anteriormente se intentó utilizar⁷; desde ese momento, la Procuraduría ha buscado promover esta figura en procesos en donde se vean afectados los deberes de la función pública, así como las afectaciones que se producen al ambiente⁸ y los hechos relacionados con delitos tributarios⁹.

1. Artículo 38 del Código Procesal Penal y su regulación actual

La figura del daño social encuentra su fundamento normativo en Costa Rica, en el artículo 38 del Código Procesal Penal de 1996. Con él se establece la posibilidad para la Procuraduría General de la República de plantear una acción civil resarcitoria por concepto de 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” (Código Procesal Penal).

Por ello, en este caso de las acciones civiles por daño social, el legitimado de forma pasiva sea el demandado civil, contra quien se plantea la acción; puede ser el imputado, persona contra la que 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.

⁷ Ver: Sentencia N° 00176-2003 de la Sala Tercera.

⁸ Ver: Por ejemplo las Sentencia N° 2013-00266 del Tribunal de Apelación del Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.

⁹ El Artículo 2, inciso d) de la Directriz Presidencial número 030-P del 12 de abril de 2012, denominada Lineamientos a seguir por el Ministerio de Hacienda y a la Procuraduría General de la República para la atención de medidas alternas que se tramitan en los procedimientos penales por denuncias de delitos tributarios. ; plantea lo siguiente: “Artículo 2.-En casos excepcionales y muy calificados, en los cuales la Procuraduría General de la República considere que pese a las instrucciones contenidas en el artículo anterior, resulte recomendable el llegar a un acuerdo conciliatorio u otra medida alterna, deberán observarse las siguientes reglas: (...) d) Corresponderá a la Procuraduría General de la República, establecer el monto de daño social que deberá exigirse en todos los casos para que medie la conciliación”.

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 víctima¹⁰ o el damnificado¹¹; o bien, otros sujetos que la ley autorice a ese respecto, por ser considerados también víctimas¹². Sin embargo 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 suele ser su labor regular.

Esta tarea de la Procuraduría encuentra fundamento cuando ejerce las atribuciones que le otorga el artículo 3, inciso i) de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, facultándola para:

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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Ver: Artículo 70 del Código Procesal Penal.

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. (...)”.

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 públicos¹³.

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.

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.

Así mismo, 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”*. 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.

¹³ 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.

Es claro que ni la Procuraduría General 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.

Del artículo 38 del Código Procesal Penal, se determina con claridad que 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. Dicha acción es un 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 privado, no obstante que su ejercicio se realiza por medio del proceso penal” (Méndez, 2009:23).

Su objeto es entonces, como lo indica el artículo, *“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; no siendo una acción autónoma; sino más bien accesoria, pues su vigencia en el mismo depende de la acción penal.

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 se puede obtener una absolutoria en cuanto a la acción penal y una condena en lo civil.

Esta figura lamentablemente en los expedientes legislativos¹⁴ no encuentra una justificación específica de su existencia dentro de la normativa, siendo el artículo 38 la única norma que hace mención de este concepto de daño social. Al carecer de motivación dicho numeral, se hace más difícil su tratamiento al desconocer la intención del legislador, así como la interpretación que le quiso dar al mismo.

¹⁴ Expediente legislativo 12.526 correspondiente a la Ley 7594 Código Procesal Penal. Asamblea Legislativa, departamento de archivo, investigación y trámite, 1996.

Sin embargo, haciendo un análisis integral de la norma la existencia de la figura se puede considerar parte del intento de los legisladores de brindar una mayor tutela a las víctimas o personas afectadas a causa de un hecho delictivo; ampliando con la inclusión del daño social la protección de los intereses difusos y colectivos, como una dimensión a tutelar por parte del ordenamiento, y que viene a complementar el carácter clásico individual del derecho penal.

Lo anterior, significa que se regula esa dimensión colectiva en un marco normativo en el que priva la individualidad, de ahí que sólo se mencione el daño social en sólo una ocasión en todo el Código Procesal Penal.

Por ello, a pesar de contar con una regulación, esta es limitada, al omitir otros supuestos en los cuales se puede producir una afectación a la colectividad; 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.

Con ello, dejando de existir una protección de los principios consagrados en el artículo 41 de la Constitución, de una tutela judicial efectiva, ni del numeral 50 del mismo cuerpo normativo, ya que se está negando el derecho que toda persona tiene a reclamar la reparación del daño causado a sus intereses. Lo que tiene que

“(…) ver con la decidida concentración en el delito ordinario en perjuicio de la criminalidad masiva y de grave daño social. En algunos casos, como menciona Cohen, la criminología pasó de ocuparse de los crímenes de Estado y de los delitos de los poderosos al estado de la criminalidad (Cohen, 1993, p. 545). No fue hasta el surgimiento de las luchas del movimiento internacional de los derechos humanos, como factor externo a la disciplina, y el crecimiento de la victimología, como factor interno, que las graves violaciones de los derechos humanos fueron de interés” (Bernal y otros, 2012:10).

Derecho que podría garantizarse por medio de la apertura de otras vías para reclamar el daño social, y no solamente, por medio de una acción civil resarcitoria, como se encuentra establecido en la actualidad.

2. *Proyectos de Ley presentados ante la Asamblea Legislativa en relación al daño social*

Al realizar un examen del contenido del artículo 38 del Código Procesal Penal, resulta posible afirmar que su redacción es limitada e insuficiente, ya que no brinda muchos elementos

que permitan la comprensión del tema, reduciendo con ellos los alcances de la aplicación de la figura.

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 una única vía accionable para su reclamo.

Debido a ello, se han presentado dos proyectos de ley a la Asamblea Legislativa, con el fin de llenar los vacíos que la regulación vigente tiene; sin embargo ninguno de ellos se ha tramitado aún, por lo que la norma no ha sufrido ninguna modificación.

El primero de ellos, fue presentado en agosto de 2006¹⁵ por la entonces diputada Lesvia Villalobos Salas, se fundamenta en el artículo 1045 del Código Civil y el 50 de la Constitución Política, el cual se refiere al daño en forma general, sin hacer distinción alguna entre los diversos tipos de daño. 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 difusos afectados, y la naturaleza y las consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido”.

El proyecto de reforma introduce un aspecto importante al darle al juez un papel más activo en la determinación del daño; sin embargo la reparación del daño necesariamente, desde nuestro criterio, supone 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, y que puedan permitir en mayor medida su reparación. Este proyecto no prosperó en la corriente legislativa por lo que fue descartado.

¹⁵ 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.

El segundo proyecto de ley¹⁶ 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. Proponiendo la siguiente reforma a los artículos:

“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”.

“Artículo 70: Víctima. Se considerará víctima: (...) e) A cualquier persona en el caso de los delitos cometidos en perjuicio del ambiente”.

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 a considerar, y que 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 no es adecuado, ya que el tema del daño social tiene un alcance mucho más amplio. Lo anterior, nuestra que no se tienen claros los alcances de la figura, y de sus implicaciones, ya que a pesar de comprenderse su importancia, se sigue limitando su regulación, y ligando a temas concretos.

Este proyecto se encuentra vigente en la corriente legislativa, y se está a la espera de la segunda votación por parte de las y los diputados.

3. Antecedentes de aplicación de la figura

El daño social, como se indicó ha sido una figura poco aplicada en nuestros tribunales. Según datos proporcionados por la Procuraduría, existen varios precedentes jurisprudenciales

¹⁶ 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.

donde se ha legitimado y aceptado la existencia del daño social, en su mayoría relacionados con casos de administración de fondos públicos y corrupción; así como los temas medio ambientales y los delitos tributarios. Los casos relacionados con la función pública indica la Sala Constitucional¹⁷ que 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.

El caso más importante, el denominado “Caja Costarricense del Seguro Social- Fischel” bajo el número de sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, siendo este el más significativo en el análisis de la figura, ya que es la primera resolución judicial en donde se utiliza el término daño social dentro del sistema jurídico costarricense. El objeto de esta sentencia es 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.

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 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 la colectividad en su conjunto, la indemnización debida por el daño social causado” (Sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José).

¹⁷ Ver: Voto N° 8239-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Lamentablemente, el Tribunal no realiza un análisis jurisprudencial respecto de la figura, simplemente se encarga de reforzar 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.

A pesar de que la resolución antes indicada ha sido la más clara en el reconocimiento de la figura del daño social, la Procuraduría de la República ha intentado la utilización de la misma desde el 2003.

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, 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 Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). 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 también 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. Así mismo, en el Caso Carlos Monge Herrera, se realizó también un juicio abreviado, en marzo de 2009, condenándolo a tres años de cárcel, y al depósito 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 público¹⁸.

¹⁸ 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.

Otro de los procesos en los cuales ha estado presente el daño social es el de “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 José¹⁹.

Es claro el interés incipiente de la Procuraduría General de establecer acciones por daño social, en temas que no necesariamente se ligan con la función pública, tales como los ilícitos relacionados con materia ambiental y tributaria, iniciativas que se ven reforzadas por Directrices como la Presidencial número 030-P del 2012, denominada Lineamientos a seguir por el Ministerio de Hacienda y a la Procuraduría General de la República para la atención de medidas alternas que se tramitan en los procedimientos penales por denuncias de delitos tributarios, que plantea en su artículo 2, inciso d), lo siguiente:

“En casos excepcionales y muy calificados, en los cuales la Procuraduría General de la República considere que pese a las instrucciones contenidas en el artículo anterior, resulte recomendable el llegar a un acuerdo conciliatorio u otra medida alterna, deberán observarse las siguientes reglas: (...) d) Corresponderá a la Procuraduría General de la República, establecer el monto de daño social que deberá exigirse en todos los casos para que medie la conciliación”.

Lo señalado anteriormente, es un claro ejemplo de la utilización de la figura en la actualidad nacional, en donde si bien se ha intentado el cobro por daño social, siguen existiendo grandes deficiencias en su regulación, legitimación y comprensión por parte de los aplicadores del derecho, de ahí que persiste la tarea de incorporar plenamente esta figura en los distintos escenarios del sistema jurídico costarricense.

¹⁹ 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. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO SOCIAL

1. *El daño social: nuestro punto de partida*

A partir de la intervención de la Procuraduría se constató que la redacción del artículo 38 de Código Procesal Penal es insuficiente, generando en el ambiente jurídico nacional, la necesidad de especificar su contenido, forma de aplicación y lineamientos en general.

Pese a estos esfuerzos de reforma y voluntad para la aplicación de la figura en el ámbito judicial se sigue sosteniendo en el sistema jurídico costarricense un concepto restringido y apegado a la norma. Se entiende el daño social como aquel que se produce como resultado de un hecho punible y que afecta intereses difusos o colectivos. Aunque, es posible sostener con base en los artículos 41 y 50 de la Constitución Política que su conceptualización es mucho más amplia.

De acuerdo con el artículo 41 constitucional *“ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”*. Esto indica que el daño social se ubica en la gama de daños reparables, ante lo cual cualquier persona, estaría en principio legitimada para el ejercicio de una acción ante los tribunales nacionales en procura de su reparación.

Por su parte, el artículo 50 del mismo cuerpo normativo señala 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. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”*. La norma, establece el derecho que tenemos todos los ciudadanos de vivir en un ambiente sano, término que no debe entenderse de forma limitada, sólo partiendo de su concepción ecológica o ambiental que solemos tener de éste. En relación con la amplitud de aspectos que engloban este derecho al ambiente, la Sala Constitucional ha sostenido 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”(Voto 2641-1996)²⁰.

Por lo tanto, encontramos que se deriva el deber de proteger y preservar el ambiente y la obligación de los sujetos de reparar los daños que se le causen, dentro de los cuales se encuentra comprendido el daño social; que se presenta cuando hay una disminución del bienestar social. Este bienestar es producido por el conjunto de sentimientos de satisfacción de una serie de condiciones o elementos en los individuos o colectividades, lo tutela el artículo 50 de la Constitución, y que se ve menguado con la pérdida o disminución de fenómenos relacionados con los intereses difusos y colectivos.

Con base en esto, es posible indicar que el daño social se produce por cualquier comportamiento humano que cause un menoscabo. El hecho puede ser un ilícito punible como lo señala la norma, o bien puede ser consecuencia de un ilícito civil, o incluso de un hecho lícito con un resultado dañoso. Sin embargo la particularidad de la figura radica en la afectación a intereses supraindividuales, que atañen a una colectividad o pluralidad de sujetos, con carácter general. Estas afectaciones según la Sala Constitucional, son las que tienen que ver con

“(...) el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, el buen manejo del gasto público, entre otros. (... y que) 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” (Sala Constitucional, Voto 8239-2001).

²⁰ 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.

Lo que concierne a todo el país, por relacionarse con intereses de todos los habitantes y no sólo 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 además se afecta un interés mayor, el bienestar social del cual gozamos.

Bajo esta concepción amplia del daño social, es factible equiparar, aunque no plenamente, su concepto al de los daños colectivos, los cuales han tenido bastante desarrollo doctrinario a nivel internacional²¹, siendo de importante tutela dentro de los ordenamientos, pues al entrar en juego bienes colectivos o intereses sociales, se contribuye con la realización de principios relevantes como la justicia y la paz social.

Estos daños y el daño social tienen similitudes. Ambos se caracterizan por contar con una víctima plural, ya sean 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 extenso e incluso semejante al de los daños colectivos, debido a que por su naturaleza 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 que causen un daño injustamente sufrido al bienestar de la colectividad.

Al considerar lo explicado anteriormente, en especial las limitaciones del concepto actual en nuestro ordenamiento, se requiere una definición más comprensiva e integral de este. Por lo que se parte de la conceptualización propuesta por Aguirre y Sibaja que plantea 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 constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general, al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes

²¹ 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

para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado”
(2010:127).

2. Elementos esenciales para la existencia del daño social

La definición anterior, supone para su adecuada comprensión, la necesaria existencia de un conjunto de elementos que conforman el concepto mismo, y que determinan en última instancia de la figura misma. De ahí que a continuación se describe brevemente cada uno de ellos (Aguirre y Sibaja, 2010):

- La existencia de un daño: El daño social al ser una especie del género daño goza de las mismas características que éste y otras particulares de su tipo. Así, debe cumplir necesariamente con los elementos generales del daño para resultar reparable. En primer lugar, debe de existir un daño cierto, no meramente eventual, que lesione un interés jurídicamente relevante (un hecho jurídico); pero de incidencia colectiva (intereses difusos o colectivos), que sea merecedor de tutela; su reclamación debe ser personal, es decir, por los afectados y por una causa subsistente, a la hora de procurar su reparación.

Además, debe ser causado por un agente (sujeto activo), sea individual o colectivo, persona física o jurídica, un ciudadano o incluso, el mismo Estado. Este último por medio de sus acciones puede lesionar intereses de una colectividad e incurrir en responsabilidad civil extracontractual, como ya lo ha afirmado nuestra jurisprudencia²². El agente con su comportamiento, debe causar la afectación que produce el daño, la cual debe dirigirse a un sujeto pasivo de carácter colectivo, pues la afectación tiene que necesariamente lesionar intereses legítimos de esa pluralidad.

A la luz de la afectación colectiva toma relevancia el tema del bienestar social, como una garantía otorgada por el Estado de tutelar los intereses valorados socialmente como relevantes.

- Manifestaciones del daño: El daño social, al igual que el daño en general tiene diferentes manifestaciones. Este se puede observar en dos dimensiones: la material y la inmaterial. Esta última, tiene más relevancia puesto que se relaciona de una forma más directa con la afectación de los intereses y bienes sociales, y la consecuente repercusión del menoscabo de éstos a nivel de la colectividad.

²²Votos N° 000211-F-2005, 000074-F-2007 98-2009, 252-F-0 y 589-F-99 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

Por su parte, la manifestación material del daño guarda relación con la patrimonialidad del bien afectado. Mientras que la manifestación inmaterial, es aquella que no tiene que ver con una disminución patrimonial o económica de la colectividad; más bien se refiere a la lesión que se ocasiona a valores, bienes o intereses de la colectividad que por su naturaleza no son apreciables pecuniariamente. Siendo equiparable a un daño moral (extra patrimonial) sufrido colectivamente.

- Legitimación para reclamar: En el ámbito jurídico existen dos tipos de legitimación, la pasiva y la activa. En lo que a la legitimación pasiva del daño social se refiere, va a ser el sujeto o sujetos contra los cuales se dirige la acción civil resarcitoria accesoria al proceso penal; o bien contra quien se dirija el actuar procesal, por el daño causado, pues con fundamento en los artículos 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil, la lista de los posibles agentes productores del daño no es taxativa; todo aquel que cause un daño a otro tiene el deber de repararlo. El punto controvertido en cuanto a la legitimación del daño social, surge en cuanto a la legitimación activa necesaria para accionar la vía judicial a fin de establecer el reclamo de su reparación y procurar la tutela de los intereses supraindividuales.

Actualmente, con base en la disposición actual que regula el daño social, en relación con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ésta ostenta la legitimación activa en forma exclusiva para ejercer la acción civil resarcitoria por daño social, en razón de la delegación que le hace la ley. En ejercicio de dicha facultad la Procuraduría no interviene en su papel clásico, beneficio de los intereses del Estado, sino en beneficio de la colectividad. Igualmente, el artículo 70 del Código Procesal Penal permite que asociaciones, organizaciones, fundaciones y otros entes similares ejerzan la acción civil resarcitoria cuando se afecten intereses difusos o colectivos que guarden relación directa con el objeto de la agrupación. Estas disposiciones limitan la figura del daño social, que tiene fundamento en el artículo 50 de la Constitución Política; debiendo tener, en principio, el reclamo de este daño una legitimación amplia porque la titularidad de los intereses en juego corresponde a todos, a la colectividad. De este argumento nace una de las principales objeciones al régimen actual de daño social.

- Responsabilidad Civil: Una vez constado el daño social, surge el deber, la responsabilidad de repararlo, con lo cual nace la responsabilidad civil extracontractual de quien lo causa, pudiendo ser una persona física, jurídica, o hasta el mismo Estado; pues no media un vínculo jurídico con la víctima colectiva.

En cuanto a este tipo de responsabilidad por daño social se pueden dar dos tipos, según la teoría de la responsabilidad civil; la responsabilidad extracontractual subjetiva, con fundamento en el artículo 1045 del Código Civil, en la cual deben estar presentes los elementos de causación del daño por parte de un agente, antijuridicidad, culpabilidad y causalidad, la cual surge cuando el agente productor es una persona física, jurídica, el Estado o un ente plural.

Puede surgir también, la responsabilidad extracontractual objetiva, en relación con el daño social, cuando se excluye el elemento de la culpabilidad, e incluso hasta el de la antijuridicidad, pues basta con la existencia del daño para que se configure el deber de responder. Se establece en ésta como nuevo criterio de imputación, la creación de un riesgo, por la realización de actividades que causan un peligro y potencial daño, apegándose a lo que estipula la teoría del riesgo.

- Reparación del daño: Una vez determinada la responsabilidad surge el deber de reparar el daño social ocasionado. La reparación del daño es la consecuencia del daño ocasionado; siendo la forma por medio de la cual el ordenamiento, o bien, una decisión judicial atribuye una sanción al comportamiento dañoso, con el fin de restablecer el estado o la situación precedente conforme al derecho, se de forma matrimonial o simbólica.

3. *Análisis sociopolítico del daño social*

En la vida cotidiana las personas necesitamos orientarnos para poder emprender acciones e interactuar con los demás. Salir a dar un paseo por la calle, por ejemplo, no solo exige ubicarse en un espacio físico y geográfico, sino también conocer las señales socialmente construidas en él, como las normas de tránsito, o el significado que se le ha otorgado (“seguro o inseguro”). Sin embargo, dentro del mismo entorno son varios los significados sociales que coexisten y que crean mundos, espacios vitales diferentes. De este modo construimos lo que se conoce como el mundo vital²³, o espacio de la vida, en el cual se integran la naturaleza, las producciones sociales y el individuo, y se construye la realidad social. Siendo en última instancia un mundo intersubjetivo, que creamos y nos constriñe, por medio del proceso de socialización; y que nos

²³ El mundo vital es aquél en el que se desarrolla la vida cotidiana. En este sentido, retomamos a Alfred Schutz (1899-1959) quien plantea la existencia de un “mundo de la vida”, dado por supuesto, en el cual tiene origen el “mundo de la vida diaria” (Ritzer, 2005:511). Para este autor, este mundo es intersubjetivo, nos es dado y nos constriñe, pero también actuamos sobre él, “el mundo es algo que debemos modificar por nuestras acciones o que las modifica” (Schutz, 1974:209).

permiten explicar la relatividad de los significados, pero a su vez su objetivación en un contexto social determinado. Este es el primer punto de encuentro entre ambas posiciones teóricas.

Como consecuencia de lo anterior, se torna esencial la comprensión del daño social como una construcción colectiva; realizando cuestionamientos como el por qué surge, cuáles son las fuerzas sociales que le dieron origen, de qué manera se relaciona con el orden social, el poder estatal, la dominación o la reproducción cultural de la sociedad, entre otras. Esta perspectiva, señala el Garland, es un enfoque diferente, “desde afuera” y procura entender la figura como parte de un conjunto de procesos situados en una red social más amplia (Garland, 2007:131). Lo anterior, *“sencillamente porque ningún artefacto social puede ser explicado de otra manera”* (Garland, 2007:131).

Las personas experimentamos la tensión entre lo social y lo individual, para hacerlo necesitamos referentes comunes que nos orienten frente al mundo y que nos permitan compartirlo y objetivarlo. Para esto creamos representaciones sociales de la realidad.

Las representaciones sociales, como categoría de análisis sociológico, ya había sido sugerida años atrás por Emile Durkheim. En efecto, Durkheim ya había visualizado en su teoría la existencia de las representaciones, tanto individuales como colectivas. Para él, las primeras eran inestables y efímeras, mientras que las segundas constituían “una suerte de producciones mentales sociales, una especie de “ideación colectiva” que las dota de fijación y objetividad.” (Elejabarrieta, 1991 citado en Araya, 2001:21). Pero es propiamente en la década de los 60’s, cuando Serge Moscovici propone el concepto de las representaciones sociales y abre desde la psicología social un nuevo campo de estudio para las ciencias sociales.

Para Moscovici, la sociedad no constriñe al individuo, sino que tanto *“la sociedad, los individuos y las representaciones sociales son construcciones sociales”* (1979). En este autor, el individuo es una construcción social que a la vez construye su mundo social a través de las representaciones sociales, las cuales están en constante formación mediante la interacción social. En base a esto, las define como:

“(…) una modalidad particular del conocimiento, cuya función es la elaboración de comportamientos y la comunicación entre los individuos...La representación es un corpus organizado de conocimientos y una de las actividades psíquicas gracias a las cuales los hombres hacen inteligible la realidad física y social, se integran en un grupo o en una relación cotidiana de intercambios, liberan los poderes de su imaginación” (Moscovici, 1979: 17-18).

En esta conceptualización de las representaciones sociales se hace notable el aporte de la tradición fenomenológica de Schutz y, posteriormente, de Berger y Luckmann, quienes se interesan por la manera en que los individuos construyen la realidad social. Para los tres, la intersubjetividad juega un rol elemental pues permite compartir el mundo en la cotidianidad, de modo que *“la realidad de la vida cotidiana se da por establecida.”* (Berger y Luckmann, 1984:40). En Schutz esta intersubjetividad es posible gracias a la construcción de estructuras representacionales, que llama “tipificaciones”. Para él las tipificaciones se centran en rasgos generales y homogéneos, es un mecanismo mediante el cual *“...el hombre tipifica su propia situación dentro del mundo social y las diversas relaciones que tiene con sus semejantes y con los objetos culturales”* (Schutz, 1976).

Para Moscovici la comunicación y el lenguaje son una fuente de estudio de las representaciones sociales, pues afirma la importancia de lo simbólico en sus contenidos. Sin embargo, son los significados que transmite el lenguaje, y no el lenguaje en sí, lo que nos interesa. En este sentido, interesa retomar a Michel Foucault quien no se interesó por el lenguaje sino por el discurso, como sistema de representaciones (Hall, 1997). Para Foucault el discurso tenía forma lingüística pero también práctica, de aquí que nos abra el espectro de las representaciones más allá del uso del lenguaje (discurso que se manifiesta de forma verbal y en forma escrita en los diferentes espacios sociales). De esta manera consideramos que las representaciones sociales no son unidades aisladas, más bien hacen parte de formaciones discursivas que construyen la realidad y que “cobran vida” mediante las prácticas sociales.

Lo anterior no invalida el planteamiento sobre el efecto que tiene la acción individual sobre la realidad. Al contrario, nos permite considerar que es mediante prácticas discursivas que los individuos actúan sobre ella, ya sea apropiándose de los discursos “verdaderos”, o bien, resistiendo a ellos mediante discursos transgresores.

Retomando estas diferentes consideraciones, proponemos estudiar las representaciones sociales como formas de conocimiento con las cuales se construye la realidad social. Éstas circulan por medio de los discursos y cobran vida a través de las prácticas discursivas de la cotidianidad. Si bien nos son heredadas y son compartidas, las representaciones no son inmutables ya que son susceptibles de cambio gracias al intercambio individual: así como las representaciones sociales construyen el mundo, los individuos las construimos.

En este sentido, debemos comprender el daño social como una categoría histórica, que no es más que una representación social, ligada a un discurso que procura la protección de los

intereses difusos y colectivos, legitimando su defensa ante aquellos daños que afectan a una pluralidad de personas. De ahí que es “(...) entonces entendido como un artefacto cultural e histórico que, (...) está determinado por un conjunto de fuerzas sociales y tiene un significado y un rango de efectos que alcanzan a una población mucho más amplia” (Garland, 2007:130-131).

Continúa Garland indicando que estas formas de análisis son “útiles (...) porque nos alertan sobre los diversos tipos de restricciones y estructuras dentro de las cuales se desarrolla la política criminal, y sobre los tipos de consecuencias sociales a los que el castigo puede dar lugar. Estas teorías apuntan a las interconexiones que vinculan al castigo con otras esferas de la vida social y al papel funcional que éste juega en la red de las instituciones sociales” (2007:188).

A partir de este proceso, el autor parte de una premisa central, al señalar que en tanto los sistemas penales comprendan que cuando

“adaptan sus prácticas a los problemas del control de la criminalidad, lo hacen en formas que están profundamente mediadas por consideraciones que les son ajenas, tales como las convenciones culturales, los recursos económicos, las dinámicas institucionales y los argumentos políticos. Y es precisamente esta interacción entre lo social y lo penal lo que el enfoque sociológico pone en relieve” (Garland, 2007:132).

Lo anterior hace evidente que uno de los retos principales de estudiar la “cuestión criminal”, es el tener claro las múltiples dimensiones que componen este objeto de análisis. Para ello, debe existir una íntima e innegable relación entre el objeto de estudio y una construcción teórica particular que nos permita un verdadera (aunque sea parcial) comprensión del fenómeno de la criminalidad, y con ello el rol que tiene el daños social en la política criminal del país. Partiendo de una comprensión social del tema y búsqueda de análisis amplio y comprensivo de la totalidad, anclado a un tiempo y espacio social determinando.

Destacando el aporte de las ciencias sociales en la construcción teórica, como Garland señala, en el estudio de los temas criminológicos, ya que permite una comprensión más integral de los mismos, pero sobre nos permite ir más allá de la posición hegemónica: la penal. Hegemonía de la que no escapa Costa Rica, cuando se define la política criminal y las estrategias

estatales a seguir; en donde las condiciones de orden socio cultural determinan las decisiones en el ámbito político criminal.

Lo que implica que no debe comprenderse de manera aislada sino en el marco de los discursos históricos que lo producen. Reconocer las estructuras discursivas en las que están presentes permite darle significado. De ahí que

“se puede observar que las dimensiones del daño social de Hillyard y Tombs categorizan los efectos y consecuencias de una compleja serie de procesos históricos y estructurales que se combinan para causar daño social” (Garside, 2013:228).

4. El daño social en el ámbito internacional

Tal y como se ha indicado en capítulos anteriores, el daño social en nuestro contexto se plantea desde una regulación limitada y restringida a los hechos punibles que afecten los intereses difusos o colectivos.

Sin embargo, resulta interesante analizar que en el ámbito internacional la forma en que se comprende el daño social supone una regulación mucho más amplia; ubicando este tema en el actual contexto de violencia estructural²⁴; donde los hechos delictivos responden a un contexto social nacional e internacional que los propicia. Rivera, lo expone con claridad al indicar que

“en el marco de semejantes transformaciones, el crecimiento de la violencia (en todas sus dimensiones), corre paralelo al desarrollo de la actual fase del sistema capitalista. Nuevamente: no es un resabio del pasado, la atrocidad es parte constitutiva del proyecto” (2013:10).

Reconociendo con ello, que múltiples son los generadores de daño social, desde individuos en su carácter particular, entes privados o bien, el mismo Estado, ya que todos son partícipes de este proceso estructural, donde por ejemplo, la corrupción política y los delitos en la función pública, son temas de la cotidianeidad en muchos de las organizaciones políticas de los países.

“Pocas dudas parecen caber acerca de que estamos gobernados por unos poderes que combinando las esferas de lo público, lo privado y toda la gama de grises que entre ambos extremos caben bajo el cobijo de la globalización económica, realizan ecuaciones verdaderamente criminales” (Rivera, 2013:11).

²⁴ Ver: Rivera, I. Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo

Con el tema del daño social, la pregunta es más bien, quién es el criminal, el Estado mismo, o un individuo en su carácter particular que realiza un hecho delictivo; dejando de ser un tema individual y convirtiéndose en un tema colectivo, tanto desde la producción del delito, como de las personas que se ven afectadas por el mismo. No sólo se produce daño por el genocidio, sino también por la corrupción política o por la destrucción ambiental, siendo un concepto amplio que busca ir más allá de la criminología tradicional.

“El social harm ha sido una idea que han venido defendiendo con fuerza algunos estudiosos en los últimos años, entre ellos Paddy Hillyard, (Hillyard, et al., 2004; Dorling, et al., [2005] 2008), desarrollando la idea de la zemiology (del griego “zemia” que significa “daño”) para darle un impulso definitivo a esa necesidad de transgredir los rígidos márgenes de la teoría criminológica y dejar de hablar de delito y castigo para centrarse en una perspectiva del daño social.

Su concepción del daño social es más amplia que la de la criminología: mientras ésta mide el daño producido por los delitos, al mismo tiempo ignora todo el daño producido por las guerras, por la especulación económica, por el decadente sistema laboral de Europa, por los errores médicos, la falta de medios para la subsistencia de personas con deficiencias físicas o psíquicas, o por envenenamiento de los alimentos.

Su apuesta por la perspectiva del daño social no quiere reformar o mejorar la teoría criminológica, sino moverse más allá de ella, pues es incapaz de escapar de la atadura de las definiciones de delito y criminalidad, y debe desarrollarse necesariamente más allá (Beyond) de la criminología (también crítica). Otros autores han seguido por esta senda, como Muncie (2000), quien propone cambiar el concepto de crimen por el de daño social, y el de control del crimen por el de justicia social. Para poder analizar todo ello, en parte es necesario introducir un nuevo sujeto de relaciones en la producción de estos daños: los Estados” (Bernal y otros, 2012:20).

Es aquí donde podemos ubicar la importancia que tiene la cultura como elemento configurador, no como aspecto externo o como un referente de esa construcción, sino como dador de esos significados que nos orientan en el mundo y que guía nuestras acciones; y que determinan la creación del daño social, y los términos que le dieron origen.

TITULO III. LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DAÑO SOCIAL

*“El crimen impune, según los griegos, infecta la ciudad. Pero la inocencia condenada y el crimen demasiado castigado no la ensucian menos”
(Camus, 1963).*

Cuando se plantea el tema de la política criminal²⁵, consideramos que se debe partir de una concepción amplia, en donde se comprenda como toda acción u omisión de los poderes públicos del Estado tendientes a reprimir o prevenir el delito. Siendo parte de la política general de la colectividad, del gobierno, donde se torna preciso integrarla en la política social enlazada con *“los grandes objetivos de la democracia, de la igualdad, seguridad y solidaridad”* (López-Rey, 1978: 343).

Por ello, dicha política criminal encuentra su justificación en la expresión de un poder político democráticamente constituido, objeto de la misma la criminalidad convencional y no convencional, donde debe reducirse al mínimo necesario el catálogo de las conductas sancionables y se busque garantizar una participación amplia de la comunidad. El uso del derecho y de la política criminal, entonces, jugarán un destacado papel en esa legitimación del uso de la fuerza y de la coerción física que, por medio del Derecho, devendrá (o al menos así se pretende) legítima.

El tema de la política criminal resurge al finalizar la Segunda Guerra Mundial, como una reacción contra el autoritarismo penal, y con el fin de renovar y fortalecer un derecho penal garantizador, en lo que respecta al límite del poder estatal y de las garantías del debido proceso (Navarro, 1992). Por lo que es una facultad delegada por la sociedad, que busca que el Estado dirija y organice una respuesta al fenómeno de la criminalidad dentro de un marco democrático de legalidad.

De ahí que

“no sólo se circunscribe a las conductas que se evaluaron como delitos y a las cuales se le asignaron una sanción; implica además, una serie de repuestas extrapenales que se realizan muchas veces con participación de organismos no gubernamentales o grupos sociales, tendientes a la prevención temprana de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas (...) Así, el objeto de estudio de la política criminal se encuentra integrado no sólo

²⁵ Ver : Iñaki (2005b), donde se hace un análisis epistemológico e histórico del concepto mismo de política criminal.

por el derecho penal sino también por aquellas instituciones que tengan como fin, desde la perspectiva política, la prevención y el control del delito y la criminalidad” (Acevedo, 2004:41).

Por tanto, la política criminal supone el análisis de todo el sistema de control social y de las medidas preventivas que están dadas por las políticas públicas desde los más diversos ámbitos de la estructura social; lo que implica una comprensión interdisciplinaria de los distintos aspectos que conforman el proceso de criminalización social. Por lo que

“(...) el control social es una expresión concreta de la política general del Estado y uno de los aspectos de esta política es precisamente la Política Criminal. Esta política plantea los criterios básicos del sistema de justicia penal, pero no toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictivos o suprimir ciertas situaciones criminógenas forman parte de la Política Criminal; aunque ésta goza de una cierta autonomía en el marco de la política estatal, se integra, más bien, en una perspectiva vasta de política social, ya que una buena política social constituye una condición indispensable para organizar y desarrollar una Política Criminal eficaz. Sin embargo, no todo el ámbito social abarcado por la Política Criminal constituye un dato objetivo, pues las nociones de delincuencia, crimen o criminal, son el resultado de discusiones sobre criterios de Política Criminal; criterios que condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados” (Espinoza, 2007:102).

En esa línea se enmarca la definición de Weber del Estado, al indicar que

“por Estado se debe entender un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (Navarro, 1992:8).

Teniendo, no sólo repercusiones al interno de los Estados, sino también en el ámbito internacional, donde se cuenta con instituciones y organizaciones que a dicho nivel se ocupan de la criminalidad, de los criminales o de sus víctimas y que se traducen en una diversidad de acciones colectivas.

Nos indica Navarro que

“ni la definición del concepto, ni los alcances del mismo, ni las perspectivas hacia lo que puede o debe tener la política criminal son pacíficas. Desde diferentes perspectivas, la discusión de la política criminal siempre reconduce en alguna manera al tema de reforma del derecho vigente” (1992:73).

Nos recuerda la autora que *“(…) la política criminal es un fenómeno complejo, que se desencadena en una decisión, la cual va configurando un proceso dinámico, permeable e inmerso en las contradicciones, tácticas y estratégicas del poder” (Navarro, 1992:4).*

Así mismo, *“(…) tiene un componente de manejo de la violencia legítima, cuando se encarcela, cuando se arresta o la policía enfrenta a una banda armada; sin embargo, lo cierto es que como política pública tiene condicionantes en los elementos de la política democrática: legitimación ciudadana, división de poderes, control ciudadano, transparencia y deliberación, si se olvidan serpa política criminal, pero no será democrática” (Urcuyo, 2010:133).*

Entonces *“al ser la prevención de la delincuencia, el objetivo fundamental del sistema y del control social en general, viene a constituir el eje de toda Política Criminal moderna, afirma Zúñiga (2001, p. 39), ya que la cuestión de la racionalidad de la prevención estará centrada en sus límites, en el respeto a los parámetros de licitud y en la actuación de los poderes públicos y privados” (Espinoza, 2007:105).*

Por ello, es que la política criminal y el derecho, encuentran cabida dentro de ese marco, además de un destacado rol en el uso legítimo de la fuerza y en su configuración dentro de la estructura social.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL COSTARRICENSE

Sin embargo, en nuestro país lo antes señalado no es tan claro, ni existe una comprensión del tema desde la perspectiva integral. En cambio, es evidente lo mencionado por Navarro, al pensarse lamentablemente, en política criminal sólo desde la reforma del derecho penal vigente. De ahí que se vuelve trascendental realizar un análisis de los principales elementos que caracterizan el Código Penal y Procesal Penal, para luego establecer con detalle los rasgos centrales de la política criminal costarricense.

1. El Código Penal y Procesal Penal: su caracterización

En nuestro ordenamiento jurídico el proceso penal se considera como el conjunto de normas de orden público tendientes a regular de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.) con el fin de comprobar o desacreditar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última. Es un procedimiento a través del cual se realizan actividades de investigación destinadas a reunir la prueba necesaria para determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado, con fines de la realización de un enjuiciamiento y la consiguiente condena o absolución.

Desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en 1996, se introducen cambios; entre ellos durante la fase de investigación, se opta por eliminar la instrucción formal o jurisdiccional, y se sustituye por una actuación más activa del Ministerio Público, quien, como ente acusador, debe realizar labor investigativa de todos los hechos delictivos, bajo la constante supervisión de un Juez de Garantías denominado Juez de la Etapa Preparatoria, cuya función es velar por el respeto de los derechos constitucionales y procesales del imputado.

Otro cambio sustantivo de la normativa procesal vigente es la oportunidad que se le brinda a la víctima de participar más activamente dentro del proceso, ya que en los Códigos anteriores era vista como un testigo (Burgos, 2006: 401). Se da oportunidad de acusar en delitos de acción pública, y de constituirse como querellante mediante la figura de la querrela adhesiva para los casos en que proceda la conversión de la acción penal pública en privada. Además, se introdujeron nuevas medidas cautelares sustitutivas subsidiariamente de la prisión preventiva,

tales como el arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente ante el Tribunal, la prohibición del salir del país sin autorización; o la prestación de una caución adecuada. Así mismo, se adoptan una serie de alternativas con el fin de ofrecer soluciones diversas al conflicto penal, y se incorporan a la normativa mecanismos de conciliación, de reparación integral del daño en delitos patrimoniales, la suspensión del proceso a prueba, el principio de oportunidad, el proceso abreviado, entre otros.

Se establecen claramente cinco etapas que componen el proceso, la primera el Procedimiento Preparatorio, se encarga la investigación y acusación de los hechos ilícitos al Ministerio Público, con control de un juez penal o de garantías encargado de disponer y autorizar actos de investigación y medidas cautelares

Luego el Procedimiento Intermedio, un Juez recibe y examina la acusación del fiscal, se reciben las manifestaciones de todas las partes durante una audiencia oral, y posteriormente se resuelve acerca de la solicitud de apertura a juicio, y acerca de la admisibilidad de las pruebas ofrecidas para la acusación o para la defensa.

En caso de que la solicitud de apertura a juicio se apruebe, se inicia Etapa de Juicio Oral, durante la cual se fijara fecha para una audiencia oral y pública, en la que un Tribunal de Juicio conocerá del caso y se pronunciará sobre el fondo de la causa. Se evacúa las pruebas ofrecidas, y se discute acerca de la responsabilidad del acusado, tomando como base la acusación formulada por el Ministerio Público.

El Código Procesal Penal contempla una Etapa de Impugnación, durante la cual las partes tienen la facultad de impugnar las actuaciones del Tribunal. Por último, durante la *Etapa de Ejecución de la Pena*, una vez dictada una sentencia dentro de un proceso, y con la firmeza de la misma, se asigna a un Tribunal de Ejecución de la Penal fiscalización del cumplimiento de la pena impuesta al acusado en la sentencia condenatoria.

El proceso en su comprensión global es regulado por un conjunto de principios que lo caracterizan y determinan, siendo los principales los siguientes:

A. Principio de Legalidad: En la Constitución Política este principio se encuentra en la relación de los artículos 39 y 41, y exige que las personas que sean juzgadas bajo procedimiento debidamente establecido para ello con anterioridad. El artículo primero del Código Procesal Penal establece que

"Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este código y

con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas”.

La existencia de una sentencia condenatoria, dictada como consecuencia de la realización de un juicio, es garantía reconocida en nuestro país, propia de sistemas democráticos.²⁶

B. Principio de Interpretación Restrictiva. Este principio refiere a la interpretación restrictiva de las normas que coarten la libertad personal, que es una garantía de orden constitucional consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política; o limiten el ejercicio de un derecho conferido a los sujetos que participan del proceso. Queda prohibido la interpretación extensiva y la analogía, mientras no favorezcan la libertad del imputado, ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento²⁷.

C. Principio de Juez Natural. Este principio establece que *“nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”* (Art.35 Constitución Política de Costa Rica)²⁸. Se ha sostenido también, que el

“principio de juez natural debe ser considerado como una consecuencia del principio del juez imparcial, resultando que precisamente tiende a garantizar la imparcialidad del juzgamiento, ello a través de reglas objetivas de designación de los jueces que debe conocer de un asunto, evitando las manipulaciones que se podrían dar al respecto”(Llobet, 2005:112).

F. Principio de Objetividad. El principio de objetividad se encuentra en el artículo 6 del Código Procesal Penal. El cual no es otra cosa más que otra forma de garantizar el trato igual para las partes y el reconocimiento de sus derechos en el proceso, pues los jueces no están autorizados para aplicar criterios discriminatorios en su actuar. *“Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento”* (Art.6 Código Procesal Penal). Este principio no se aplica a la defensa, puesto que la misma se encuentra obligada a defender al imputado y no podría buscar pruebas que lo perjudiquen.

G. Solución del Conflicto. Esta regla contiene el fin último que debe perseguir el juez al impartir justicia: contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas. Deja de ser el juez un mero sentenciador en la disputa para convertirse en ocasiones en un amable componedor. El juez, dentro de su imparcialidad, no debe buscar únicamente la imposición de una pena, sino

²⁶ Ver: Mora, L (1997).

²⁷ Artículo 2, Código Procesal Penal.

²⁸ Sobre el tema ver la Sentencia N° 00368 -2001 de la Sala Tercera de la Corte.

que debe procurar la restauración. El artículo 7 del Código determina que los Tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

I. Estado de Inocencia. Este principio sustenta toda la teoría garantista que debe existir en todo código Procesal de un estado Democrático de Derecho. El numeral 39 de la Constitución Política recoge el Estado de Inocencia como una garantía fundamental, estado que sólo decae ante la sentencia firme dictada por autoridad competente, en razón de ello, el encausado no debe recibir trato de culpable durante el proceso.

J. Carácter Restrictivo de las medidas cautelares. Se trata de una inversión necesaria del poder del Estado en la esfera de la libertad personal a cambio de la realización de un debido proceso que vela por las garantías que protegen al imputado. En ningún caso se deben utilizar las medidas cautelares desnaturalizando su finalidad, ni se deben imponer aquellas que resulten de imposible cumplimiento para el afectado.

K. Principio de Única Persecución. Este principio nace como garantía de seguridad al individuo, propio del pensamiento penal liberal de un Estado Democrático. Se le conoce también como “non bis in ídem”, y su fundamento se encuentra en el artículo 42 de la Constitución Política²⁹.

L. Inviolabilidad de la Defensa. Este principio lleva consigo aparejado el derecho a una defensa técnica, sin embargo este no es el único derecho contenido en él. Se encuentra también el derecho del imputado a intervenir en todos los actos procesales en los que se recolecten pruebas, hacer manifestaciones y formular peticiones en cualquier momento, siempre y cuando dichas acciones no perjudiquen el desarrollo normal del

En suma, el proceso penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación. Reprimir en última instancia la conducta, acción u omisión, del acusado por su no observancia de la norma penal.

El artículo 7 del Código Procesal Penal establece que

²⁹ Art. 42 Constitución Política. “Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible*. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.”

“los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.”

De esta propuesta, se extraen dos fines principales, uno inmediato, que es el cumplimiento y la aplicación de la ley penal al caso en concreto, y un mediato que es la armonía social.

Así mismo, en que el Código Penal que entró en vigencia 1970, y el cual ha sufrido una serie de modificaciones legislativas, o bien ha cambiado producto de las acciones de inconstitucionalidad presentadas a la Sala Constitucional; guarda indudablemente una amplia relación con los principios antes señalados. Indicando en su artículo 11 que *“los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión”*; ley previa que debe existir a la comisión de un hecho y por tanto, se expone la imposibilidad de otorgar efectos retroactivos, salvo que beneficie al imputado.

En el libro segundo del mismo cuerpo normativo, se encuentra el listado de tipos penales, que regulan una parte de las conductas de los ciudadanos, salvo en aquellos casos en los que se cuenta con norma especial.

Al respecto Roxin señala que *“(...) el derecho penal como magna carta del delincuente, según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella”* (En Van Liszt, 2002:32).

Por ello,

“se tiene como límite de la política de persecución penal el principio de legalidad en sentido amplio desarrollado en las disposiciones generales del C.P., así como la garantía para el ciudadano y límite para el ejercicio del ius puniendi contenido en el tipo penal” (Gonzaga y Jiménez, 2010:164).

2. Principales rasgos de la política criminal

Tal y como se indicó, la política criminal se configura como una reacción estatal ante aquellos comportamientos que se consideren dañosos en una sociedad, manifestándose por medio de los órganos de control social formal. Siendo la suma, por un lado de la política social y por otro lado de la política penal, la primera se relaciona con la prevención primaria, mientras

que la segunda se caracteriza por abocarse a la corrección de aquellos incumplimientos de la norma.

Sin embargo, el primer rasgo característico de nuestro país es que se tiende a comprender la política criminal, como sinónimo de política penal, lo que se hace evidente cuando se pretende eliminar la delincuencia y reducir la inseguridad social, desde la tipificación desmedida de aquellos comportamientos que se consideran dañosas para el ordenamiento jurídico. Momento en el cual, el legislador constituye lo que se conoce como criminalización primaria, estableciendo políticamente que se entiende por delito, fijando cuales son las conductas prohibidas. Además de ser el momento en el que se define la juridicidad de los hechos, y con ello quienes son los delincuentes y quiénes no. Al respecto nos dice Chinchilla que

“La emisión de leyes penales que estamos viviendo, desordena y carente de toda lógica, tiene íntima relación con la desigualdad social creciente que vive el país y cuyos efectos pretenden ser neutralizados no con la construcción estatal de un mínimo de bienestar para las personas, sino con la penalización de las carencias que el mismo Estado-ausente propicia, y con la emisión de leyes con efecto simbólico para dar la sensación de que se hace algo, aunque las acciones no sean efectivas para combatir no sólo los efectos de aquella inequitativa distribución de la riqueza sino, sobre todo, sus causas” (2010:137).

Lo antes mencionado, es una muestra del origen de la política criminal actual de nuestro país, y que en principio se configuró como un freno a la persecución penal.

De ahí que las principales características de la política criminal costarricense son las siguientes:

- Predominio de la perspectiva clásico-individualista del derecho penal. Esto significa que la política criminal del país fija su mirada en aquellos delitos contra intereses individuales, como la vida e integridad, propiedad y la libertad, ligados con la delincuencia clásica. Con lo cual se plantea que la víctima es un individuo determinado, y el centro del desarrollo jurídico es el delincuente, como causante de la conducta dañosa.
- El problema de la inseguridad ciudadana. El tema de la delincuencia clásica encuentra su sustento en la creciente percepción de inseguridad de la población; siendo este tema central en tanto existe una preocupación generalizada sobre la delincuencia y sus diversas manifestaciones; así como una constante preocupación por el ser víctimas de un delito. Al

respecto Mesén plantea que el tema de la seguridad social es una *“problemática social, unilateralmente visualizada por el ciudadano común desde el ámbito de la criminalidad y de lo penal, dirige a importantes sectores de nuestra población hacia la conformación de respuestas autoritarias, crecientemente represivas. El ciudadano no percibe la complejidad del fenómeno, limitándose a una impresión parcial y deformada, contraria a la defensa de sus escasos derechos, y obsesionada con la confusión de su equiparación con la seguridad de la punición”* (2012:140).

Al respecto plantean Sánchez y Murillo que *“la influencia de los medios de comunicación, ha contribuido en gran manera a desarrollar en la población costarricense la idea de un incremento desmedido de la delincuencia, y por ende un sentimiento de inseguridad que no se corresponde con la realidad. Esta sensación de inseguridad se da sobre todo, respecto de delitos que involucran grave violencia, delitos sexuales, delitos patrimoniales y los relacionados con el tráfico de drogas y estupefacientes. (...) Ese manejo mediático de los hechos relacionados con la criminalidad, ha provocado que dentro de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, se recurra a la discusión y aprobación de leyes dirigidas al aumento de las penas, así como a la creación de nuevos tipos penales que pretenden acudir a la salvación de la sociedad. (...) Sin embargo, en contradicción con el imaginario social, la falta de definición de adecuadas políticas criminales, la sobre-utilización del sistema penal como respuestas a los problemas sociales, el aumento de penas privativas de libertad y medidas cautelares, provocan un efecto negativo en la sociedad que lejos de aliviar el sentimiento de seguridad ciudadana, amenazan con la flexibilización de los derechos fundamentales y renuncia a las garantías procesales, en busca de un Estado que pueda obtener un control de las actividades de sus ciudadanos”* (2010:110-111).

- Uso desmedido del instrumental punitivo, más delitos y aumento de las penas. Por lo antes mencionado, se ha configurado una política criminal cada vez más represiva, por medio del derecho penal, en tanto se considera que éste es el ente más “eficiente” en garantizar seguridad ciudadana. Al respecto, Alfredo Chirino aseveró *“que no existe una política nacional sobre el tema de la criminalidad, sino que lo único que se ha agregado son reformas legales que consisten en más delitos y mayores penas”* (En: Chacón, 2011:10).

Es una política criminal caracterizada por la creación de nuevos delitos o bien por agravar las penas de los ya existentes, *“se concentra en los tipos penales y en las conminaciones sin interesarle las consecuencias que ello pueda generar. Al mismo tiempo, que se extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que en la opinión pública se consideran más amenazantes contribuyendo con ello, a estigmatizar a ciertos grupos sociales”* (Acevedo, 2004:43).

Según la Procuraduría General de la República, han existido 55 leyes que modificaron el Código Penal, dándose las últimas 40 desde 1988 a la fecha, mientras que en los primeros 28 años de vigencia de la norma sólo se reformó en 14 ocasiones. Ello, más los proyectos de ley que pretenden reformarlo, y que se encuentran en curso en la Asamblea Legislativa.

“Si por otro lado, se analizan los marcos punitivos, se observa una clara desproporción entre las penas en relación con la escala de bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, pues las sanciones no tienen una sistematicidad obedeciendo a una jerarquía axiológica de los bienes tutelados sino que responden a las políticas del momento” (Chinchilla, 2010:140).

Realidad que en lugar de dar una solución al tema lo agrava, al deshumanizar al delincuente, dejando atrás un sistema penal garantista, y acercándonos cada vez más al punitivismo penal.

Dándose por tanto, un fuerte expansionismo del derecho penal, sobre la base de la excesiva criminalización y penalización; todo en procura de garantizar la seguridad ciudadana. Rosaura Chinchilla, denomina a lo anterior *“manoseo normativo”*; en donde *“las políticas a nivel normativo se venden con un discurso de mentiras”*, pues *“hoy en día sustraer una hoja de papel sin violencia puede ser un hurto castigable con dos a tres años de prisión, mientras que se oculta el aumento de la desigualdad social”* (En: Chacón, 2011:10).

- Y por último, la política criminal se ha convertido en un tema electoral. Como consecuencia de lo anterior, los temas relacionados con la seguridad ciudadana y la justicia, les ha permitido a los políticos capitalizar un buen número de votos; al plantear dentro de sus agendas éstos problemas. En donde la politización de la justicia penal, es utilizada para responder a la opinión pública y las demandas sociales, como el único

mecanismo al fenómeno de la criminalidad; dejando con ello de lado, el análisis de las verdaderas causas sociales y económicas que están en el fondo y se invisibilizan.

“De este modo, la “política criminal” del país son conducidas por las encuestas de opinión, con el objeto de mejorar la credibilidad ya deteriorada que tiene la población con respecto a la justicia, ante la creciente desconfianza que ha generado el funcionamiento policial y el sistema jurídica en general para la solución de los conflictos sociales” (Acevedo, 2004:45).

Con ello, es evidente el poco interés en crear una política criminal integral y conciliadora de todas las dimensiones que componen la estructura social, en busca de un mejor entendimiento y de una solución al tema de la criminalidad.

“Si se acepta que la política criminal de un Estado es todo acción u omisión de los poderes públicos tendientes a reprimir o prevenir el delito, el recurrir constantemente al derecho penal para penalizar diversas y hasta las mismas conductas y aumentar constantemente las penas es, sin lugar a dudas, una política criminal pero (...) errática, es decir que no llega a ninguna parte” (Chinchilla, 2010:138).

CAPÍTULO II. EL DAÑO SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

A partir de lo anterior, cabe preguntarse ¿qué papel ocupa la figura del daño social dentro de la política criminal del país? Y ¿por qué a pesar de haberse configurado como parte del ordenamiento jurídico nacional, no se ha aplicado?

1. El daño social y la política criminal: alcances de su relación

Para dar respuesta a estas dos importantes preguntas, debemos partir indicando que 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, al menoscabar 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.

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 las diferentes vías, según las características del interés vulnerado, y en tanto se cumplan los requisitos para la configuración del mismo daño.

Ante ello, no resulta extraño que nuestro sistema jurídico, en lo relativo al daño social, haya tenido escaso desarrollo la figura, careciendo de amplio análisis doctrinario y de muy poco abordaje jurisprudencial; mostrando su escasa y casi inexistente utilización por parte de nuestros tribunales.

Lo que también es repuesta del desarrollo histórico sobre el tema criminal en nuestro país
“Primero había una clara preocupación pública sobre la criminalidad como problema social durante toda la segunda mitad del siglo XX y éste se parece

mucho en sus facetas centrales al discurso actual. Y segundo, este tema se transformó en los años 90 cuando los presidentes expresaron su optimismo acerca de sus políticas contra el crimen y no se refirieron sus políticas de mano dura contra los criminales. Tercero, finalmente se mostró en esta parte del trabajo que la tematización pública y la problematización fueron vinculados con procesos políticos regionales y globales (Huhn, 2012:84).

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 no permite un claro conocimiento de la misma.

Lo que tiene sentido, cuando se analiza la configuración de la política criminal en nuestro país, ya que tal y como se indicó, está pensada sólo desde el derecho penal clásico individualista, en el cual los reclamos colectivos no encuentran espacio, y a pesar de que lo podrían tener, no se reconoce ni da la importancia que merece.

Con ello, fijando su mirada sobre los delitos o ilícitos que afectan los intereses individuales, ligados a una forma tradicional de pensar la criminalidad, donde la víctima es un sujeto determinado. Al tener como eje de análisis central el delincuente y la víctima, en su carácter individualizado, y tutelando primordialmente aquellos bienes jurídicos ligados a esos intereses individuales, no se contemplan las posibles afectaciones a los intereses difusos y colectivos.

Lo anterior, a pesar de que el daño social se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, en el artículo 38 de la ley, por un lado parece un inclusión innovadora y acorde con la realidad social actual, pero cuando se analiza la práctica y utilización de la figura, y ante la ausencia de justificación en las actas legislativas de la misma, se hace evidente que la ubicamos en la norma, pero no se conocen los alcances e implicaciones de la misma.

Por ello, es necesario para realizar el análisis del daño social, recurrir 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.

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 que tiene en el ordenamiento la figura del daño y la relevancia de una efectiva reparación. Además son pilares para el surgimiento de la responsabilidad civil, base del estudio del derecho de daños y de su regulación en el derecho penal.

En dichas normativa, 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.

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. De ahí que, 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, producto de un acto ilícito en materia penal. Con lo cual, 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 de la afectación a intereses y derechos ajenos. Siendo la extracontractual la más relevante para la conceptualización del daño social; donde 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.

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 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.

A partir de lo anterior, 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.

El daño social 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. Lo que sí es claro es que debería tener un espacio y ser parte de la configuración de la política criminal en Costa Rica, situación que hasta el momento no ha acontecido, y cuyos incipientes intentos no han dado el resultado esperado en la legitimación y reconocimiento en el ámbito jurídico y social, de la importancia de la tutela de este tipo de daño.

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 ilícitos con los cuales se les pueda menoscabar.

De ahí que, se requiere un planteamiento distinto de la política criminal del país, en tanto garantice una comprensión integral de la misma, que vaya más allá del derecho penal, y que logre incorporar la realidad social como un eje transversal que guíe su definición; lo que supone establecer los parámetros “(...) *político-criminales en un sistema dado, así como por la construcción, en el amplio campo de las relaciones sociales y políticas, de las nuevas líneas de la política criminal*” (Navarro, 1992:76).

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 social debe ser una figura más relevante en el ordenamiento, ya que por medio de esta se garantiza el bienestar del país. El reto está en configurar una política criminal comprensiva de la realidad colectiva.

2. Limitaciones de la aplicación de la figura

Por lo antes mencionado, resulta evidente señalar que la principal limitación de la aplicación del daño social, es la misma política criminal que el país ha asumido en los últimos años, ya que por su configuración no se promueve su desarrollo, al concentrar su ámbito de acción dentro del carácter individual-subjetivo del derecho.

Así mismo, es relevante tener claro 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. Por ello, se indica la posibilidad de su reclamo ante otras vías, como las ya indicadas la constitucional y la misma civil, aun cuando se trate con motivo de un hecho delictivo.

La figura necesita de aplicación para poder definir parámetros y ejes de interpretación. En razón de esto, es pertinente hacer algunas precisiones sobre ciertos aspectos relevantes de considerar a la hora de plantear un reclamo de responsabilidad por daño social; los cuales son de manera puntual:

- Se requiere de una adecuada identificación del daño, de forma tal que se configure el elemento de certeza, 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 grupal (Copani, 2001). 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.

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.

- Como segundo aspecto está la cuantificación, guarda estrecha relación con el tema tratado anteriormente; 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 colectivo o difuso que ha sido menoscabado. De esto justamente dependerá la labor de cuantificación del daño social.

Siendo 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 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.

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.

- La legitimación activa en nuestro país, es un tema que despierta interrogantes. Siendo consecuencia de la dificultad para establecer el sujeto o sujetos determinados para ejercer la acción; pues por ser el daño resarcible único y recae sobre el grupo; 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.

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 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; por lo que se debe dar la apertura de la legitimación con el fin de ser coincidente con el artículo 50 de la Constitución Política.

Estando sujeta la legitimación siempre a la 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.

- La necesaria la apertura de nuevos mecanismos judiciales para el reclamo 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.

Se considera que un buen instrumento en este sentido, son las acciones colectivas o populares, para la tutela colectiva de los intereses difusos y colectivos, ampliamente utilizadas en Estados Unidos, España, Brasil y México por ejemplo (Armijo, 2009). Si bien, en nuestro país no se utilizan por no encontrarse reguladas ni aceptadas jurisprudencialmente, este es un paso que debería darse para el reclamo del daño social. En este sentido, 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.

Ello sobre todo porque se cuenta con 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 46 de ese mismo cuerpo normativo, alusivo a la protección del consumidor y los usuarios, el 38 y 70 del Código Procesal Penal; referidos anteriormente.

Es claro de que falta mucho camino por recorrer en el ámbito legislativo y jurisdiccional con el fin de garantizar la adecuada aplicación del daño social, pero sobre todo se requiere de una mayor voluntad política que propicie el reconocimiento y la importancia de las afectaciones a la colectividad, además de que las conductas delictivas con independencia de su tipo, pueden tener implicaciones de esta naturaleza.

CAPÍTULO III. POSIBLES APLICACIONES DEL DAÑO SOCIAL

1. *El daño social y los hechos punibles*

Una vez realizada la conceptualización del daño social y su papel dentro de la política criminal, es en este apartado en donde se analizarán las diferentes aplicaciones que tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

Tal y como se ha indicado 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.

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.

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. 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. A continuación se ejemplifican hechos punibles³⁰, 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.

³⁰ Aquí se retoma y amplía lo investigado en el trabajo “Lineamientos para la comprensión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense”, realizado en coautoría.

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. 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. 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” (2006:24).

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.

“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” (Vallecillo,2009:68).

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 discutida a lo largo de su desarrollo, donde 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.

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*” (2009:32).

A partir de lo anterior, se destaca una característica esencial de este tipo de delitos, la cual consiste en su carácter pluriofensivo. Esto supone que afecta a varios bienes jurídicos; en primer lugar el patrimonio del Estado y, en segundo término, la actividad administrativa encaminada a garantizar el orden económico del Estado.

En nuestro país, los delitos tributarios se encuentran regulados en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios³¹. 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 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

³¹ Específicamente desde el artículo 92 y hasta el artículo 98 de dicho cuerpo normativo.

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 tributos³² 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.

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 tributarios.

- 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.

³² 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*”.

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 la clasificación, de aquellos que están en contra de los deberes de la función pública, 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 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”* (Vidal, sf.: 167). 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.

Lo anterior se comprende dentro del contexto de un Estado social y democrático de derecho como el costarricense, ya que 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.

En razón de ello, la propia Constitución Política de nuestro país, establece en su artículo 11³³, 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”
(Mata, 2004:4).

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. 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

³³ 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 dé resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.

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” (Mata, 2004:3).

En un delito como el peculado, como ejemplo de daño social, el 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.

Este tipo de delitos producen una afectación directa no sólo a la administración pública, sino un evidente daño social, al tener implicaciones para el sistema democrático del país y en la

economía nacional. El Tribunal Penal de Hacienda ha indicado con respecto a este daño y tipo de delitos 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 la colectividad en su conjunto, la indemnización debida por el daño social causado” (Sentencia N°370-2009).

En tanto, lo anterior lo podemos comprender dentro de la corrupción que se vive dentro de la administración pública, siendo para la ciudadanía una forma de violencia estructural³⁴; donde los hechos delictivos responden a un contexto social nacional e internacional que los propicia.

Y con ello, el Estado se convierte en un generador de daño social, al ser partícipe de este proceso estructural, donde la corrupción política y los delitos en la función pública, son temas de la cotidianeidad.

“Pocas dudas parecen caber acerca de que estamos gobernados por unos poderes que combinando las esferas de lo público, lo privado y toda la gama de grises que entre ambos extremos caben bajo el cobijo de la globalización económica, realizan ecuaciones verdaderamente criminales” (Rivera, 2013:11).

En lo que concierne al daño social, esto implica que no debe comprenderse de manera aislada sino en el marco de los discursos históricos que lo producen. Reconocer las estructuras discursivas en las que están presentes permite darle significado.

³⁴ Ver: Rivera, I. Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo

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 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 colectivo³⁵. 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.

³⁵ Reglamento de Requisitos y Trámites para Estudios Arqueológicos. Poder Ejecutivo. Decreto N° 28174-Mp-C-Minae-Meic.

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 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 declarados³⁶.

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, 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

³⁶ Ver: Voto N° 0265-2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

“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. 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.

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. Derechos se encuentran contenidos en el numeral 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Por ello, se han establecido distintos mecanismos de protección. Uno 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. Ampliación de la utilización de la figura

Por las características de los distintos bienes que se pueden tutelar bajo la figura del daño social, se considera que la utilización de la misma 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. Si bien no es el tema de la presente investigación, si resulta de importancia hacer una breve mención del mismo.

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 de 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 legal que trata el tema y buscar las herramientas legales existentes en nuestro ordenamiento para garantizar la efectiva protección de la colectividad.

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 social.

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.

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.

De ahí 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.

En Vía Civil, 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, 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.

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. 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.

Lo que 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.

Mientras que en la Vía Contencioso Administrativa, se puede cobrar 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. De ahí, 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, 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.

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.

Por ello, 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.

Y por último, en la Vía Constitucional plantear el daño social, 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.

Por tanto, 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. 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.

Así mismo, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad que posibilitan la protección de dichos intereses; cuando estos se han visto lesionados por una ley, norma o acto, según la regulación establecida en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

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 (Voto 687-1991 de la Sala Constitucional)”.

Para garantizar una efectiva tutela de los derechos colectivos, en el artículo 75 del mismo cuerpo normativo³⁷, se exonera del requisito de tener el asunto pendiente, ya sea en la vía judicial

³⁷ 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

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”.

Las vías procesales antes analizadas, sean la penal, civil, contencioso administrativo o bien la constitucional, ponen en evidencia lo relevancia de lo colectivo, y la efectiva tutela y que debe existir en la defensa de los derechos que comprenden los intereses difusos y colectivos, y con ello el fundamento mismo del daño social.

Siendo una figura de gran importancia en la actualidad por la naturaleza de los cambios sufridos en la realidad social, y que por tanto requiere del colectivo para su efectiva tutele y comprensión dentro de la política criminal del país.

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”.

REFLEXIONES FINALES

Luego de este recorrido, no queda más que tener claro que el derecho es una construcción social. Por lo que el análisis teórico realizado (de partida) busca ser enriquecido a la llegada, después de una experiencia empírica (la puesta en práctica del análisis sociopolítico), nuestra tarea pendiente con respecto al daño social.

Planteamos en última instancia, que el daño social como figura jurídica, es un indicador sociocultural, el cual en su construcción reúne un conjunto de representaciones sociales que determinaron su creación. Por lo que en ciertos hechos delictivos, no sólo se produce una afectación individual, sino también colectiva. Dichos efectos dañosos, pueden producir afectaciones a otro ser humano o a la sociedad misma, lesionando intereses particulares, sean individuales o colectivos, puede decirse que el acto delictivo engendra responsabilidad civil.

De ahí que la juridicidad del hecho responde a ese espacio social; esto implica una valoración que la sociedad realiza acerca de los acontecimientos que tienen incidencia dentro del ámbito colectivo. En este sentido, los delitos como hechos jurídicos son una construcción social, es una definición jurídica que surge de grupos específicos orientados a proteger sus intereses, todo dentro de la realidad capitalista que nos determina; donde se destacan sus causas sociales y culturales, ubicadas en un tiempo y espacio dado.

No podemos dejar de lado que 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. Es por ello, que no se puede hablar solamente de daños que afectan el carácter individual de las personas, sino se deben comprender aquellos que afectan simultáneamente a muchos individuos, ya que constituye un fenómeno creciente y frecuente en las sociedades capitalistas e industriales; la contaminación del medio ambiente, los empaques defectuosos que perjudican a los consumidores, la corrupción de los funcionarios públicos, entre otros; todos distinguidos por tener un carácter colectivo o difuso.

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 experimentamos, la teoría de daños resarcibles y la de responsabilidad han sufrido un ensanchamiento, para ajustarse a las nuevas necesidades de tutela de los individuos.

Justamente este concepto de derecho de daños es el que legitima, la temática de los intereses difusos (a un grupo de personas no identificables) y colectivos (grupo de personas determinados), pero sobre todo el desarrollo actual que tiene el término del daño social, debido a que nos permite comprender que el daño puede tener una órbita plural, colectiva, que se da en razón de los cambios sociales que han influido al derecho.

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 común. Aunado al reto de convertir esta nueva realidad, en hechos jurídicos, y por ende de tutela en el ordenamiento.

Por ello, se retoma el tema del capital social, ya que se configura como un elemento esencial que viene a conformar 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 a los intereses colectivos y difusos, provoca una disminución y afectación a este capital, y por ende, del bienestar social que debe imperar en toda sociedad.

Comprender el daño social, supone desde nuestra perspectiva efectuar un adecuado análisis de las dimensiones sociales y políticas que le dieron origen y determinan. Lo que es posible por medio de un análisis del discurso de los fundamentos de la figura, y de su ubicación dentro del contexto jurídico costarricense, en busca de la comprensión del papel que tiene dentro de la política criminal del país.

Todo lo anterior, nos hace recordar que el discurso jurídico es una construcción social en sí misma, el cual reproducimos a la largo de nuestras vidas, en distintos niveles, dependiendo de la posición que ocupemos; estando determinado por el tiempo y espacio. Por ello, el daño social como figura, no es más que una respuesta jurídica de las condiciones sociales y culturales que le dieron origen. De ahí 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 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” (Aguirre y Sibaja, 2010:127).

Así mismo, resulta interesante analizar que en el ámbito internacional la forma en que se comprende el daño social supone una regulación mucho más amplia; ubicando este tema en el actual contexto de violencia estructural; donde los hechos delictivos responden a un contexto social nacional e internacional que los propicia.

Cuando se plantea el tema de la política criminal, consideramos que se debe partir de una concepción amplia, en donde se comprenda como toda acción u omisión de los poderes públicos del Estado tendientes a reprimir o prevenir el delito. Por ello, dicha política criminal encuentra su justificación en la expresión de un poder político democráticamente constituido, objeto de la misma la criminalidad convencional y no convencional, donde debe reducirse al mínimo necesario el catálogo de las conductas sancionables y se busca garantizar la participación amplia de la comunidad.

Lamentablemente una importante conclusión de este trabajo es que en nuestro país lo antes señalado no es tan claro, ni existe una comprensión del tema desde la perspectiva integral, ya que se piensa en política criminal sólo desde la reforma del derecho penal vigente. Por lo que las principales características de la política criminal son: predominio de la perspectiva clásico individualista del derecho penal, una búsqueda incansable de acabar con la inseguridad ciudadana, una aumento desmedido de penas y delitos, y la política criminal como un tema electoral.

Por ello, es que se confirma la hipótesis de esta investigación, como se indicó ni en el ámbito doctrinario, ni jurisprudencial se cuenta con claridad sobre las dimensiones y alcances del daño social en Costa Rica; si bien se encuentra regulada expresamente la figura en el Código Procesal Penal, no ha tenido un amplio desarrollo. Así mismo, por las características de la política criminal, no tiene un rol protagónico.

Lo anterior, con motivo de lo señalado, donde uno de los elementos que priva en la configuración de la política criminal es la perspectiva clásica individualista del derecho, donde el delincuente es el centro del desarrollo jurídico. De ahí que, se dificulta el análisis de las posibles afectaciones a los intereses difusos y colectivos, que algunas conductas delictivas pueden producir.

Teniendo además un ámbito de acción mínimo con motivo de la regulación planteada en el artículo 38 del Código Procesal Penal, ya que refiere directamente a la afectación producida a la colectividad con ocasión de un hecho punible, como por ejemplo delitos ambientales, delitos tributarios, malversación de fondos públicos, delitos de corrupción y con ocasión de la función pública.

Por ello, la necesidad de una comprensión amplia del mismo, que incorpore hechos que no siempre son punibles, pero que pueden afectar a un grupo social, tal es el caso de daños ocasionados al medio ambiente, a la salud, vicios de los productos de consumo, falta de acceso a servicios públicos, entre otros. Todos igualmente englobados dentro del concepto de ambiente sano que tutela la Constitución Política. Por lo que se indica que también es posible su tutela en otras vías procesales diferentes a la penal, como la civil, la contencioso administrativa o bien la constitucional; en las cuales a través de los diferentes mecanismos establecidos es posible solicitar el cobro o reparación del daño social.

La perspectiva del daño social no quiere reformar o mejorar la teoría criminológica, sino moverse más allá de ella y garantizar su carácter crítico, pues es incapaz de escapar de la atadura de las definiciones de delito y criminalidad.

Por tanto, el reto que se impone, y que nos impone es el darnos cuenta de que todos participamos, de la tan mencionada cuestión jurídica, ya sea los que trabajan directamente en la administración penal como jueces, fiscales, defensores, auxiliares, abogados litigantes; o bien científicos sociales que dicen mirar la realidad judicial desde fuera, y sin ser menos importantes, todos los individuos que configuramos la sociedad costarricense, que con independencia del rol o roles sociales que nos asignaron y que nos asignamos; reproducimos la construcción social, esas ideas impuestas y a las cuales le otorgamos un significado en la cotidianidad; siendo el daño social y sus implicaciones parte este proceso.

Se trata de comprender las dinámicas sociales e individuales (los discursos) que están de fondo de este fenómeno colectivo, como lo es la política criminal y el daño social dentro de ésta.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre A. y Sibaja, I (2010). **Lineamientos para la comprensión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Araya, S. (2002). **Las representaciones sociales: ejes teóricos para su discusión**. Cuaderno de Ciencias Sociales, FLACSO.
- Armijo, G (1999). **La Tutela Constitucional del Interés Difuso**. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Baratta, A (2004). **Criminología crítica y crítica del derecho penal**. Argentina, Buenos Aires. Siglo XXI Editores 1° reimpresión.
- Barrios, D (1983). **Introducción al Estudio del Proceso. La psicología y la sociología del proceso**. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma.
- Bergalli, R (2003). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Editorial Trirant Lo Blanch. España.
- Bergalli, R, Bustos, J y Miravalles, T (1983). **El pensamiento Criminológico I. Un análisis Crítico**. Colombia, Bogotá. Editorial Temis Librería.
- Bergalli, R, Bustos, J, González, C, Miravalles, T y De Sola (1983). **El pensamiento Criminológico II. Estado y Control Social**. Colombia, Bogotá. Editorial Temis Librería.
- Bernal y otros. **Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados**.
- Bernal, Forero y Rivera. **Conexiones perversas: Crisis económica, daños sociales, delitos estatal-corporativos y tráfico de armas en España**.
- Burgos, A (2006). **Sistemas Procesales y el Proceso Penal. El caso de Costa Rica**. En: Acta Académica, N° 38. Calderón, R (2012). **Delito y cambio social en Costa Rica**. Costa Rica. Editorial FLACSO, 1° edición.
- Cappelletti, M (1997). **La Protección de Intereses Colectivos y de Grupo en el Proceso Civil**. En: Revista N°105-106,
- Chacón, V (2011). **Política criminal en Costa Rica es “perversa”**. En: Semanario Universidad, miércoles 18 de mayo.
- Chinchilla, R (2010). **Política criminal y la demagogía penal. Los efectos del neopunitivismo criollo en la seguridad jurídica**. En: Duran, D y Llobet, J. Política criminal en el estado social del derecho. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.
- **Código Civil** (2012). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Código de Minería** (2012). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Código de Normas y Procedimientos Tributarios** (2013). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Código Penal de Costa Rica** (2013). En: http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=92349&strTipM=TC
- **Código Procesal Penal**. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.
- Collado, A (2007). **Capital social y su vínculo con la pobreza en Costa Rica**. En: Revista de Ciencias Económicas N° 25-2007. San José, Costa Rica.
- Compani, F (2001). **Responsabilidad por daños colectivos**. Buenos Aires, Argentina. Revista Jurídica UCES.
- **Constitución Política de Costa Rica** San José, Costa Rica, Editorial Editec Editores, S.A., 2013.

- Creus, C (1995). **Reparación del daño producido por el delito**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni,
- **Dictamen N° C-111 de 1999** de la Procuraduría General de la República.
- Dijk, T (1996). **Análisis del discurso ideológico**. Edición 6. UAM, México.
- Directriz Presidencial número 030-P del 12de abril de 2012, **Lineamientos a seguir por el Ministerio de Hacienda y a la Procuraduría General de la República para la atención de medidas alternas que se tramitan en los procedimientos penales por denuncias de delitos tributarios**.
- Durkheim, E (1982). **Las reglas de método sociológico**. Argentina. Ediciones Orbis S.A., Hyspamerica.
- Espinoza, B (2007). **Política Criminal y Prevención del Delito Hoy. Una Propuesta de Modelo de Prevención para el Municipio de León, basado en la Participación Ciudadana**. Tesis de Doctorado en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica.
- **Expediente legislativo 12.526** de la Ley 7594 Código Procesal Penal. Asamblea Legislativa, departamento de archivo, investigación y trámite, 1996.
- Falzea, A (2001). **Eficacia Jurídica**. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2001.
- Ferrajoli, L (2012). **Criminología, criminalidad global y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea**. Ponencia presentada en la Universidad de Barcelona.
- Foucault (2005). **Historia de la Sexualidad: la voluntad de saber**. Buenos Aires, Argentina: Editores Siglo XXI.
- Foucault, M (2002). **El Orden del discurso**. España, Barcelona: Fabula Tusquets Editores.
- Garland, D (2007). **Crimen y castigo en la modernidad tardía**. Bogotá, Colombia. Editorial Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Garrido L (1993). **Los daños colectivos y la reparación**. Buenos Aires Argentina, Editorial Universidad.
- Garside, R (2013). **Abordar el daño social: ¿mejor regulación o transformación social?** Revista Crítica Penal y Poder 2013, n° 5, Número especial: Redefiniendo la cuestión criminal: Crímenes de Estado, atrocidades masivas y daño social. Septiembre. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona
- Ghersi, C (1997). **Teoría General de la reparación de daños**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.
- Gonzaga, J y Jiménez, C (2010). **Análisis de los Criterios de Oportunidad en las Políticas de Persecución Penal del Ministerio Público en concordancia con el Principio de Igualdad**. Costa Rica, Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- González, D (1996). **Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal**. Costa Rica: Fondo Editorial Colegio de Abogados.
- Hall, S (1997). **Representation Cultural: Representations and Signifying Practices**. The Open University.
- Hernández R, Fernández C. y Baptista P (1998). **Metodología de la Investigación**. México, McGraw-Hill Interamericana Editores.
- Huhn, S (2012). **Criminalidad y discurso en Costa Rica: reflexiones críticas sobre un problema social**. FLACSO, Costa Rica.
- Jiménez, M (1998). **La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos. Procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo**. Segunda Edición, Mundo Gráfico, S.A.

- **La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor** (2014). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de Aguas** (2012). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de Conservación de la Vida Silvestre** (2012). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de la Jurisdicción Constitucional** (2013). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de la Zona Marítimo Terrestre** (2013). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico** (2013). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de Pesca y Acuicultura** (2014). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de Protección al Patrimonio Arqueológico** (2012). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley de Protección Fitosanitaria** (2013). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley Forestal** (2012). San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
- **Ley General de la Administración Pública**, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2012.
- Llobet, J (2006). **Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)**. Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental.
- López-Rey, M (1978). **Criminología: Criminalidad y planificación de la política criminal**. Aguilar Ediciones, Tomo II. España.
- Mata, S (2004). **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.
- Mata, S (2004). **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.
- Méndez, J (2009). **La Acción Civil Resarcitoria: Guía Teórico-Práctica. Primera Edición. San José, Costa Rica**. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Mesén, A (2012). **Prevención general positiva y derecho penal simbólico en la política criminal costarricense**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Mora, L (1997). **Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal**. Costa Rica: Fondo Editorial Colegio de Abogados.
- Moscovici, S. (1979). **Psicoanálisis, su imagen y su público**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Huemul, Sociedad Anónima. <http://taniars.files.wordpress.com/2008/02/moscovici-el-psicoanalisis-su-imagen-y-su-publico.pdf> (Setiembre).
- Navarro, S (1992). **Fundamentos doctrinarios en la configuración de la política criminal**. En: Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centro América y Panamá. ILANUD, Tomo 1, Costa Rica.

- **Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica.** Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2011.
- Pavarini, M (2002). **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** Argentina, Buenos Aires. Siglo XXI Editores 1° edición.
- Pavarini, M (2002). **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** Argentina, Buenos Aires. Siglo XXI Editores 1° edición.
- Peña, M (2006). **Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente.** San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Pérez, V (1994). **Derecho Privado.** Tercera Edición. San José, Costa Rica, Imprenta LIL, S.A.
- Pérez, V. **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 2014.
- Periódico, La Nación. **Alcatel pagó al Estado €5.600 millones por daño social.** El País, jueves 1° de abril de 2010.
- Periódico, La Nación. **EBI paga €9 millones por daño social.** Sucesos, jueves 28 de enero de 2010.
- Periódico, La Nación. **Procuraduría concilia con Alcatel en causa por sobornos.** El País, jueves 21 de enero de 2010.
- Periódico, La Nación. **Reclamos por daño social ganan terreno en casos de corrupción.** Sucesos, domingo 31 de enero de 2010.
- 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.
- **Reglamento de Requisitos y Trámites para Estudios Arqueológicos.** Poder Ejecutivo. Decreto N° 28174-Mp-C-Minae-Meic
- Reuben S (2004). **La sociedad civil, el bienestar social y las transformaciones del estado en Costa Rica.** Revista Reflexiones N°83. San José, Costa Rica.
- Ritzer, G (1993). **Teoría sociológica contemporánea.** México. McGraw-Hill Inc.
- Ritzer, G (2005). **Teoría Sociológica Clásica.** México: Mc Graw Hill Inc.
- Rivera, I (2002). **Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posible escenarios político criminales).** Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona.
- Rivera, I (2005). **Recorridos y posibles formas de penalidad.** Barcelona: OSPDH. Universidad de Barcelona, Anthropos Editorial.
- Rivera, I (2005b). **Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades.** Barcelona: OSPDH. Universidad de Barcelona, Anthropos Editorial.
- Rivera, I (2011). **La memoria. Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales.** En Revista Crítica Penal y Poder 2011, n° 1. Barcelona. Universidad de Barcelona. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos.
- Rivera, I (2013). **Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo.**
- Rivera, I, coordinador (2004). **Mitologías y discursos sobre el castigo: Historias del presente y posibles escenarios.** En: Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 40. Utopías del control y control de las utopías. Barcelona: OSPDH. Universidad de Barcelona, Anthropos Editorial.
- Rivera, I. **La Unión Europea: premio Nobel de la Paz y principal exportador mundial de armas. El negocio del tráfico legal/ilegal de armamento (también en España).** Inédito.
- Rivero Juan (1999). **Responsabilidad Civil.** Primera Edición. San José, Costa Rica, Ediciones Jurídicas ARETÉ.

- Roxin, C (2002). **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2 edición 1º reimpresión. Buenos Aires, Hammurabi, 2002, traducción de Francisco Muñoz Conde.
- Sanchez, C y Murillo, R (2010). **Inseguridad, miedo, enemigos y víctimas**. En: Duran, D y Llobet, J. Política criminal en el estado social del derecho. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.
- Schutz, A (1974). **Estudios sobre teoría social II**. Argentina, Buenos Aires: Amorrortu.
- Sentencia N° **00176-2003** de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Sentencia N° **00368 -2001** de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Sentencia N° **2013-00266** del Tribunal de Apelación del Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.
- Sentencia N° **370-2009** del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sibaja, A (2013). **La responsabilidad estatal por daño ambiental**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica
- Urcuyo, C (2010). **La obsesión con la seguridad y la reforma procesal penal**. En: Duran, D y Llobet, J. Política criminal en el estado social del derecho. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.
- Vallecillo, J (2009). **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.
- Vallecillo, Y (2009). **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.
- Vidal, J (s.f.). **Derecho Administrativo**. Colombia, Editorial Talleres Gráficos.
- Vidal, P. **Derecho Administrativo**. Colombia, Editorial Talleres Gráficos.
- Voto N° **0265-2002** de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.
- Voto N° **03-1994** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **1763-1994** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **2641-1996** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **687-1991** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **8239-2001** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **8239-2001** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **11924-2001** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **132-1999** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **14186-2008** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **3341-1996** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **3705-1993** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **503-1994** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **505-1994** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **687-1991** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.
- Voto N° **8239-2001** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.
- Witmann, S (2009). **Delitos Tributarios: aspectos teóricos y prácticos**. Corte suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica.
- Yaguez, R (1993). **Tratado de Responsabilidad Civil**. Madrid, España, Editorial Civitas.